ABHANDLUNGEN

Bruchteils- oder Gütergemeinschaft?

Überlegungen zur Wahl des Gemeinschaftsverhältnisses bei Ehegatten

Von Notar *Dr. Rüdiger Behmer*, Vilseck

A) Problemstellung

Übergaben von Hausgrundstücken oder landwirtschaftlichen Anwesen von den Eltern auf ein Kind bilden seit jeher einen Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit. Angesichts der Spekulationen, die allorts um eine Erhöhung der für die Bemessung der Erbschaft- und Schenkungsteuer maßgebenden Werte von Grundvermögen blühen¹, hat geradezu ein Boom von Übergabeverträgen eingesetzt. Ist das Kind, welches von den Eltern das Haus oder den Hof übernehmen soll, verheiratet, so muß mit den Beteiligten auch die Frage erörtert werden, wer eigentlich künftig Eigentümer sein soll, nur der Sohn bzw. die Tochter, oder auch der Schwiegersohn bzw. die Schwiegertochter. Erfahrungsgemäß fällt in der Mehrzahl der Fälle die Entscheidung auch zugunsten des Schwiegerkindes aus. Häufig betrachten die Beteiligten das als eine Selbstverständlichkeit. Der Wunsch des Übernehmers und/oder seines Ehegatten, daß das zu übergebende Anwesen beiden gemeinsam gehören soll, ist nicht nur emotional verständlich, sondern — von Ausnahmen abgesehen — auch sachlich gerechtfertigt. Denn der „einheiratende“ Ehegatte kann erheblichen Nachteilen ausgesetzt sein, wenn er nicht Miteigentümer des übergebenen Anwesens wird:

— Ist ein Ehegatte Alleineigentümer eines Anwesens, so kann er darüber im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft rechtlich grundsätzlich frei verfügen, es also auch ohne Zustimmung des anderen Ehegatten veräußern oder erheblich belasten. § 1365 BGB stellt für den einheiratenden Ehegatten auch in den Fällen, in denen das Familienheim praktisch das gesamte Vermögen ausmacht, nur einen höchst unvollkommenen Schutz dar, da die Zustimmung nach § 1365 BGB zur Verfügung über einen einzelnen Vermögensgegenstand nur dann erforderlich ist, wenn der Erwerber auch die Vermögensverhältnisse des verfügenden Ehegatten kennt².

- Ist ein Ehegatte Alleineigentümer eines Hausgrundstücks, so unterliegt dieses unbeschränkt dem Zugriff seiner Gläubiger, und zwar auch insoweit, als dessen Wert wesentlich durch Verwendungen aus dem Vermögen des anderen Ehegatten erhöht worden ist.
- Der Zugewinnausgleich gewährleistet nicht, daß ein Ehegatte im Falle einer Scheidung der Ehe den Wert der Verwendungen, die aus seinem Vermögen auf ein Grundstück des anderen Ehegatten gemacht werden, wieder zurückerhält³.
- Handelt es sich bei dem übergebenen Anwesen um einen Betrieb der Land- und Forstwirtschaft, so wirkt sich, wenn der Übernehmer Alleineigentümer dieses Anwesens ist, auch § 1376 Abs. 4 BGB sehr zum Nachteil des einheiratenden Ehegatten aus:
Selbst wenn sich der wirkliche Wert des Anwesens während der Ehe durch Baumaßnahmen, etwa einen Wohnhausneubau, erheblich erhöht, hat das in der Regel nur geringe Auswirkungen auf den Ertragswert. Das führt dazu, daß der einheiratende Ehegatte im Falle einer Scheidung an einem entstandenen Vermögenszuwachs nicht oder nur unzureichend beteiligt wird, selbst dann, wenn der wirkliche Wertzuwachs durch Maßnahmen herbeigeführt worden ist, die aus dem Anfangsvermögen des einheiratenden Ehegatten finanziert worden sind⁴.
- Trotz des Alleineigentums eines Ehegatten übernimmt der andere Ehegatte häufig gegenüber Banken die persönliche Mithaftung für Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit Verwendungen auf das Anwesen eingegangen werden. Scheitert später die Ehe, so wird mangels einer vertraglichen Vermögensauseinandersetzung in vielen Fällen keine Entlassung des anderen Ehegatten aus der Mithaftung herbeigeführt.

³ Vgl. dazu *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 2. Aufl. 1989 (nachfolgend: Handbuch), Rdnrn. 420 ff.

⁴ Im einzelnen dazu *Behmer*, FamRZ 1988, 347 f., vgl. auch die Ausführungen des Direktors des Bayer. Bauernverbandes, *Fischer*, auf der Wissenschaftlichen Tagung des Instituts für Landwirtschaftsrecht an der Universität Passau vom 14./15. 4. 1989, Schriftenreihe des Instituts Band 2, S. 66.

¹ Vgl. in der Fachliteratur *Wolf*, DStR 1993, 541 ff., sowie den Beschluß des BVerfG vom 14. 12. 1993, DStR 1994, S. 134.

² Vgl. *Palandt/Diederichsen*, BGB, 53. Aufl. 1994, Rdnr. 9 zu § 1365, BGH FamRZ 1989, 475.

Wenn nicht erhebliche Überlegungen beim Vorhandensein von nichtehelichen Kindern oder Kindern aus einer früheren Ehe oder Haftungsgesichtspunkte für das Alleineigentum eines Ehegatten sprechen, kann es aus den genannten Gründen nicht Aufgabe des Notars sein, den Beteiligten den Wunsch nach Miteigentum des einheiratenden Ehegatten auszureden. Vielmehr ist zu überlegen, wie diesem Wunsch am zweckmäßigsten Rechnung getragen werden kann.

Die einfachste, gleichzeitig aber auch schlechteste Lösung ist diejenige, daß die Eltern das Anwesen unmittelbar auf ihr Kind und dessen Ehegatten zum Miteigentum je zur Hälfte übergeben.

Diese Lösung hat folgende Nachteile:

- Die Anordnung einer Ausgleichung nach §§ 2050 ff. BGB und einer Anrechnung auf den Pflichtteil wirken nur hinsichtlich des Miteigentumsanteils, den das Kind erhält, nicht aber hinsichtlich des Miteigentumsanteils des Schwiegerkindes.
- Im Falle einer Scheidung verbleibt dem Schwiegerkind der von den Schwiegereltern erworbene Miteigentumsanteil. Der Wert des Miteigentumsanteils unterliegt nicht einmal dem Zugewinnausgleich, da er nach § 1374 Absatz 2 BGB zum Anfangsvermögen gehört.
- Wenn der Einheitswert über 14.286 DM bzw. bei Betrieben der Land- und Forstwirtschaft über 20.000 DM liegt, kann Schenkungsteuer anfallen, da der Freibetrag des Schwiegerkindes nur 10.000 DM beträgt.

Da diese Rechtsfolge einer Übergabe eines Anwesens unmittelbar auf Kind und Schwiegerkind zum Miteigentum zu Bruchteilen wohl niemals dem Willen der Beteiligten entspricht, ist in jedem Fall eine Übergabe des Anwesens auf das leibliche Kind allein und zusätzlich eine vertragliche Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses zwischen dem Übernehmer und seinem Ehegatten notwendig. Dafür gibt es grundsätzlich drei Möglichkeiten, nämlich die Bildung einer „Ehegatteneigenheimgesellschaft“, die Überlassung eines ideellen Miteigentumsanteils von dem Übernehmer an seinen Ehegatten im Wege der ehebedingten Zuwendung und die ehevertragliche Vereinbarung von Gütergemeinschaft durch den Übernehmer und seinen Ehegatten.

Eine „Ehegatteneigenheimgesellschaft“ kann wegen ihrer Komplexität „nicht als empfehlenswerter Normalfall, sondern nur ausnahmsweise empfehlenswerter Sonderfall der Eigentumsordnung innerhalb der Ehe“ gewertet werden⁵.

Bei einer ehebedingten Zuwendung eines ideellen Miteigentumsanteils von dem Übernehmer an seinen Ehegatten muß vertraglich geregelt werden, was mit dem übernommenen Anwesen im Falle einer Ehescheidung geschehen soll. Erfolgt insoweit keine Regelung, so erhält der Ehegatte, der den Miteigentumsanteil überlassen hat, im Rahmen des Zugewinnausgleichs in den meisten Fällen nur die Hälfte des Wertes seiner Zuwendung zurück, wenn die Ehe geschieden wird⁶. Wenn dieses Ergebnis — wie fast immer — von den Beteiligten nicht gewünscht wird, muß eine Rückübertragungsverpflichtung für den Fall einer Scheidung

vertraglich vereinbart werden. Eine sachgerechte und alle mit der Rückübertragung verbundenen Probleme befriedigende Lösung setzt eine komplizierte Vertragsklausel voraus, die von juristischen Laien nur schwer zu verstehen ist⁷. Aber auch wenn man das Problem der Scheidung durch eine Rückforderungsklausel in den Griff bekommt, bleiben bei der Übertragung eines ideellen Miteigentumsanteils die Nachteile bestehen, die generell mit einer Bruchteilsgemeinschaft verbunden sind, nämlich daß jeder Miteigentümer über seinen Miteigentumsanteil frei verfügen, ihn also ohne Zustimmung des anderen Miteigentümers veräußern und belasten kann, und daß Gläubiger eines Miteigentümers dessen Auseinandersetzungsanspruch aus § 749 BGB pfänden⁸ und nach § 181 Abs. 2 ZVG die Teilungsversteigerung des ganzen Grundstücks erzwingen können⁹.

Die dritte Alternative für die Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses zwischen dem Übernehmer und seinem Ehegatten ist die ehevertragliche Vereinbarung der Gütergemeinschaft. Um zu beurteilen, ob die Gütergemeinschaft eine denkbare, in nicht seltenen Fällen vielleicht sogar bessere Alternative zu der Übertragung eines ideellen Miteigentumsanteils im Wege einer ehebedingten Zuwendung mit Rückforderungsklausel darstellt, muß man zunächst untersuchen, wie in diesem Güterstand die Vermögenszuordnung zwischen den Ehegatten geregelt ist (B) und nach welchen Grundsätzen die Auseinandersetzung bei Beendigung der Gütergemeinschaft erfolgt (C). Schließlich ist zu überprüfen, ob nicht allgemein oder jedenfalls in bestimmten Fällen so große Nachteile mit diesem Güterstand verbunden sind, daß er — trotz möglicher Vorzüge bei Vermögenszuordnung und Vermögensauseinandersetzung — generell nicht empfohlen werden kann (D).

Wenn auch die Fragen, die bei der Übergabe eines Wohngrundstücks oder landwirtschaftlichen Anwesens zu klären sind, den Ausgangspunkt für diese Untersuchung gebildet haben, so gelten die angestellten Überlegungen doch in gleicher Weise für die Fälle, in denen ein Ehegatte seinem Partner das Miteigentum an Grundbesitz einräumen will, der ihm bereits vor der Eheschließung gehört hatte, oder den er nach der Eheschließung durch Erbfolge oder in ähnlicher Weise zunächst allein erworben hatte. Denn für die Frage, ob die Vereinbarung der Gütergemeinschaft eine sinnvolle Alternative zu einer ehebedingten Zuwendung darstellt, kommt es nicht darauf an, ob die Verschaffung des Miteigentums in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundbesitzes oder erst später erfolgt.

B) Vermögenszuordnung zwischen den Ehegatten

Vereinbaren die Ehegatten durch Ehevertrag für ihre Ehe den Güterstand der Gütergemeinschaft, so werden nach § 1416 Abs. 1 BGB das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau zum Gesamtgut, also zum gemeinschaftlichen Vermögen beider Ehegatten. In das Gesamtgut fällt grundsätzlich auch das Vermögen, das ein Ehegatte während des Bestehens der Gütergemeinschaft erwirbt.

⁷ Vgl. den Formulierungsvorschlag von *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 885.

⁸ *Zeller*, Zwangsversteigerungsgesetz, 11. Aufl. 1983, Rdnr. 4 (13) 6) IV. zu § 180, *Palandt/Thomas*, Rdnr. 2 zu § 749.

⁹ *Zeller* Rdnr. 2 1 e) zu § 181 ZVG.

⁵ So zu Recht *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 462.

⁶ BGH FamRZ 1991, S. 1169 ff., vgl. dazu ausführlich *Langenfeld*, Handbuch, Rdnrn. 881 ff. (mit Berechnungsbeispielen).

Neben dem Gesamtgut können bei Geltung der Gütergemeinschaft jedoch noch vier weitere Vermögensmassen bestehen, nämlich das Sondergut des Mannes, das Sondergut der Frau, das Vorbehaltsgut des Mannes und das Vorbehaltsgut der Frau¹⁰.

Zum Sondergut eines jeden Ehegatten gehören nach § 1417 Abs. 2 BGB diejenigen Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Dazu zählen insbesondere der Nießbrauch (§ 1059 BGB), beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§ 1092 BGB) und unübertragbare Anteile an Personengesellschaften (§ 719 Abs. 1 BGB)¹¹.

Daß solche nicht übertragbaren Gegenstände, die einem Ehegatten allein zustehen, nicht in das Gesamtgut fallen, sondern Sondergut sind, ist zwingendes Recht. Durch Ehevertrag kann also Sondergut nicht zum Gesamtgut erklärt werden¹². Das Sondergut wird jedoch nach § 1417 Abs. 3 BGB für Rechnung des Gesamtgutes verwaltet und gehört daher wirtschaftlich zum Gesamtgut¹³.

Vom Sondergut scharf zu unterscheiden ist das Vorbehaltsgut. Während die Gegenstände des Sondergutes kraft zwingender gesetzlicher Vorschrift nicht in das Gesamtgut fallen können, setzt die Bildung von Vorbehaltsgut entweder eine ehevertragliche Vereinbarung (§ 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder eine entsprechende Bestimmung eines Erblassers oder Schenkers, von dem ein Ehegatte etwas aufgrund letztwilliger Verfügung oder aufgrund einer unentgeltlichen Zuwendung erwirbt, voraus (§ 1418 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Ferner fallen die Surrogate eines Gegenstandes des Vorbehaltsgutes auch wieder in das Vorbehaltsgut (§ 1418 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

Wie das Sondergut, so wird auch das Vorbehaltsgut von jedem Ehegatten selbständig verwaltet. Während aber die Verwaltung des Sondergutes für Rechnung des Gesamtgutes erfolgt (§ 1417 Abs. 3 Satz 2 BGB), verwaltet jeder Ehegatte sein Vorbehaltsgut für eigene Rechnung, so daß die Erträge des Vorbehaltsgutes ebenfalls wieder in das Vorbehaltsgut fallen.

Die Verwaltung des Gesamtgutes erfolgt, wenn der Ehevertrag nichts anderes bestimmt, gem. § 1421 S. 2 BGB durch beide Ehegatten gemeinsam. Die Möglichkeit, einen Ehegatten ehevertraglich als Alleinverwalter des Gesamtgutes zu bestimmen, sollte man als Vertragsgestalter am besten vergessen, da sie einer Entmündigung des anderen Ehegatten sehr nahekommt¹⁴. Wird das Gesamtgut von beiden Ehegatten gemeinsam verwaltet, so sind sie gem. § 1450 BGB nur gemeinsam berechtigt, über das Gesamtgut und die einzelnen zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände zu verfügen. Der Besitz an den zum Gesamtgut gehörenden Sachen steht ihnen gemeinsam zu. Ist eine Willenserklärung den Ehegatten gegenüber abzugeben, so genügt jedoch die Abgabe gegenüber einem Ehegatten.

¹⁰ *Soergel/Gaul*, BGB, 12. Aufl. 1989, Rdnr. 5 vor § 1415, *Palandt/Diederichsen*, Rdnr. 2 vor § 1415.

¹¹ *Soergel/Gaul* Rdnr. 5 zu § 1417, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 2 zu § 1417, *Münch.Komm./Kanzleiter*, 3. Aufl. 1993, Rdnr. 4 zu § 1417.

¹² *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 47 zu § 1417, *Soergel/Gaul* Rdnr. 4 zu § 1417, *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 5 zu § 1417, *Langenfeld*, Handbuch Rdnr. 249.

¹³ *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 248.

¹⁴ Vgl. dazu im einzelnen *Behmer*, FamRZ 1988, S. 341, sowie *Soergel/Gaul* Rdnr. 6 vor § 1415.

Eine Verfügung, die ein Ehegatten ohne Einwilligung des anderen vornimmt, wird nach § 1453 Abs. 1 i. V. m. § 1366 Abs. 1 BGB nur wirksam, wenn der andere Ehegatte sie genehmigt.

Somit kann auch kein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten seinen „Anteil“ an einem zum Gesamtgut gehörenden Grundstück veräußern oder belasten. Eine Zwangsvollstreckung in einen zum Gesamtgut gehörenden Gegenstand, z. B. in ein Grundstück, ist nach § 1459 BGB nur wegen Gesamtgutsverbindlichkeiten und gem. § 740 Abs. 2 ZPO nur aufgrund eines gegen beide Ehegatten gerichteten Titels möglich¹⁵. Das gilt auch für die Verwaltungsvollstreckung¹⁶. Soll aufgrund eines nur gegen einen Ehegatten gerichteten Titels eine Zwangsvollstreckung in bewegliche Gegenstände erfolgen, so kann sich der Gläubiger auf die Gewahrsamsvermutung des § 739 ZPO nur berufen, wenn der Gegenstand, in den vollstreckt werden soll, erwiesenermaßen Sonder- oder Vorbehaltsgut ist¹⁷. Drittwiderspruchsklage bei einer Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut kann jeder Ehegatte gem. § 1455 Ziffer 9 BGB auch ohne Zustimmung des anderen Ehegatten erheben¹⁸.

Eine Möglichkeit, die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft zu erzwingen und über eine Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs eine Zwangsversteigerung eines zum Gesamtgut gehörenden Gegenstandes zu erzwingen, hat ein Gläubiger, für dessen Forderung nicht beide Ehegatten haften, während bestehender Ehe nicht. Solange die Ehe besteht, ist das zum Gesamtgut gehörende Familienvermögen somit gegen Forderungen, die nur einem Ehegatten gegenüber bestehen, weitgehend geschützt.

C) Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft

Die Gütergemeinschaft endet durch Aufhebung im Wege des Ehevertrages, durch Aufhebungsurteil in den Fällen der §§ 1447 bis 1449 und §§ 1469, 1470, durch Ehescheidung und — wenn keine Fortsetzung mit den Abkömmlingen nach §§ 1483 ff. BGB vereinbart ist — durch den Tod eines Ehegatten¹⁹.

Nach Beendigung der Gütergemeinschaft ist das Gesamtgut auseinanderzusetzen. Bei der Beendigung der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten erübrigt sich jedoch die Auseinandersetzung, wenn der andere Ehegatte — was in der Regel gleichzeitig mit der Vereinbarung der Gütergemeinschaft im Wege des Erbvertrages geschehen sollte — als Alleinerbe eingesetzt worden ist. Die Auseinandersetzung wird nach den Bestimmungen der §§ 1474 ff. BGB durchgeführt. Dabei sind zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen. Der danach verbleibende Überschuß wird grundsätzlich auf beide Ehegatten zu gleichen Teilen aufgeteilt.

¹⁵ *Wassermann*, FamRZ 1991, S. 509, *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 10 zu § 1459, *Soergel/Gaul* Rdnr. 16 zu § 1450.

¹⁶ BayVGH BayVBl. 1988, S. 272.

¹⁷ *Wassermann*, FamRZ 1991, S. 509, *Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann*, ZPO, 50. Aufl. 1992, Anm. 1) B zu § 739, *Thomas/Putzo*, ZPO, 18. Aufl. 1993, Anm. 2 a zu § 739, *Soergel/Gaul* Rdnr. 9 zu § 1416.

¹⁸ Vgl. dazu *Soergel/Gaul* Rdnr. 9 zu § 1455, *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 8 zu § 1456.

¹⁹ *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 277, *Soergel/Gaul* Rdnr. 2 vor § 1471, *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 2 zu § 1471.

Nach § 1477 Abs. 2 BGB ist im Rahmen der Auseinandersetzung jeder Ehegatte berechtigt, die Sachen zu übernehmen, die ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmt sind, ferner solche Gegenstände, die er in das Gesamtgut eingebracht oder während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, durch Vermächtnis, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat²⁰. Ein Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfordert keine Unentgeltlichkeit des Erwerbs, so daß das Übernahmerecht nach § 1477 Abs. 2 BGB auch dann gegeben sein kann, wenn der Übernehmer Geschwister abfinden mußte²¹.

Dieses Übernahmerecht ist ein einseitiges Gestaltungsrecht, das durch eine empfangsbedürftige, nicht formbedürftige²² Willenserklärung gegenüber dem anderen Ehegatten auszuüben ist²³. Macht ein Ehegatte von dem Übernahmerecht Gebrauch, so hat er jedoch den Wert der übernommenen Gegenstände zum Gesamtgut zu ersetzen. Maßgebend ist hier der Wert, den die betreffenden Gegenstände im Zeitpunkt der Übernahme haben²⁴. Was der übernehmende Ehegatte als Wert des übernommenen Gegenstandes zum Gesamtgut zu ersetzen hat, braucht er jedoch nicht in Geld zu zahlen, sondern es erfolgt insoweit eine Anrechnung auf sein Auseinandersetzungsguthaben²⁵.

Voraussetzung für die Ausübung des Übernahmerechts nach § 1477 Abs. 2 BGB ist jedoch grundsätzlich, daß zuvor die Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigt worden sind, was aber auch dadurch erfolgen kann, daß ein Ehegatte die Verbindlichkeiten als Alleinschuldner übernimmt und die Gläubiger den anderen Ehegatten vorbehaltlos, unbedingt und uneingeschränkt aus der Haftung entlassen²⁶. Lediglich dann, wenn der Gegenstand, dessen Übernahme begehrt wird, nicht in Geld umgesetzt werden muß, um Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen, und wenn er auch nicht an einen Dritten herausgegeben werden muß, kann das Übernahmerecht schon vor Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten geltend gemacht werden²⁷.

Eine wichtige Ausnahme von dem Grundsatz der hälftigen Teilung des Überschusses gilt dann, wenn die Ehe vor Beendigung der Auseinandersetzung geschieden wird²⁸. In

diesem Fall ist gem. § 1478 BGB jedem Ehegatten auf Verlangen der Wert dessen zu erstatten, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat.

Als eingebracht gilt auch im Sinne des § 1478 BGB neben den Gegenständen, die einem Ehegatten bei Beginn der Gütergemeinschaft gehört haben — dazu gehört auch der Anspruch auf Zugewinnausgleich für die bisherige Dauer des gesetzlichen Güterstandes²⁹ —, grundsätzlich alles, was ein Ehegatte von Todes wegen, in vorweggenommener Erbfolge, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat, ferner alle Rechte, die mit dem Tod eines Ehegatten erlöschen oder durch seinen Tod auflösend bedingt sind.

Anders als bei dem Übernahmerecht des § 1477 BGB ist nach § 1478 Abs. 3 BGB jedoch nicht der Wert im Zeitpunkt der Auseinandersetzung maßgebend, sondern der Wert im Zeitpunkt der Einbringung, der jedoch um die allgemeine Teuerungsrate zu bereinigen ist³⁰.

Die Ausübung des Rechts nach § 1477 BGB und das Verlangen nach Wertersatz gem. § 1478 BGB können nebeneinander erfolgen³¹. Auch kann die Ausübung des Übernahmerechts nach § 1477 BGB auf einzelne eingebrachte Gegenstände beschränkt werden.

Durch die Verrechnung des von dem übernehmenden Ehegatten an das Gesamtgut gem. § 1477 Abs. 2 BGB zu leistenden Wertersatzes mit seinem Anspruch auf Wertersatz nach § 1478 BGB wird im Ergebnis im Falle einer Scheidung nur der während des Bestehens der Gütergemeinschaft entstandene Vermögenszuwachs zwischen den Ehegatten geteilt, nicht das, was die Ehegatten jeweils eingebracht haben³².

Hat ein Ehegatte auch Schulden in die Gütergemeinschaft eingebracht, so ist nach Sinn und Zweck des § 1478 BGB der Betrag der Schulden von dem Wert der eingebrachten Gegenstände abzuziehen, so daß jeder Ehegatte nur den Betrag zurückerstattet erhält, um den die eingebrachten Aktiva die eingebrachten Passiva überstiegen haben³³. Wirtschaftlich führt somit die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft im Falle der Scheidung in vielen Fällen zu dem gleichen Ergebnis, wie der Zugewinnausgleich im gesetzlichen Güterstand. Zu einem abweichenden Ergebnis führt der Zugewinnausgleich jedoch in den Fällen, in denen ein Ehegatte aus seinem Anfangsvermögen Zuwendungen an den anderen Ehegatten oder Verwendungen in das Vermögen des anderen Ehegatten gemacht hat. Während in diesen Fällen beim gesetzlichen Güterstand eine Benachteiligung des zuwendenden Ehegatten nur durch eine Rückforderungsklausel vermieden werden kann, führen die Bestimmungen der §§ 1477 und 1478 BGB automatisch zu sachgerechten Ergebnissen³⁴.

Ist der Wert eingebrachter Vermögensgegenstände während der Gütergemeinschaft gesunken, und wird dieser Wertverlust nicht durch einen Vermögenszuwachs in anderen Berei-

²⁰ Wird ein Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks in das Gesamtgut eingebracht, so gilt im Sinne von § 1477 Abs. 2 auch das Grundstück selbst als eingebracht, OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 195.

²¹ BGH FamRZ 1986, 883, 884, *Soergel/Gaul* Rdnr. 4 zu § 1477, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 5 zu § 1477.

²² OLG München FamRZ 1988, S. 1275.

²³ *Soergel/Gaul* Rdnr. 5 zu § 1477, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 3 zu § 1477, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 8 zu § 1477.

²⁴ *Soergel/Gaul* Rdnr. 10 zu § 1477, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 3 zu § 1477; dabei ist strittig, ob es auf den Zeitpunkt des dinglichen Vollzugs der Übernahme ankommt, so BGH FamRZ 1986, 777, oder auf den Zeitpunkt der Übernahmeerklärung, so m. E. zu Recht: Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 11 zu § 1477.

²⁵ BGH FamRZ 1988, S. 927, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 12 zu § 1477.

²⁶ BGH FamRZ 1988, 815, OLG Köln FamRZ 1991, 572.

²⁷ BGH FamRZ 1988, 927, OLG Köln FamRZ 1991, 571, OLG Düsseldorf FamRZ 1993, 195, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 9 zu § 1477.

²⁸ *Soergel/Gaul* Rdnr. 4 zu § 1478, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 1 zu § 1478, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 1 zu § 1478.

²⁹ BGH FamRZ 1990, 256.

³⁰ BGH FamRZ 1986, 42; FamRZ 1990, 257, *Soergel/Gaul* Rdnr. 7 zu § 1478, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 3 zu § 1478, Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 8 zu § 1478.

³¹ BGH FamRZ 1986, 41, *Soergel/Gaul* Rdnr. 7 zu § 1478, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 5 zu § 1478, *Bölling* FamRZ 1980, 755.

³² *Bölling*, FamRZ 1980, 755.

³³ Vgl. BGH FamRZ 1986, 884; FamRZ 1990, 257.

³⁴ So auch *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 318.

chen ausgeglichen, so reicht das Gesamtgut nicht aus, um die Wertersatzansprüche nach § 1478 Abs. 1 HS 1 BGB zu erfüllen. Der Fehlbetrag ist dann von den Ehegatten in dem Verhältnis des Wertes des von ihnen Eingebachten zu tragen, was ebenfalls zu sachgerechten Ergebnissen führt³⁵.

Für den Fall, daß die Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, spielen die Bestimmungen über die Auseinandersetzung des Gesamtgutes keine Rolle, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe wird. Da es, jedenfalls in Bayern, aus guten Gründen allgemeiner Praxis entspricht, die Vereinbarung der Gütergemeinschaft mit einem Erbvertrag zu verbinden, der eine gegenseitige Erb-einsetzung enthält, sollen hier nur die Auswirkungen der Vereinbarung der Gütergemeinschaft auf etwaige Pflicht-teilsansprüche im Vergleich zu den Auswirkungen einer ehebedingten Übertragung eines Miteigentumsanteils zu ein Halb skizziert werden:

Es ist inzwischen höchstrichterlich entschieden, daß ehebedingte Zuwendungen unter Ehegatten in erbrechtlicher Hinsicht wie Schenkungen zu behandeln sind³⁶. Demgemäß können wegen einer ehebedingten Zuwendung auch Pflichtteilsergänzungsansprüche gem. § 2325 BGB geltend gemacht werden³⁷.

Hat nun ein Ehegatte, nachdem seine Eltern ihm ein Hausgrundstück übertragen haben, einen ideellen Miteigentumsanteil zu ein Halb seinem Ehepartner ehebedingt zugewendet, so steht den Abkömmlingen im Falle des Todes des zuwendenden Ehegatten gem. §§ 2303 Abs. 1, 1931 Abs. 1, 3, 1371 Abs. 1, 1924 BGB ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von insgesamt einem Viertel des Wertes des ihm verbliebenen Anteils, also einem Achtel des Wertes des Hausgrundstücks, und außerdem ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gem. § 2325 Abs. 1, 3 BGB in Höhe von einem Viertel des Wertes des überlassenen Miteigentumsanteils zu.

Insgesamt beträgt die Pflichtteilslast, mit der der überlebende Ehegatte beschwert ist, somit bis zu einem Viertel des Wertes des Hausgrundstücks.

Die Vereinbarung der Gütergemeinschaft stellt dagegen in erbrechtlicher Hinsicht grundsätzlich keine Schenkung dar, so daß insoweit keine Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht werden können³⁸.

Die Pflichtteilsbelastung des überlebenden Ehegatten beträgt somit beim Vorhandensein von Abkömmlingen gem. §§ 2303 Abs. 1, 1931 Abs. 1, 1924 BGB drei Achtel des Anteils des zuerstversterbenden Ehegatten am Gesamtgut, also $\frac{3}{16}$ des Wertes des Gesamtgutes, und ist daher regelmäßig niedriger als im Falle der ehebedingten Zuwendung eines hälftigen Miteigentumsanteils. Das gilt aber nur dann, wenn der zuwendende Ehegatte als erstes verstirbt. Verstirbt der einheiratende Ehegatte zuerst, so steht den Abkömmlingen bei Geltung der Gütergemeinschaft ebenfalls ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von insgesamt $\frac{3}{16}$ des Gesamtgutes zu, während bei Geltung des gesetzlichen Güterstandes der Pflichtteil aller Abkömmlinge insgesamt nur $\frac{1}{4}$ des Nachlasses und damit $\frac{1}{8}$ ($= \frac{2}{16}$) des Wertes eines den Ehegatten je zur Hälfte gehörenden Anwesens ausmacht. Somit ist in diesem Fall zunächst die ehebedingte Zuwendung günstiger als die Vereinbarung der Güter-

gemeinschaft. Verstirbt dann aber der zuwendende Ehegatte innerhalb von zehn Jahren nach dem Tode des einheiratenden Ehegatten, so besteht allerdings wiederum zusätzlich zu dem dann anfallenden Pflichtteilsanspruch noch der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1, 3 BGB bezüglich der ehebedingten Zuwendung des Miteigentumsanteils.

Ob insgesamt die ehebedingte Zuwendung oder die Vereinbarung der Gütergemeinschaft im Hinblick auf denkbare künftige Pflichtteilsansprüche günstiger ist, hängt also von verschiedenen Faktoren ab, die im Zeitpunkt der vertraglichen Regelung unbekannt sind und erst nach dem Tode des Längerlebenden der Ehegatten feststehen. Aus diesem Grunde kann der Frage der Pflichtteilsbelastung bei der Wahl zwischen Gütergemeinschaft und ehebedingter Zuwendung keine ausschlaggebende Bedeutung zubilligt werden.

D) Nachteile der Gütergemeinschaft

Die obenstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß die Vermögenszuordnung zwischen den Ehegatten und die Auseinandersetzung bei Beendigung des Güterstandes gesetzlich in einer Weise geregelt sind, die dem Willen der Beteiligten in aller Regel Rechnung trägt und in mehrfacher Hinsicht als sachgerechter angesehen werden kann, als die Rechtslage bei der Zugewinnungsgemeinschaft.

Möglicherweise sprechen aber andere Gesichtspunkte gegen die Gütergemeinschaft, die so schwerwiegend sind, daß man generell von ihr abraten sollte. Diese Auffassung wird insbesondere von *Langenfeld* vertreten³⁹.

I. Kompliziertheit der Gütergemeinschaft

Gegen die Gütergemeinschaft wird vorgebracht, sie sei mit ihren fünf denkbaren Vermögensmassen zu kompliziert, und die Rechtsverhältnisse seien schwer durchschaubar⁴⁰, die gemeinsame Verwaltung des Gesamtgutes führe zu Schwierigkeiten⁴¹.

1) Daran ist richtig, daß bei einer Gütergemeinschaft, in der tatsächlich jeder Ehegatte über Sondergut und Vorbehaltsgut verfügt, Probleme erwachsen können; insbesondere kann die Rechtslage unübersichtlich werden, wenn immer wieder Vermögensgegenstände oder Erträge einer Vermögensmasse entnommen und einer anderen Vermögensmasse zugeführt werden. Allerdings erscheinen diese Probleme angesichts der umfangreichen gesetzlichen Regelung auch nicht als unlösbar.

Die Bildung von Vorbehaltsgut oder von Sondergut ist jedoch praktisch von geringer Bedeutung. Gerade dann, wenn es sich bei den Ehegatten um Landwirte handelt, oder wenn sie in kleinbürgerlichen Verhältnissen leben, in denen das Eigenheim den einzigen wesentlichen Vermögensgegenstand bildet, kommen Vorbehaltsgut und Sondergut nur ausnahmsweise vor, wobei es sich wiederum meist nur um einen einzelnen Gegenstand handelt.

Ist aber weder Sondergut noch Vorbehaltsgut vorhanden, dann entfallen auch die Bedenken, die sich aus der Kompliziertheit des Zusammenspiels der fünf möglichen Vermögensmassen ergeben.

³⁵ Vgl. dazu im einzelnen *Behmer*, MittBayNot 1989, 7 f.

³⁶ BGH FamRZ 1992, 301.

³⁷ OLG Köln FamRZ 1992, 480.

³⁸ BGH FamRZ 1992, 304.

³⁹ Handbuch, Rdnr. 312, DNotZ 1985, Sonderbeitrag zum 22. Notartag, S. 171.

⁴⁰ Vgl. *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 312, *Soergel/Gaul* Rdnr. 6 vor § 1415.

⁴¹ *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 314.

In den Fällen dagegen, in denen aufgrund der sozialen Stellung der Ehegatten mit umfangreichen und verschiedenartigen Vermögensanlagen und damit auch mit der Bildung von Vorbehalts- oder Sondergut gerechnet werden muß, wird sich die Gütergemeinschaft vielfach schon aus anderen Gründen nicht empfehlen, so z. B. aus steuerlichen oder aus Haftungsgründen, wenn ein Ehegatte freiberuflich oder gewerblich selbständig tätig ist.

2) Aus der gemeinsamen Verwaltung des Gesamtgutes können sich kaum praktische Schwierigkeiten ergeben. Zwar können die Ehegatten in diesem Fall über zum Gesamtgut gehörende Gegenstände nach § 1450 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur gemeinsam verfügen und Verpflichtungen zu Lasten des Gesamtgutes nach § 1460 Abs. 1 BGB nur gemeinsam begründen.

Diese Bestimmungen können jedoch bei den alltäglichen Geschäften zu keinerlei Schwierigkeiten führen, weil diese durch die „Schlüsselgewalt“ nach § 1357 BGB gedeckt sind.

§ 1357 BGB gilt für alle Güterstände⁴², also auch für die Gütergemeinschaft. Alle Geschäfte, die durch § 1357 BGB gedeckt sind, wirken somit auch für und gegen das Gesamtgut.

Bei allen Geschäften, die über § 1357 BGB hinausgehen, die also nicht mehr zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie dienen, ist eine Mitwirkung des anderen Ehegatten regelmäßig unschwer herbeizuführen, zumal auch eine Bevollmächtigung möglich ist⁴³. Derartige Rechtsgeschäfte sollten ohnehin nur im beiderseitigen Einvernehmen vorgenommen werden. In dringenden Fällen kann ein Ehegatte nach § 1454 BGB auch allein handeln, wenn der andere ausnahmsweise verhindert ist. Jedenfalls dann, wenn die Ehegatten nur über geringes Vermögen verfügen oder ihre Vermögensverhältnisse überschaubar sind, führt somit — wie auch die Erfahrung belegt — die gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtgutes zu keinen praktischen Schwierigkeiten.

Aber selbst dann, wenn umfangreiches Vermögen vorhanden ist, und vielfältige Geschäfte vorzunehmen sind, dürfte eine gemeinsame Verwaltung des Gesamtgutes zu keinen unüberwindbaren Schwierigkeiten führen, was deutlich wird, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften grundsätzlich mehrere Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglieder nur gemeinsam vertretungsberechtigt sind (§§ 35 Abs. 2 GmbHG, § 78 Abs. 2 AktG), obwohl derartige Gesellschaften in der Regel in größerem Umfang am geschäftlichen Leben teilnehmen als selbst wohlhabende Eheleute.

3) Es kann somit festgehalten werden, daß es mit der „Kompliziertheit“ der Gütergemeinschaft jedenfalls dann nicht so weit her ist, wenn das Vermögen der Ehegatten im wesentlichen aus einem landwirtschaftlichen Betrieb oder aber aus Grundbesitz in kleinerem Umfang besteht, wenn also die Ehegatten in bäuerlichen oder kleinstädtischen Verhältnissen leben.

Im übrigen ist der gesetzliche Güterstand auch keineswegs völlig unkompliziert. Viele Fragen, die im gesetzlichen Güterstand erhebliche Unsicherheiten und Schwierigkeiten

verursachen, können bei der Gütergemeinschaft nicht auftauchen; so spielt z. B. der ganze Problembereich der Zuwendungen unter Ehegatten bei der Gütergemeinschaft überhaupt keine Rolle.

II. Schuldenhaftung

Das Hauptargument, das gegen die Gütergemeinschaft vorgebracht wird, bezieht sich auf die Schuldenhaftung. *Langenfeld* meint, die Haftungsgemeinschaft der Ehegatten, insbesondere die Gesamthaftung für unerlaubte Handlungen und die Gesamthaftung für Unterhaltungsschulden beider Ehegatten sei „für das moderne Empfinden unerträglich“⁴⁴ und mache die Gütergemeinschaft „zu einem nicht mehr zeitgemäßen Güterstand“⁴⁵.

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, in welchem Umfang beim Güterstand der Gütergemeinschaft ein Ehegatte für die Schulden des anderen haftet, und welche Bedeutung dem Gesichtspunkt der Schuldenhaftung für die Wahl dieses Güterstandes zukommen muß.

1) Ausgangsbestimmung für die Schuldenhaftung ist § 1459 BGB. Danach können die Gläubiger beider Ehegatten aus dem Gesamtgut Befriedigung erlangen, soweit sich nicht aus den §§ 1460 bis 1462 BGB etwas anderes ergibt. Für derartige Gesamtgutsverbindlichkeiten haften die Ehegatten außerdem als Gesamtschuldner, d. h. sie haften auch mit ihrem jeweiligen Vorbehalts- oder Sondergut.

2) Mangels einer abweichenden Bestimmung in den §§ 1460 bis 1462 BGB gilt diese Haftung des Gesamtgutes und beider Ehegatten als Gesamtschuldner uneingeschränkt für alle Schulden, die ein Ehegatte bereits bei Beginn der Gütergemeinschaft hatte⁴⁶. Ist daher ein Ehegatte bereits bei Beginn der Gütergemeinschaft verschuldet, so muß der andere Ehegatte damit rechnen, daß die Gläubiger sich aus dem von ihm in das Gesamtgut eingebrachten Vermögen befriedigen können.

Aus diesem Grund kann zur Vereinbarung der Gütergemeinschaft nicht geraten werden, wenn ein Ehegatte bereits im Verhältnis zum Umfang seines Vermögens erheblich verschuldet oder gar überschuldet ist.

Regelmäßig kann jedoch davon ausgegangen werden, daß den Ehegatten gegenseitig bekannt ist, inwieweit sie verschuldet sind, so daß die Gefahr der Haftung für bestehende Verbindlichkeiten kein Grund ist, generell von der Gütergemeinschaft abzuraten.

Der Notar, der um die Beurkundung eines Vertrages zur Vereinbarung von Gütergemeinschaft ersucht wird, sollte jedoch in jedem Fall die Beteiligten über ihre Vermögens- und Schuldenlage befragen, wozu er ohnehin schon nach § 39 Abs. 3 KostO wegen der Kostenberechnung verpflichtet ist.

3) Bei den Verbindlichkeiten, die erst während des Bestehens der Gütergemeinschaft entstehen, sind zwei wichtige Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich die rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten und die auf Gesetz beruhenden.

a) Für die Gruppe der rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten ergibt sich aus § 1460 BGB eine wesentliche Beschränkung der Haftung.

⁴² *Soergel/Lange* Rdnr. 4 zu § 1357, *Soergel/Gaul* Rdnr. 7 zu § 1450.

⁴³ *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 3 zu § 1450, *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 273.

⁴⁴ *Langenfeld*, Handbuch, Rdnr. 313.

⁴⁵ *Langenfeld*, FamRZ 1987, 13.

⁴⁶ *Münch.Komm./Kanzleiter* Rdnr. 1 zu § 1459.

Nach § 1460 BGB haftet das Gesamtgut nämlich für eine Verbindlichkeit aus einem Rechtsgeschäft, das ein Ehegatte während der Gütergemeinschaft vornimmt, nur dann, wenn der andere Ehegatte dem Geschäft zustimmt oder es ohne dessen Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist.

aa) Wird ein Rechtsgeschäft mit Zustimmung beider Ehegatten vorgenommen, so ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der zustimmende Ehegatte auch für die Verbindlichkeiten aus diesem Rechtsgeschäft haftet. Auch dann, wenn die Ehegatten in Gütertrennung oder im gesetzlichen Güterstand leben, haftet jeder Ehegatte dann für die Schulden des anderen, wenn er eine Mithaftung rechtsgeschäftlich übernommen hat.

bb) Ohne Zustimmung des anderen Ehegatten ist ein Rechtsgeschäft nur in den Fällen der §§ 1452, 1454 bis 1456 und 1357 BGB wirksam.

§ 1357 BGB gilt für alle Güterstände⁴⁷. Ist ein Rechtsgeschäft trotz fehlender Zustimmung des anderen Ehegatten gem. § 1357 BGB dem Gesamtgut gegenüber wirksam, so ist dieser folglich nicht schlechter gestellt, als er es selbst bei Gütertrennung wäre.

§ 1452 BGB gibt dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit, die grundlos verweigerte Zustimmung eines Ehegatten zu ersetzen, wenn das Rechtsgeschäft zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes oder zur ordnungsgemäßen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten eines Ehegatten erforderlich ist. Eine Gefahr für den nicht zustimmenden Ehegatten kann sich daraus nicht ergeben, denn ein dem Gesamtgut nachteiliges Geschäft entspricht kaum einer ordnungsgemäßen Verwaltung des Gesamtgutes bzw. einer ordnungsgemäßen Besorgung persönlicher Angelegenheiten. Entsprechendes gilt für das Notverwaltungsrecht gem. § 1454 BGB.

Von großer Bedeutung ist jedoch § 1456 BGB. Danach kann jeder Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Rechtsgeschäfte vornehmen, die der Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts mit sich bringt, vorausgesetzt, der andere Ehegatte hat in den Betrieb dieses Geschäftes eingewilligt oder diesem Betrieb jedenfalls nicht widersprochen.

§ 1456 BGB führt dazu, daß immer dann, wenn ein Ehegatte eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, z. B. als Gewerbetreibender oder aber auch als Freiberufler⁴⁸, das von dem anderen Ehegatten in das Gesamtgut eingebrachte oder während der Gütergemeinschaft zum Gesamtgut erworbene Vermögen und Einkommen in vollem Umfang zur Befriedigung der Geschäftsgläubiger herangezogen werden kann. § 1456 BGB gilt aber nur, wenn das Erwerbsgeschäft durch einen Ehegatten allein betrieben wird. Wird das Geschäft durch beide Ehegatten gemeinsam betrieben, so gilt für das gütergemeinschaftlich betriebene Erwerbsgeschäft gem. § 1450 Abs. 1 Satz 1 BGB notwendig Gesamtvertretung⁴⁹, so daß in diesen Fällen kein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen geschäftliche Verpflichtungen mit Wirkung zu Lasten des Gesamtgutes eingehen kann. Da die Haftung eines Ehegatten für Schulden aus dem Geschäftsbetrieb des anderen meistens den Interessen und dem Willen der Ehegatten widerspricht, muß von der Vereinbarung der Gütergemeinschaft in aller Regel abgeraten werden, wenn einer der Ehegatten bereits ein selbständiges

Erwerbsgeschäft betreibt, aber auch dann, wenn die Beteiligten die Möglichkeit ernsthaft in Betracht ziehen, daß einer von ihnen sich selbständig machen könnte. Bei Selbständigen ist meistens auch schon aus einkommensteuerlichen Gründen der Güterstand der Gütergemeinschaft unpassend.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur für Land- oder Forstwirte zu machen, da die von jenen in Anspruch genommenen Kredite größeren Umfangs aufgrund des erheblichen zum Betriebsvermögen gehörenden Grundbesitzes praktisch immer durch Grundpfandrechte abgesichert sind, bei deren Bestellung wiederum der andere Ehegatte bereits aufgrund von § 19 Grundbuchordnung mitwirken muß. Gewährleistungsansprüche oder Ansprüche wegen sonstiger Vertragsverletzungen in einer über den Wert des Betriebsvermögens hinausgehenden Höhe können bei Landwirten praktisch ausgeschlossen werden.

Im übrigen wird der Betrieb der Land- und Forstwirtschaft regelmäßig durch beide Ehegatten gemeinsam betrieben, so daß wegen der damit bestehenden notwendigen Gesamtvertretung eine Begründung von betrieblichen Verbindlichkeiten normalerweise nur durch beide Ehegatten gemeinsam erfolgen kann⁵⁰.

cc) Nimmt ein Ehegatte ein Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Zustimmung des anderen Ehegatten vor, so ist dieses Rechtsgeschäft gegenüber dem Gesamtgut nicht verbindlich, der Vertragspartner kann somit aus dem Gesamtgut keine Erfüllung verlangen.

Ist das Gesamtgut jedoch durch ein derartiges Rechtsgeschäft bereichert, so ist die Bereicherung gem. § 1457 BGB nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

Da § 1457 BGB eine Rechtsfolgenverweisung enthält, bestimmt sich der Haftungsumfang nach §§ 818, 819 BGB⁵¹. Demgemäß entfällt die Bereicherungshaftung — von den Fällen der Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit abgesehen — auch dann, wenn die Bereicherung weggefallen ist⁵².

Ist also aufgrund eines Rechtsgeschäftes, das ein Ehegatte ohne die erforderliche Zustimmung des anderen vorgenommen hat, von dem anderen Vertragsteil eine Leistung erbracht worden, so kann dieser lediglich die Herausgabe dieser Leistung verlangen. Ist der geleistete Gegenstand ersatzlos verbraucht worden und das Gesamtgut deshalb nicht mehr bereichert, so haftet das Gesamtgut nur dann, wenn bei Wegfall der Bereicherung beide Ehegatten die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes gegenüber dem Gesamtgut kannten oder bereits Rechtshängigkeit eingetreten war. Die Kenntnis des handelnden Ehegatten allein genügt nicht⁵³.

Hat ein Ehegatte überhaupt keine Kenntnis von der Vornahme eines Rechtsgeschäftes durch den anderen, so kann ihm auch dessen Unwirksamkeit gegenüber dem Gesamtgut nicht bekannt sein, so daß eine Haftung des Gesamtgutes ausgeschlossen ist, wenn ein Ehegatte ohne Kenntnis des anderen durch Rechtsgeschäft etwas erwirbt und den Erwerb sodann ersatzlos verbraucht. Gegen die Inan-

⁴⁷ Soergel/Lange Rdnr. 4 zu § 1357.

⁴⁸ Vgl. BGH DB 1982, 1051 (betreffend einen Arzt).

⁴⁹ BayObLG FamRZ 1992, 62, Beck, DNotZ 1962, 348.

⁵⁰ Siehe Fn. 49.

⁵¹ Soergel/Gaul Rdnr. 3 zu § 1457.

⁵² Soergel/Gaul Rdnr. 3 zu § 1434.

⁵³ So auch Staudinger/Thiele/Thiele, 12. Aufl. 1985, Rdnr. 3 zu § 1457, RGRK/Finke, 12. Aufl. 1984, Rdnr. 3 zu § 1457, Soergel/Gaul Rdnr. 3 zu § 1457.

spruchnahme für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des anderen Ehegatten, die nicht durch den Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäftes veranlaßt sind, ist somit bei der Gütergemeinschaft jeder Ehegatte weitgehend geschützt.

dd) Aufgrund dieser Überlegungen besteht jedenfalls dann kein Anlaß, wegen der Gefahr während der Ehe entstehender rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeiten von der Vereinbarung der Gütergemeinschaft abzuraten, wenn die Ehegatten weder bei Vertragsschluß noch aller Voraussicht nach in Zukunft ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreiben.

b) Problematischer ist die Rechtslage dagegen, soweit es um gesetzliche Ansprüche geht, also insbesondere Ansprüche aus unerlaubter Handlung, Gefährdungshaftung oder Unterhaltsverpflichtungen.

Derartige Verbindlichkeiten fallen immer dem Gesamtgut zur Last.

Daraus ergibt sich, daß jeder Ehegatte mit seinem „Anteil“ am Gesamtgut und auch mit den von ihm eingebrachten Gegenständen haftet, wenn der andere Ehegatte z. B. durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht hat.

Ferner haftet jeder Ehegatte auch für die Unterhaltsansprüche der Verwandten des anderen Ehegatten, wobei nach § 1604 BGB für die Frage der Leistungsfähigkeit der Unterhaltsverpflichtete so behandelt wird, als gehörte ihm das Gesamtgut allein.

Hier ist der Güterstand der Gütergemeinschaft in der Tat gegenüber dem gesetzlichen Güterstand grundsätzlich ungünstiger.

Allerdings darf m. E. die Bedeutung dieses Problems nicht überschätzt werden.

aa) Der Normalbürger ist Ansprüchen wegen unerlaubter Handlungen oder aus Gefährdungshaftung fast ausschließlich im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr oder der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ausgesetzt. Dabei ist er jedoch in aller Regel durch eine Haftpflichtversicherung abgesichert, die gem. § 152 VVG nur dann nicht haftet bzw. gem. § 426 Abs. 2 BGB Regreß nehmen kann, wenn der Versicherte den Schaden vorsätzlich und widerrechtlich verursacht hat. Selbst bei grober Fahrlässigkeit — z. B. bei einer Trunkenheitsfahrt⁵⁴ — muß der Versicherte somit nicht selbst für den Schaden aufkommen. Bei einem Schaden, der durch eine Trunkenheitsfahrt verursacht worden ist, oder dann, wenn der Fahrer nicht die vorgeschriebene Fahrerlaubnis gehabt hat, kann der Haftpflichtversicherer den Fahrer gem. § 5 Abs. 3 der Verordnung über den Versicherungsschutz in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung (BGBl. 1994, S. 1837) nur bis höchstens 10.000 DM in Regreß nehmen.

Wenn ein Ehegatte durch eine unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, der nicht durch eine Haftpflichtversicherung gedeckt ist, handelt es sich bei der Schadensersatzverpflichtung zwar um eine Gesamtgutverbindlichkeit, jedoch um eine solche, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander nur demjenigen zur Last fällt, der die unerlaubte Handlung begangen hat (§ 1463 Nr. 1). Die Haftung des anderen Ehegatten dafür erlischt dann gem. § 1459 Abs. 2 S. 2 mit Beendigung der Gütergemeinschaft. Mit

seinem nach Beendigung der Gütergemeinschaft erworbenen Vermögen und Einkommen haftet der andere Ehegatte in keinem Fall, da die Haftung eines Ehegatten für nicht berichtigte Gesamtgutverbindlichkeiten, die im Innenverhältnis dem anderen Ehegatten zur Last fallen, sich gem. § 1480 BGB auf die Gegenstände beschränkt, die er bei der Auseinandersetzung erhalten hat. Ein Ehegatte, der bei der Gesamtgutsauseinandersetzung nichts erhalten hat, haftet für solche Verbindlichkeiten überhaupt nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn er freiwillig auf seinen Anteil verzichtet hat⁵⁵.

Jeder Ehegatte kann also jedenfalls seinen künftigen Erwerb der ohnehin sehr seltenen Haftung für unerlaubte Handlungen des anderen Ehegatten entziehen, indem er eine Aufhebung der Gütergemeinschaft vereinbart oder im Wege der Aufhebungsklage nach § 1469 Ziff. 4 herbeiführt.

Angesichts der Geringfügigkeit des Risikos, das sich aus der Haftung für unerlaubte Handlungen ergibt, besteht m. E. kein Grund, wegen dieses Risikos generell von der Vereinbarung der Gütergemeinschaft abzuraten⁵⁶. Die Gefahr, daß ein Ehegatte durch eine unerlaubte Handlung des anderen Ehegatten sein Leben verliert, dürfte jedenfalls um ein Vielfaches höher sein als das Risiko, dadurch sein Vermögen zu verlieren.

bb) Ähnlich verhält es sich mit der Gefahr der Unterhaltsansprüche.

Es wäre m. E. nicht sachgerecht, den Beteiligten wegen möglicher Unterhaltspflichten von der Vereinbarung einer Gütergemeinschaft abzuraten, wenn keine nichtehelichen oder erstehelichen Abkömmlinge vorhanden und die Eltern entweder bereits verstorben sind oder in gesicherten Einkommens- und Vermögensverhältnissen leben. Es kann zwar auch dann nicht die theoretische Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß ein Ehegatte während der Ehe ein nichteheliches Kind bekommt, oder aber die Eltern eines Ehegatten pflegebedürftig werden und ihr gesamtes Vermögen verlieren.

Gerade die Gefahr einer Inanspruchnahme wegen Unterhaltsansprüchen der Eltern eines Ehegatten, etwa bei dauernder Pflegebedürftigkeit, darf aber nicht überschätzt werden. Praktisch von Bedeutung ist nur die Geltendmachung solcher Unterhaltsansprüche durch den Sozialhilfeträger, auf den diese nach §§ 90, 91 BSHG übergehen. Die Geltendmachung solcher übergegangener Unterhaltsansprüche ist aber durch die Härteklauseln der §§ 91 Abs. 2 und 88 Abs. 3 BSHG eingeschränkt. Nach *Gitter*⁵⁷ stellt es z. B. eine Härte i. S. von § 91 Abs. 3 BSHG dar, wenn die Geschwister dessen, der den Hof übernommen hat, wegen Unterhaltsansprüchen der Übergeber in Anspruch genommen werden.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß durch die Gütergemeinschaft der Bestand und die Höhe von Unterhaltsansprüchen nur dann beeinflußt wird, wenn überhaupt Vermögensgegenstände im Gesamtgut vorhanden sind, deren Verwertung zur Deckung von Unterhaltsansprüchen verlangt werden kann. In der Regel kann aber — unabhängig von den sozialhilferechtlichen Bestimmungen über das Schonvermögen (§ 88 Abs. 2 BSHG) — schon zivilrechtlich nicht

⁵⁴ BGHZ 7, 311, *Prölss/Martin*, Kommentar zum VVG, 24. Aufl., Anm. 2 zu § 152, *Stiefel/Hofmann*, AKB, 12. Aufl. 1983, Rdnr. 56 zu § 10.

⁵⁵ RGZ 76, 297, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 4 zu § 1480.

⁵⁶ So auch *Reithmann* in *Festschr. für Knurr*, 1972, S. 199.

⁵⁷ DNotZ 1984, S. 604.

verlangt werden, daß ein angemessenes Eigenheim oder ein Betrieb, der dem angemessenen Lebensunterhalt des Unterhaltsverpflichteten dient, verwertet wird, um Unterhaltsansprüche der Eltern zu befriedigen⁵⁸. Wenn also das Gesamtgut nur aus einem Eigenheim oder einem kleineren landwirtschaftlichen Betrieb besteht, beeinflussen diese Vermögensgegenstände in der Regel die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nicht, so daß die Gütergemeinschaft dann auch nicht zu einer Schlechterstellung der Ehegatten führt.

Wenn ab dem 1. 7. 1996 die Kosten der stationären Pflege durch die gesetzliche Pflegeversicherung übernommen werden⁵⁹, so wird sich jedenfalls das Problem der Unterhaltsansprüche bei schwerer Pflegebedürftigkeit auf einen kleinen Personenkreis von Kleinstrentnern beschränken.

Jedenfalls braucht wegen der gesamtschuldnerischen Haftung für Unterhaltspflichten nur dann von der Vereinbarung der Gütergemeinschaft abgeraten werden, wenn mit der Möglichkeit der Inanspruchnahme wegen solcher Verbindlichkeiten ernsthaft gerechnet werden muß und Vermögen vorhanden oder zu erwarten ist, das zur Befriedigung von Unterhaltsansprüchen herangezogen werden könnte, zumal dann — wenn wider Erwarten Unterhaltsansprüche von Personen geltend gemacht werden, die nicht von beiden Ehegatten abstammen — die Möglichkeit besteht, die Gütergemeinschaft wieder aufzuheben und damit die Mithaftung des anderen Ehegatten zu beseitigen⁶⁰.

4) Bei der Abwägung der Frage, ob wegen der möglichen Nachteile im Bereich der Schuldenhaftung von der Gütergemeinschaft abzuraten ist, muß außerdem berücksichtigt werden, daß auch im gesetzlichen Güterstand ein Ehegatte u. U. die gesamten Erträge seiner Arbeit und seines Vermögens den Gläubigern des anderen Ehegatten opfern muß.

Hat z. B. die Ehefrau ein Baugrundstück geerbt oder vor der Ehe erworben, und bebauen die Ehegatten dieses Grundstück gemeinsam, so wird das Haus gem. §§ 946, 93, 94 BGB Alleineigentum der Ehefrau, und zwar auch dann, wenn die Herstellungskosten allein oder ganz überwiegend von dem Ehemann aufgebracht worden sind. Macht die Ehefrau in diesem Fall Schulden, gleich aus welchem Grund, so sind ihre Gläubiger nicht gehindert, das Grundstück samt Haus zwangsversteigern zu lassen, wodurch der Ehemann möglicherweise um die Früchte der Arbeit seines ganzen Lebens gebracht wird⁶¹.

So wie in diesem Beispielsfall hängt es dann, wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand oder auch in Gütertrennung leben, häufig von Zufälligkeiten ab, wer von ihnen Eigentümer eines bestimmten Vermögensgegenstandes ist. Dieselben Zufälligkeiten entscheiden dann auch darüber, wessen Gläubiger sich aus diesem Vermögensgegenstand befriedigen können⁶².

⁵⁸ Vgl. *Soergel/Lange* Rdnr. 7 zu § 1603, *Soergel/Häberle* Rdnr. 26 zu § 1577 (11. Auflage).

⁵⁹ Vgl. Pflegeversicherungsgesetz (BGBl. 1994 I, S. 101 ff.).

⁶⁰ *Soergel/Lange* Rdnr. 2 zu § 1604, *Soergel/Gaul* Rdnr. 21 zu § 1408; zur Anfechtung von Verträgen über die Aufhebung und Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft durch Gläubiger eines Ehegatten vgl. auch BGH NJW 1972, 48 ff.

⁶¹ Vgl. auch *Reithmann*, Festschr. für *Knurr*, S. 198.

⁶² Vgl. *Reithmann* a. a. O.

Leben die Ehegatten dagegen in Gütergemeinschaft, so ist eine Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nach § 1459 BGB nur wegen Gesamtgutsverbindlichkeiten und gem. § 740 Abs. 2 ZPO nur aufgrund eines gegen beide Ehegatten gerichteten Titels möglich.

Die Vereinbarung der Gütergemeinschaft kann also durchaus auch dem Schutz eines Ehegatten vor Gläubigern des anderen dienen.

Bedeutung in diesem Zusammenhang hat auch die Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Zweckbestimmungserklärungen bei Grundschulden⁶³.

Der Gläubiger ist danach aufgrund einer gemeinsam bestellten Grundschuld nicht gehindert, wegen künftiger, bei Grundschuldbestellung noch nicht voraussehbarer Schulden eines Ehegatten in dessen Miteigentumsanteil an dem gemeinsamen Hausgrundstück die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Diese Möglichkeit scheidet aber aus, wenn das Grundstück zum ehelichen Gesamtgut gehört, da es dann keine getrennten Miteigentumsanteile und damit auch keine Gesamtgrundschuld an zwei Miteigentumsanteilen gibt. Somit sind die Ehegatten auch gegen die Auswirkungen der weiten Zweckbestimmungserklärungen bei Grundschulden besser geschützt, wenn sie in Gütergemeinschaft leben.

Insgesamt ist somit festzustellen, daß die Haftungsgefahren beim gesetzlichen Güterstand nicht geringer sind als bei Gütergemeinschaft, bei der zur Zwangsvollstreckung in das gemeinsame Vermögen in jedem Fall ein Titel gegen beide Ehegatten erforderlich ist, und ein Gläubiger einen solchen Titel — abgesehen von den Fällen der gesetzlichen Ansprüche und der Ansprüche aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes — nur erlangen kann, wenn beide Ehegatten dem anspruchsbegründenden Rechtsgeschäft zugestimmt haben.

5) Die Frage, ob die Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister eingetragen ist oder nicht, spielt im Zusammenhang mit der Schuldenhaftung praktisch keine Rolle.

Zwar ergibt sich aus § 1412 BGB, daß die Ehegatten gegen ein Rechtsgeschäft, das zwischen einem von ihnen und einem Dritten vorgenommen worden ist, Einwendungen, welche sich aus der Vereinbarung der Gütergemeinschaft ergeben, nur herleiten können, wenn der Ehevertrag im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt gewesen ist. Auch Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Urteil sind nur unter diesen Voraussetzungen zulässig.

Nach einhelliger Auffassung wird dadurch aber nicht die Befriedigungsmöglichkeit eines Gläubigers erweitert, der durch ein schuldrechtliches Rechtsgeschäft, das ein Ehegatte ohne die erforderliche Zustimmung des anderen vorgenommen hat, einen Zahlungsanspruch erworben hat⁶⁴. Denn § 1412 BGB schützt den Dritten nur vor Einwendungen gegen die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, das ohne die ehevertragliche Regelung wirksam, infolge des Ehevertrages aber eigentlich unwirksam wäre, weil durch diesen die Verfügungsberechtigung des handelnden Ehegatten entfallen ist.

⁶³ BGH NJW 1989, 831 ff.

⁶⁴ Münch.Komm./Kanzleiter, Rdnr. 4 zu § 1412, *Erman/Heckelmann*, BGB, 7. Aufl., Rdnr. 6 zu § 1412, *Staudinger/Thiele/Thiele* Rdnr. 22 zu § 1412, *Soergel/Gaul* Rdnr. 8 zu § 1412, *Palandt/Diederichsen* Rdnr. 10 zu § 1412, OLG Colmar OLGE 11, 282, 283, LG Frankenthal/Pfalz Rpfleger 1975, 371, 372.

Auf § 1412 BGB kann sich somit derjenige berufen, der von einem Ehegatten nach Vereinbarung der Gütergemeinschaft einen (beweglichen⁶⁵) Vermögensgegenstand erwirbt, der dem verfügenden Ehegatten vorher allein gehört hatte, und über den dieser folglich ohne Vereinbarung der Gütergemeinschaft auch weiterhin hätte allein verfügen können⁶⁶.

Aufgrund eines schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts, mit dem sich ein Ehegatte zur Übereignung einer Sache verpflichtet hat, die vor Vereinbarung der Gütergemeinschaft ihm allein gehört hatte, kann wohl im Hinblick auf § 1412 BGB auch die Herausgabe dieser Sache aus dem Gesamtgut verlangt werden⁶⁷, wobei aber streitig ist, ob zu einer Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut in diesen Fällen nicht trotzdem ein Titel gegen beide Ehegatten erforderlich ist⁶⁸.

In keinem Fall kann aber auf § 1412 BGB die Wirksamkeit einer Verfügung eines Ehegatten über einen Gegenstand, der ihm nie allein gehört hatte, oder die Haftung des Gesamtgutes für Zahlungsverpflichtungen aus einem Rechtsgeschäft, das ein Ehegatte nach Vereinbarung der Gütergemeinschaft ohne die erforderliche Zustimmung des anderen vorgenommen hat, gestützt werden. Insoweit kommt es allein auf die tatsächliche Rechtslage an⁶⁹.

III. Steuerliche Nachteile der Gütergemeinschaft

1) Erbschaft- und Schenkungsteuer

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ist die Bereicherung, die ein Ehegatte bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft erfährt, eine steuerpflichtige Schenkung.

Da durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft beide Ehegatten zu gleichen Teilen an dem in das Gesamtgut fallenden Vermögen beteiligt werden, besteht die Bereicherung bei dem Ehegatten mit dem geringeren Vermögen — nur dieser kann überhaupt durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft bereichert werden — jeweils in der Hälfte des Differenzbetrages zwischen dem von beiden Ehegatten jeweils in das Gesamtgut eingebrachten Vermögen⁷⁰.

Dabei ist zu beachten, daß dann, wenn die Ehegatten vor Vereinbarung der Gütergemeinschaft im gesetzlichen Güterstand gelebt haben, dem Ehegatten, der im übrigen das geringere Vermögen in das Gesamtgut einbringt, u. U. eine Zugewinnausgleichsforderung zustehen kann. Diese Ausgleichsforderung wird ebenfalls in das Gesamtgut eingebracht⁷¹ und vermindert somit den Differenzbetrag

zwischen den Vermögen beider Ehegatten und damit den Betrag, um den der ausgleichsberechtigte Ehegatte durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft bereichert ist⁷². Aber selbst dann, wenn objektiv eine Bereicherung eines Ehegatten durch die Gütergemeinschaft erfolgt, kann es an dem Bereicherungswillen und damit an der schenkungsteuerpflichtigen Bereicherung fehlen⁷³.

Liegt wirklich eine grundsätzlich schenkungsteuerpflichtige Bereicherung vor, so fällt Schenkungsteuer nur dann an, wenn der Wert der Bereicherung den Freibetrag des Ehegatten von 250.000 DM nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG übersteigt. Dabei kommt es aber nicht auf den wirklichen Wert der Bereicherung an. Zugrunde zu legen sind vielmehr die nach § 12 ErbStG maßgebenden Werte. Grundstücke und Betriebsgrundstücke werden hierbei nur mit dem 1,4fachen Einheitswert angesetzt, Betriebe der Land- und Forstwirtschaft sogar nur mit dem einfachen Einheitswert (§§ 12 Abs. 2 ErbStG, 19, 20, 121 a BewG). Da die demgemäß maßgebenden Einheitswerte auf den 1. 1. 1964 nahezu ausnahmslos nur einen minimalen Bruchteil der wirklichen Werte ausmachen, wird der Freibetrag bei der Vereinbarung der Gütergemeinschaft nur in seltenen Ausnahmefällen überschritten. Soweit das Vermögen der Ehegatten im wesentlichen aus Grundbesitz in kleinerem Umfang oder einem Betrieb der Land- und Forstwirtschaft besteht, ist die Schenkungsteuer somit bei der Wahl des Güterstandes der Gütergemeinschaft eine „quantité négligeable“.

Nachteilige erbschaftsteuerliche Folgen kann die Vereinbarung der Gütergemeinschaft dann haben, wenn der Ehegatte, der das größere Vermögen in das Gesamtgut eingebracht hat, den anderen Ehegatten überlebt und beerbt. In diesem Fall kann der Rückerwerb des Anteils an dem vom überlebenden Ehegatten seinerzeit in die Gütergemeinschaft eingebrachten Vermögen der Erbschaftsteuer unterworfen sein⁷⁴. Auch hier kann Erbschaftsteuer jedoch nur insoweit anfallen, als der Erbschaftsteuerwert des Anteils des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut nach Abzug der Nachlassverbindlichkeiten die Freibeträge nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 1, 17 Abs. 1 ErbStG übersteigt.

Soweit das Gesamtgut im wesentlichen aus Grundbesitz besteht, fällt auch hier wegen der maßgeblichen Einheitswerte nur in den wenigsten Fällen Erbschaftsteuer an.

Die erbschaft- und schenkungsteuerlichen Folgen stehen folglich einer Vereinbarung der Gütergemeinschaft bei Ehegatten, die in bürgerlichen oder kleinbürgerlichen Verhältnissen leben, normalerweise nicht im Wege. Bei Ehegatten mit so großen Vermögen, daß auch unter Berücksichtigung der Maßgeblichkeit der Einheitswerte mit einer Überschreitung der Freibeträge gerechnet werden muß, wird der Notar dagegen eher von der Vereinbarung der Gütergemeinschaft abraten⁷⁵. In den meisten dieser Fälle sprechen aber auch noch weitere Gesichtspunkte gegen die Vereinbarung der Gütergemeinschaft.

⁷² Vgl. Troll a. a. O.

⁷³ Troll a. a. O.

⁷⁴ Langenfeld, Handbuch, Rdnr. 316.

⁷⁵ In gewissen Fällen kann aber die Gütergemeinschaft auch hier Vorteile haben, da bei Zuwendungen an Dritte, z. B. an Abkömmlinge, die Freibeträge für jeden Ehegatten gesondert zu rechnen sind und daher praktisch verdoppelt werden.

⁶⁵ Für Grundstücke geht die Regelung der §§ 892 ff. BGB dem § 1412 vor.

⁶⁶ Staudinger/Thiele/Thiele Rdnr. 24 zu § 1412, Reithmann DNotZ 1961, 18, vgl. auch BGHZ 91, 292.

⁶⁷ So jedenfalls Staudinger/Thiele/Thiele Rdnr. 24 zu § 1412, Soergel/Gaul Rdnr. 8 zu § 1412, a. A. aber wohl Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 4 zu § 1412.

⁶⁸ So Münch.Komm./Kanzleiter Rdnr. 4 zu § 1412, Staudinger/Thiele/Thiele a. a. O., a. A. aber Soergel/Gaul Rdnr. 8 zu § 1412, der in diesem Fall einen Titel gegen den zur Herausgabe verpflichteten Ehegatten für ausreichend hält, so wohl auch LG Frankenthal/Pfalz a. a. O.

⁶⁹ Allgemeine Auffassung: Münch.Komm./Kanzleiter, Soergel/Gaul, Erman/Heckelmann, Staudinger/Thiele/Thiele, LG Frankenthal/Pfalz, OLG Colmar, jeweils a. a. O.

⁷⁰ Troll, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Rdnr. 50 zu § 7.

⁷¹ BGH FamRZ 1990, 257.

2) Einkommensteuer

Eine unmittelbare Wirkung für die Einkommensteuer kommt der Gütergemeinschaft nicht zu⁷⁶. Jedoch kann die Gütergemeinschaft dazu führen, daß ein Ehegatte eine Einkunftsart verwirklicht, die er ohne die Gütergemeinschaft nicht verwirklichen würde, woraus in bestimmten Fällen steuerliche Nachteile erwachsen können.

a) Leben die Ehegatten in Gütergemeinschaft, so werden dann, wenn zum Gesamtgut ein Gewerbebetrieb gehört, beide Ehegatten regelmäßig als Mitunternehmer im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG angesehen, es sei denn, die persönliche Arbeitsleistung des das Unternehmen führenden Ehegatten tritt entscheidend in den Vordergrund, und es wird kein nennenswertes Kapital eingesetzt⁷⁷. Die Mitunternehmerschaft der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten hat insbesondere die Folge, daß alle Vergütungen, die ein Ehegatte für seine Tätigkeit in dem zum Gesamtgut gehörenden Unternehmen erhält, zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb rechnen.

Das gilt auch für Löhne oder Gehälter, die der Mitunternehmer-Ehegatte aufgrund eines zivilrechtlich wirksamen Arbeitsvertrages bezieht⁷⁸ und für die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung⁷⁹. Diese Leistungen sind folglich keine den Gewinn mindernden Betriebsausgaben, sie unterliegen der Gewerbesteuer⁸⁰, und der mitarbeitende Ehegatte kann den Arbeitnehmerpauschbetrag nach § 9 a Nr. 1 EStG nicht in Anspruch nehmen.

Aus dem gleichen Grund entfällt die Möglichkeit, die Einkünfte des Ehegatten des eigentlichen Unternehmers bei einer geringfügigen Beschäftigung der Pauschalversteuerung nach §§ 40, 40 a EStG zu unterwerfen und damit eine geringere Besteuerung zu erreichen.

Aus diesen Gründen ist die Gütergemeinschaft dann, wenn ein Gewerbebetrieb zum Gesamtgut gehört, regelmäßig aus einkommensteuerrechtlicher Sicht nicht zu empfehlen.

b) Da § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG gem. § 18 Abs. 5 EStG auch bei Einkünften aus selbständiger Tätigkeit Anwendung findet, ist bei Selbständigen ebenfalls große Vorsicht bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft geboten, wenn es auch gerade bei Freiberuflern wegen der im Vordergrund stehenden persönlichen Leistungen und Qualifikation des freiberuflich tätigen Ehegatten oftmals am Merkmal der Mitunternehmerschaft fehlen wird.

Um den sichersten Weg zu gehen, wird man auch in diesen Fällen eher von der Gütergemeinschaft abraten.

3) Steuerliche Besonderheiten bei Land- und Forstwirten

Gehört zum Gesamtgut ein Betrieb der Land- oder Forstwirtschaft, so ist regelmäßig eine Mitunternehmerschaft der

Ehegatten anzunehmen. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG ist auch bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft gem. § 13 Abs. 5 EStG entsprechend anzuwenden.

Allerdings ist diese Mitunternehmerschaft bei Betrieben der Land- und Forstwirtschaft in den meisten Fällen nicht mit steuerlichen Nachteilen verbunden.

Bei der Mehrzahl der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe wird der Gewinn gem. § 13 a EStG nach Durchschnittssätzen ermittelt. In diesen Fällen hat die tatsächliche Höhe der Betriebsausgaben auf die Höhe des steuerpflichtigen Gewinns keinen Einfluß. Folglich ist es auch gleichgültig, ob Vergütungen an einen Ehegatten Betriebsausgaben wären oder nicht.

Ehegattenarbeitsverhältnisse sind daher aus ertragsteuerlicher Sicht bei nicht buchführungspflichtigen Landwirten uninteressant. Dies gilt umso mehr, als der nach § 13 a EStG zu ermittelnde Gewinn in der Regel erheblich niedriger ist als der Gewinn, der sich im Falle einer Buchführung ergeben würde. Ein Großteil der Landwirte — in meinem engeren räumlichen Amtsbereich die ganz große Mehrheit aller Landwirte — zahlt aufgrund der Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen überhaupt keine Einkommensteuer, womit sich alle Überlegungen zur Steuerersparnis in diesem Bereich erübrigen.

Aber auch in den Fällen, in denen die Gewinnermittlung nach allgemeinen Grundsätzen erfolgt, sind die steuerlichen Vorteile von Ehegattenarbeitsverhältnissen wesentlich geringer als bei Gewerbetreibenden.

Da der Ehegatte auch ohne Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in der landwirtschaftlichen Krankenkasse versichert ist und Anspruch auf das landwirtschaftliche Altersgeld hat, ist die gesonderte Versicherung des mitarbeitenden Ehegatten in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung normalerweise nicht gewünscht und nicht zweckmäßig⁸¹.

Wenn aber eine Versicherung außerhalb der landwirtschaftlichen Alterskasse bzw. Krankenkasse nicht erfolgt, spielt es auch keine Rolle, ob die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung Betriebsausgaben wären oder nicht.

Bei buchführungspflichtigen Landwirten kann die aufgrund bestehender Gütergemeinschaft anzunehmende Mitunternehmerschaft somit allenfalls zu einem Verlust des Arbeitnehmerpauschbetrages und der Möglichkeit der Pauschalversteuerung bei geringfügiger Beschäftigung nach § 40 a EStG führen.

Die daraus resultierenden steuerlichen Nachteile sind jedoch bei Landwirten regelmäßig so gering, daß ihnen bei der Wahl des Güterstandes keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen darf.

E) Abschließende Würdigung

Durch die grundsätzliche Vergemeinschaftung des Vermögens beider Ehegatten trägt die Gütergemeinschaft dem weitverbreiteten Wunsch Rechnung, daß alle Vermögensgegenstände, insbesondere der Haus- und Grundbesitz, bei-

⁷⁶ BFH-Gutachten vom 18. 2. 1959, BStBl. 1959 III 263 ff.

⁷⁷ BFH DSrR 1993, 686, Blümich/Falk/Stuhrmann, Einkommensteuergesetz Band II, Rdnr. 229 zu § 15.

⁷⁸ Blümich/Falk/Stuhrmann Rdnr. 364 zu § 15 EStG, Langenfeld, Handbuch, Rdnr. 322.

⁷⁹ Blümich/Falk/Stuhrmann Rdnr. 367 a. a. O., BFH BStBl. 1971 II 177.

⁸⁰ Blümich/Falk/Stuhrmann Rdnr. 365 a. a. O.

⁸¹ Vgl. dazu Gesetz über eine Altershilfe für Landwirte, BGBl. 1965 I 1449 ff., ab 1. 1. 1995 Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte, BGBl. 1994 I S. 1891 ff.; und Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte, BGBl. 1972 I 1433 ff.

den Ehegatten gemeinsam gehören sollten. Bezüglich des Vermögens, das ein Ehegatte in die Ehe eingebracht hat, erfolgt aufgrund der Bestimmungen der §§ 1477, 1478 BGB auch im Falle einer Scheidung ein angemessener Interessenausgleich, ohne daß es hierzu einer besonderen vertraglichen Regelung bedürfte.

Aus diesem Grunde bietet sich die Gütergemeinschaft als Lösung an, wenn beide Ehegatten Miteigentümer von Grundbesitz werden sollen, der vorher einem Ehegatten allein gehört hat, oder den ein Ehegatte von seinen Eltern durch Übergabe erhält.

Die Ansicht, daß die Gütergemeinschaft wegen der mit ihr verbundenen Haftungsrisiken generell nicht mehr empfohlen werden könne, überschätzt die Haftungsrisiken bei Gütergemeinschaft und unterschätzt die Haftungsrisiken in anderen Güterständen. Die Erweiterung der Haftung aufgrund der Gütergemeinschaft beschränkt sich im wesentlichen auf die Haftung für unerlaubte Handlungen und Unterhaltsverpflichtungen. Die hieraus entstehenden Gefahren verwirklichen sich in der Praxis nur in seltenen Fällen und sind zu einem großen Teil im Voraus vorhersehbar und damit vermeidbar.

Demgegenüber vermeidet die Gütergemeinschaft jedoch die zufällige Bildung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen in der Hand nur eines Ehegatten und den Zugriff von Gläubigern dieses Ehegatten auf solches Vermögen aufgrund von Forderungen beliebiger Art.

Von Ausnahmefällen abgesehen sprechen lediglich dann, wenn ein Ehegatte ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, Haftungsgesichtspunkte gegen die Vereinbarung der Gütergemeinschaft.

Bei Gewerbetreibenden und Freiberuflern kann die Gütergemeinschaft auch mit steuerlichen Nachteilen verbunden sein.

Nachteilige Folgen im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer hat die Gütergemeinschaft wegen der Maßgeblichkeit der Einheitswerte nur bei Ehegatten mit größeren Vermögen, i. d. R. aber nicht bei Landwirten oder Personen, deren Vermögen im wesentlichen aus Haus- und Grundbesitz im üblichen Rahmen besteht.

Für Ehegatten in bäuerlichen Verhältnissen ist die Gütergemeinschaft regelmäßig interessengerechter als der gesetzliche Güterstand, da die Gütergemeinschaft der bestehenden Wirtschaftsgemeinschaft besser gerecht wird, und wegen der Bestimmung des § 1376 Abs. 4 BGB bei Landwirten, die im gesetzlichen Güterstand leben, kein wirklicher Zugewinnausgleich stattfinden würde. Die Gütergemeinschaft kann daher auch in Zukunft noch als Alternative zur Bruchteilsgemeinschaft empfohlen werden, wenn keine der dargestellten Negativindikationen gegeben sind.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist allerdings nicht mehr zeitgemäß und kann kaum noch empfohlen werden. Auch das Alleinverwaltungsrecht eines Ehegatten erscheint unter den heutigen Bedingungen als nicht mehr vertretbar.

Das Gebäudeeigentum und seine grundbuchmäßige Behandlung nach der Gebäudegrundbuchverordnung — GGV

Von Dipl.-Rpfleger Ulrich Keller, Dozent an der FH Meißen

I Selbständiges Gebäudeeigentum nach materiellem Recht

1. Fälle selbständigen Gebäudeeigentums

Obwohl auch im Zivilrecht der ehemaligen DDR grundsätzlich der römische Rechtsgrundsatz galt, daß das Gebäude im Recht dem Boden folge — *superficies solo cedit* —, § 295 Abs. 1 ZGB¹, hatten sich in diesem gesellschaftlichen System auch aus sozialistischen Grundgedanken heraus² hiervon zahlreiche Ausnahmen entwickelt. Diese wurden zugelassen durch § 295 Abs. 2 ZGB, zu dem jedoch auch festgehalten werden muß, daß er selbständiges Eigentum an Gebäuden und Anlagen nur auf Grund besonderer Rechtsvorschriften gestattete, ein Gebäudeeigentum kraft Rechtsauslegung oder Wohnheitsrecht war nicht möglich³. Indes waren es nicht wenige Rechtsvorschriften, die auf der Grundlage des § 295 Abs. 2 ZGB die Möglichkeit der Schaffung selbständigen Gebäudeeigentums boten. Exemplarisch und für die nachfolgenden Ausführungen relevant seien hier lediglich fünf⁴ Arten selbständigen Gebäudeeigentums kurz angesprochen⁵:

¹ Zivilgesetzbuch der DDR vom 19. 6. 1975, GBl. I Nr. 27 S. 465, in Kraft getreten am 1. 1. 1976, § 1 EGZGB.

² Das Grundeigentum weniger Großgrundbesitzer wurde als eine Ursache der Entfremdung und Verelendung des Proletariats gesehen. Dies zu zerschlagen durch Enteignung — Marx spricht von „Expropriation“ (Entreicherung) — der Enteigner und durch Vergesellschaftung des Bodens sah der Sozialismus als eine seiner vordringlichen Aufgaben an. Im Sozialismus sollte das Eigentum am Gebäude und der Wohnung zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse im Vordergrund stehen, vgl. dazu schon Art. 12, 15 der Verfassung der DDR; Rohde/Autorenkollektiv, Lehrbuch des Bodenrechts, Ost-Berlin 1975, S. 33, 40-66; Göhring/Posch (Hrs.), Eigentumsrecht — Nutzung von Grundstücken und Gebäuden, Ost-Berlin 1979, S. 63.

³ Ferner dazu Rohde/Zänker, Bodenrecht, Fn. 2, S. 606.

⁴ Eine Zusammenstellung bietet Rohde/Zänker, Bodenrecht, Fn. 2, S. 605.

⁵ Siehe ausführlich Rohde/Rohde, Bodenrecht, Fn. 2, S. 283 ff., 297; Göhring/Posch, Eigentumsrecht, Fn. 2, S. 69 ff.; Eickmann, Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern, 2. Aufl., Köln 1993, Rdnr. 126, 143; Böhringer, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, Neuwied, Rdnr. 478 ff., 495 ff.; Moser-Méridian/Flik/Schmidt-bauer, Das Grundbuchverfahren in den neuen Bundesländern, 2. Aufl., Dresden 1993, Rdnr. 190 ff.; Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Rechtsträgerschaft und Nutzungsrechte an Grundstücken, Köln 1992, S. 99, 101; Rechtshandbuch für Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR/Etzbach, München 1991, Syst. Darst. V Rdnr. 39 ff.; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., München 1993, Rdnr. 699 a bis 699 h; Münchener Kommentar/v. Oefele, Zivilrecht im Einigungsvertrag, München 1991 (nachfolgend MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht), Rdnr. 289; Aumüller MittBayNot 1991, 7; Hügel MittBayNot 1993, 196; Rohde DNotZ 1991, 186; Böhringer BWNotZ 1992, 3; Lehmann/Zisowski DtZ 1992, 375; v. Craushaar DtZ 1991, 359; Lambsdorff/Stuth VIZ 1992, 348; Kassebohm VIZ 1993, 425; Keller Rpfleger 1994, 194.

Die Verleihung eines Nutzungsrechts nach § 286 Abs. 1 Nr. 1, §§ 287-290 ZGB war der häufigste Fall für ein Entstehen selbständigen Gebäudeeigentums. Nach dem Gesetz über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken⁶ wurde durch den Rat des Kreises an volkseigenen Grundstücken dem Bürger ein Nutzungsrecht verliehen. Dieses war kein beschränktes dingliches Recht am Grundstück, sondern hatte öffentlich-rechtlichen Charakter; in das Grundbuch wurde es aber wie eine Belastung eingetragen, § 4 Abs. 3 NutzRG. Das auf dieser Grundlage errichtete Gebäude war selbständiges Eigentum des Nutzungsberechtigten, § 4 Abs. 4 S. 1 NutzRG, § 288 Abs. 4 ZGB⁷; ein Gebäudegrundbuchblatt war anzulegen, § 4 Abs. 4 S. 3 NutzRG. Eine Verleihung des Nutzungsrechts an Bürger war der häufigste Anwendungsbereich des Gesetzes, ein Nutzungsrecht konnte aber auch an gesellschaftliche Organisationen oder sozialistische Genossenschaften verliehen werden, § 1 NutzRG⁸.

Besonderes galt für die Verleihung eines Nutzungsrechtes an eine Arbeiterwohnungsbaugenossenschaft — AWG. Hier galt als *lex specialis* die Verordnung über die AWG⁹. Die Verleihung des Nutzungsrechts wurde im Grundbuch des Grundstücks vermerkt, für das Gebäudeeigentum der Genossenschaft war ein Gebäudegrundbuchblatt anzulegen, § 7 Abs. 4 S. 2 AWGVO. Dies erfolgte aber leider nicht in allen Fällen.

Von dem verliehenen Nutzungsrecht unterscheidet sich das zugewiesene Nutzungsrecht nach § 286 Abs. 1 Nr. 2, §§ 291-294 ZGB wesentlich nur im Begründungsvorgang¹⁰. Hier wurde das Nutzungsrecht seitens der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft dem Genossenschaftsbauern zugewiesen nach der Verordnung über die Bereitstellung von genossenschaftlich genutzten Bodenflächen zur Errichtung von Eigenheimen auf dem Lande¹¹, die Bodenfläche mußte dabei nicht im Eigentum oder in Rechtsträgerschaft der LPG stehen; sehr häufig wurde privates

⁶ Nutzungsrechtsgesetz vom 14. 12. 1970, GBl. I Nr. 24 S. 372; i. d. F. vom 19. 12. 1973, GBl. I Nr. 58 S. 578.

⁷ Ausführlich Rohde/Rohde, Bodenrecht, Fn. 2, 284; Göhring/Posch, Eigentumsrecht, Fn. 2, S. 78 ff.; MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 298-317; Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Fn. 5, S. 101 ff.; Böhringer, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 495 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 53. Aufl., München 1994, Art. 233 § 4 EGBGB Rdnr. 4; Kassebohm VIZ 1993, 425.

⁸ Haegele/Schöner/Stöber, Fn. 5, Rdnr. 699 b.

⁹ Vom 21. 11. 1963 i. d. F. vom 23. 2. 1972, GBl. I Nr. 12 S. 109; auch nach § 15 der Verordnung über die Umbildung gemeinnütziger und sonstiger Wohnungsbaugenossenschaften vom 14. 5. 1957 (i. d. F. vom 17. 7. 1958, GBl. I Nr. 52 S. 602) konnte selbständiges Gebäudeeigentum entstehen.

¹⁰ Ausführlich dazu Göhring/Posch, Eigentumsrecht, Fn. 2, S. 84 ff.; MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht, Fn. 5, Randnummern 335-339; Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Fn. 5, S. 120; Böhringer, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 525.

¹¹ Bereitstellungsverordnung vom 9. 9. 1976, GBl. I Nr. 35 S. 426.

Grundeigentum mit solch zugewiesenen Nutzungsrechten belastet. Mit diesem Nutzungsrecht entstand für den Berechtigten selbständiges Gebäudeeigentum, § 292 Abs. 3 ZGB, für das ein Grundbuchblatt anzulegen war, § 4 Abs. 2 S. 2 BereitVO. Eine Eintragung im Grundbuch des Grundstücks erfolgte aber nicht¹².

Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften hatten an von ihnen genutzten Bodenflächen, die in ihrem Eigentum oder in ihrer Rechtsträgerschaft standen oder von Genossenschaftsbauern in deren Privateigentum verbleibend ihnen zur Nutzung übergeben worden sind, ein umfassendes Nutzungsrecht, § 18 LPG-G¹³. Kraft dieses Nutzungsrechts, das seiner Natur nach nicht mit dem verliehenen oder zugewiesenen vergleichbar war, konnten sie auf den Grundstücken auch Gebäude und Anlagen jeder Art errichten. Diese standen getrennt vom Eigentum am Grundstück im Eigentum der LPG, § 27 LPG-G¹⁴. Solches Gebäudeeigentum bestand an von der LPG errichteten Gebäuden aber auch an bereits stehenden Gebäuden, wenn das Grundstück in die LPG eingebracht wurde¹⁵. Das Gebäudeeigentum entstand kraft Gesetzes, eine Eintragung im Grundbuch des Grundstücks erfolgte nicht, ebensowenig eine Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes¹⁶. Wenn überhaupt, wurde lediglich im Bodenbuch der LPG über das Gebäudeeigentum ein Nachweis geführt.

Nach § 459 ZGB¹⁷ konnte schließlich seitens eines volkseigenen Betriebes oder staatlichen Organs Gebäudeeigentum erworben werden, wenn dieser auf einem vertraglich genutzten Grundstück Gebäude und Anlagen errichtet hat. Wurden bei bestehenden Gebäuden bedeutende Erweiterungs- und Erhaltungsmaßnahmen durchgeführt, entstand ein entsprechender volkseigener Miteigentumsanteil am Grundstück¹⁸. Das Grundstück mußte im Privateigentum stehen, das Entstehen von Gebäudeeigentum bei volkseigenen Grundstücken nach dieser Vorschrift war ausgeschlossen¹⁹. Das Entstehen von Gebäudeeigentum setzte immer einen Nutzungsvertrag zwischen Grundstückseigentümer oder auch dem staatlichen Verwalter über das Grundstück und dem volkseigenen Betrieb voraus, der die Bebauung ausdrücklich gestattete, § 459 Abs. 2 ZGB, § 4 der Verordnung über die Sicherung des Volkseigentums bei Baumaß-

nahmen von Betrieben auf vertraglich genutzten nicht volkseigenen Grundstücken²⁰. Die Anlegung eines Grundbuchblattes für das Gebäudeeigentum war zwar vorgesehen, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VO, sie erfolgte aber in der Regel nicht, überhaupt fand § 459 ZGB nicht häufig Anwendung.

Neben diesen für die heutige Rechtspraxis relevanten Fällen von Gebäudeeigentum gab es in verschiedensten Rechtsvorschriften Regelungen zum Entstehen selbständigen Gebäudeeigentums²¹. Nicht in diese Systematik gehört das Eigentum an Bodenflächen zur Erholung nach §§ 312 ff. ZGB. Hierbei handelt es sich um ein zwischen Grundstückseigentümer und Nutzer vertraglich begründetes Nutzungsrecht über eine Bodenfläche zur kleingärtnerischen Nutzung²². Hier errichtete Gebäude, bekannt als Wochenendhäuser und Datschen, wurden wie bewegliche Sachen behandelt, § 296 Abs. 1 ZGB²³. Nach dem Sinn des Gesetzes sollten diese Gebäude eher Scheinbestandteile sein, vgl. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Bereinigung dieser Rechtsverhältnisse soll auch nicht durch das Sachenrecht, sondern durch das Schuldrecht mit Begründung von Miet- und Pachtverträgen erfolgen²⁴.

2. Behandlung durch den Einigungsvertrag

Durch die in das EGBGB eingefügten Übergangsregelungen wurde für das Gebäudeeigentum und das Nutzungsrecht wesentlich nur ein Bestandsschutz begründet. Art. 231 § 5 Abs. 1 EGBGB bestimmt, daß Gebäudeeigentum weiterhin vom Grundstück getrennt selbständiges Eigentum bleibt. Die Verknüpfung des Nutzungsrechts zum Gebäude hin, Art. 231 § 5 Abs. 2 EGBGB, ist dabei eher mißglückt, eine dem § 12 Abs. 1 ErbbauVO angelehnte Regelung wäre der Rechtspraxis weit dienlicher gewesen²⁵. Damit wurde für das Gebäudeeigentum zunächst der Status quo beibehalten vorbehaltlich einer späteren Bereinigung des Sachenrechts, Art. 233 § 3 Abs. 2 EGBGB. Für das Gebäudeeigentum kraft verliehenen oder zugewiesenen Nutzungsrechts und für das damit verbundene Nutzungsrecht ist grundsätzlich das Recht der unbeweglichen Sachen anwendbar, Art. 233

²⁰ Vom 7. 4. 1983, GBl. I Nr. 12 S. 129.

²¹ Genannt sei noch Gebäudeeigentum nach der Verordnung über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken an andere Staaten vom 26. 9. 1974, GBl. I Nr. 59 S. 555; Nachweise bei *Rohde/Zänker*, Bodenrecht, Fn. 2, S. 605; *Rechtshandbuch/Etzbach*, Fn. 5, Syst. Darst. V Rdnr. 39 ff.

²² *Rechtshandbuch/Etzbach*, Fn. 5, Syst. Darst. V Rdnr. 67-73; *MünchKomm/Holch/Voelskow*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 51, 111; *Gößmann* WM 1991, 1861; *Grüneberg/Wendtland* DtZ 1993, 101.

²³ Auch jetzt ist allein das Mobiliarsachenrecht anwendbar, hierbei kommt es nicht auf die Art der tatsächlichen Bebauung an, *Stöber*, GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht, München 1991, Rdnr. 87; *MünchKomm/Holch*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 49.

²⁴ Gesetzentwurf eines Schuldrechtsänderungsgesetzes vom 13. 1. 1994, BR-Drucks 26/94; dazu *Leutheusser-Schnarrenberger* DtZ 1993, 322; *Schmidt-Räntsch* DtZ 1994, 82; Schuldrechtsänderungsgesetz vom 21. 9. 1994, BGBl. I S. 2538.

²⁵ Die Regelung mit Betonung auf das Gebäudeeigentum wird heute allgemein als unglücklich angesehen, sie hatte im Einigungsvertrag eher psychologische Gründe gegenüber den Gebäudenutzern, vgl. *MünchKomm/Holch*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 54; *Schmidt-Räntsch*, Eigentumszuordnung, Fn. 5, S. 110.

¹² *Rechtshandbuch/Etzbach*, Fn. 5, Syst. Darst. V Rdnr. 46, 48; vielleicht auch gerade deshalb, weil es oft in Privateigentum stand.

¹³ LPG-Gesetz vom 2. 7. 1982, GBl. I Nr. 25 S. 443, § 18 aufgehoben durch das Zivilrechtsänderungsgesetz vom 28. 6. 1990, GBl. I Nr. 38 S. 483; ausführlich zur LPG hierzu *Rohde/Oehler*, Bodenrecht, Fn. 2, S. 335 ff.

¹⁴ *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 507 ff.; bereits im ersten LPG-Gesetz vom 3. 6. 1959 fand sich mit § 13 Abs. 2 eine gleiche Regelung.

¹⁵ BGH VIZ 1993, 251; bei solchen Einbringungsfällen wurden also Grundstück und Gebäude rechtlich voneinander getrennt.

¹⁶ Insoweit undeutlich *Haegele/Schöner/Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 699 k lit. cc).

¹⁷ Aufgehoben durch das 2. Zivilrechtsänderungsgesetz vom 22. 7. 1990, GBl. I Nr. 49 S. 903.

¹⁸ Ausführlich *Rohde/Zänker*, Bodenrecht, Fn. 2, S. 648 ff.; *MünchKomm/v. Oefele*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 403 ff.; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 539 ff.; *Lambsdorff/Stuth* VIZ 1992, 348; *Vöhlhard* VIZ 1993, 481.

¹⁹ Selbständiges volkseigenes Gebäudeeigentum an einem volkseigenen Grundstück ist begrifflich ausgeschlossen.

§ 4 Abs. 1 EGBGB²⁶. Der durch das Gesetz gegebene Bestandsschutz geht so weit, daß die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Nutzungsrechts und Gebäudeeigentums nicht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs des Grundstücks unterliegt, Art. 233 § 4 Abs. 2 EGBGB²⁷. Gebäudeeigentum ist damit zunächst umfassend gesichert. Durch das Gesetz über den Verkauf volkseigener Gebäude vom 7. 3. 1990²⁸ wurde es den Nutzungsberechtigten erstmals ermöglicht, das bisher volkseigene Grundstück zu ihrem Gebäude hinzuzuerwerben. Verträge dieser Art wurden bereits in der kurzen Zeit vor, aber auch nach der Wiedervereinigung in immens hoher Zahl geschlossen, sie sind als „Komplettierungsfälle“ bekannt²⁹. Die rechtliche Einordnung einer solchen Zusammenführung war dabei heftig umstritten, vgl. dazu unten Abschn. IX 1.

Gebäudeeigentum der Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften war im Regelwerk des Einigungsvertrags zunächst nicht berücksichtigt. Es wird nach dem Wohnungsgenossenschaftsvermögensgesetz³⁰ nun in der Weise mit dem Grundstück zusammengeführt, daß die Genossenschaften kraft Gesetzes Eigentümer des Grund und Bodens werden, den jeweiligen Gemeinden aber Ausgleichszahlungen zu leisten haben, § 1 Abs. 1, § 3 WoGenVermG. Die Feststellung des Eigentums erfolgt nach den Vorschriften des VZOG durch die Oberfinanzdirektion.

Auch für das selbständige, nutzungsrechtslose Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-G gilt der Bestandsschutz des Art. 231 § 5 EGBGB³¹. Die wirtschaftliche Bedeutung dieses Vermögenswertes der LPGen wurde erst relativ spät entdeckt³². Durch das 2. VermRÄndG³³ wurde Art. 233 § 2 b EGBGB eingefügt, der für dieses Gebäudeeigentum die Anlegung von Grundbuchblättern ermöglicht, um das Gebäudeeigentum letztlich verkehrsfähig machen zu können³⁴. Zu dieser Frage siehe ausführlich unten Abschn. III 2.

Für Rechtsverhältnisse nach § 459 ZGB bestimmt Art. 233 § 8 EGBGB lediglich, daß Gebäudeeigentum vorbehaltlich späterer Sachenrechtsbereinigung bestehenbleibt³⁵. Durch

das RegVBG³⁶ wurde die Vorschrift dahingehend ergänzt, daß durch Bezugnahme auf Art. 233 § 2 b EGBGB auch hier die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes möglich ist³⁷.

Die zahlreichen Fälle der Bebauung eines Grundstücks ohne Klärung der Eigentumsverhältnisse durch Billigung staatlicher Organe wurden in den durch den Einigungsvertrag geschaffenen Regelungen nicht gelöst. Durch Art. 233 § 2 a EGBGB³⁸ ist lediglich ein Moratorium gegeben, das dem Gebäudenutzer die Benutzung des Grundstücks gestattet³⁹. Für Nutzungsverhältnisse nach §§ 312 ff. ZGB gilt Art. 232 § 4 a EGBGB. Eine endgültige Bereinigung dieser Rechtsverhältnisse kann erst durch das Sachenrechtsbereinigungsgesetz erfolgen.

3. Sachenrechtsbereinigung

Durch Art. 233 § 3 Abs. 2 EGBGB hatte sich der Gesetzgeber bereits im Einigungsvertrag die Tür freigehalten für eine spätere Sachenrechtsbereinigung. Diese soll nun durch das gleichnamige Gesetz — SachenRBERG — erfolgen⁴⁰. Hier sollen Rechtsverhältnisse an Grundstücken geregelt werden, die in jeder Weise fremd bebaut worden sind. Es kann sich hierbei um Bebauung auf Grund eines Nutzungsrechtes mit selbständigem Gebäudeeigentum handeln oder einfache Bebauung auf staatliche Veranlassung oder Billigung hin, § 1 Abs. 1 SachenRBERG⁴¹. Die Bereinigung erfolgt auf zivilrechtlichem Weg: Der Nutzer des Gebäudes kann von dem Grundstückseigentümer entweder den Abschluß eines Kaufvertrages über das Grundstück zu einem bestimmten Preis verlangen oder die Bestellung eines Erbbaurechts mit einem fest bestimmten Erbbauzins, §§ 14 ff. SachenRBERG⁴². Kaufpreis oder Erbbauzins sind gesetzlich vorgeschrieben und orientieren sich am Verkehrswert des unbebauten Grundstücks, §§ 18, 43 ff., 68 ff. SachenRBERG.

Für die Durchführung einer solchen Bereinigung besteht für die Beteiligten keine gesetzliche Frist. Der Nutzer des Gebäudes ist aber insofern gehalten tätig zu werden, als er Gefahr läuft, sein Gebäude durch gutgläubigen Grundstückserwerb zu verlieren, wenn er bis 31. 12. 1996 keine Bereinigung durchgeführt hat oder wenigstens sein Nutzungsrecht, Gebäudeeigentum oder sein Recht zum Besitz des Grundstücks aus Art. 233 § 2 a EGBGB nicht in das Grundbuch des Grundstücks hat eintragen lassen, Art. 231

²⁶ Allgemein *Palandt/Bassenge*, BGB, Fn. 7, Art. 233 § 4 EGBGB Rdnr. 1 ff.; *MünchKomm/v. Oefele*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 297 ff.

²⁷ *MünchKomm/v. Oefele*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 318 ff.

²⁸ GBl. I Nr. 18 S. 157; nach § 6 Abs. 1 konnten volkseigene Grundstücke verkauft werden, für die dann ein Nutzungsrecht zu verleihen war, vgl. auch § 5 Durchführungsverordnung vom 15. 3. 1990, GBl. I Nr. 18 S. 158.

²⁹ *Moser-Meridian/Flik/Schmidbauer*, Grundbuchverfahren, Fn. 5, Rdnr. 162; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 613 ff.; *ders.* OV-Spezial 10/93, S. 8.

³⁰ Art. 40 des Gesetzes zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms vom 23. 6. 1993, BGBl. I S. 944; zuletzt geändert durch Art. 17 § 2 RegVBG vom 20. 12. 1993, BGBl. I S. 2182.

³¹ *Palandt/Heinrichs*, BGB, Fn. 7, Art. 231 § 5 EGBGB Rdnr. 2.

³² BezG Dresden Rpfleger 1991, 493 = VIZ 1992, 164 m. Anm. *Etzbach*; BezG Gera VIZ 1992, 332; LG Neubrandenburg MDR 1992, 1056; siehe auch *Lehmann/Zisowski* DtZ 1992, 375.

³³ Vom 14. 7. 1992, BGBl. I S. 1257.

³⁴ Die Notwendigkeit einer Grundbuchblattanlegung wurde im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit und § 873 BGB erstmals gesehen vom BezG Dresden Rpfleger 1991, 493; *Böhringer* MittBayNot 1992, 112.

³⁵ Ausführlich dazu *MünchKomm/v. Oefele*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 404, 409, 410.

³⁶ Vom 20. 12. 1993, BGBl. I S. 2128; Begründung BT-Drucks 12/5553; siehe dazu *Schmidt-Rantsch* VIZ 1993, 432; *Böhringer* DtZ 1993, 336; *ders.* DtZ 1994, 50; *Holzer* NJW 1994, 481; *Vossius* MittBayNot 1994, 10; *Keller* BWNotZ 1994, 73.

³⁷ Siehe dazu bereits § 8 Abs. 1 Nr. 2 der VO zur Sicherung des Volkseigentums, Fn. 20.

³⁸ Eingefügt durch das 2. VermRÄndG, Fn. 33.

³⁹ *Böhringer* BWNotZ 1992, 164.

⁴⁰ Vom 21. 9. 1994, BGBl. I S. 2457; in Kraft getreten am 1. 10. 1994; Begründung BT-Drucks 12/5992, Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks 12/7425, BR-Drucks 364/12; *Strobel* NJW 1993, 2484; *Cremer*, Immobiliengeschäfte in den neuen Bundesländern, 2. Aufl., Köln 1993, S. 49; *Keller* Rpfleger 1994, 194.

⁴¹ Genaue Definitionen der Begriffe bringt das Gesetz in §§ 9 ff. SachenRBERG, zur Billigung staatlicher Stellen, § 10 SachenRBERG; BT-Drucks 12/5992, S. 109.

⁴² Allgemein BT-Drucks 12/5992, S. 50 ff.

§ 5 Abs. 3, Art. 233 § 2 c Abs. 2 EGBGB⁴³; gleiches gilt für den Fall einer Zwangsversteigerung des Grundstücks, § 9 a. EGZVG⁴⁴. So soll schließlich bis 1.1.1997 eine Bereinigung der Rechtsverhältnisse zwischen Grundstück und Gebäude stattgefunden haben oder wenigstens das Vorhandensein von selbständigem Gebäudeeigentum aus dem Grundbuch des Grundstücks ersichtlich sein.

II Ziele und Anwendungsbereich der GGV

Wenngleich durch die Sachenrechtsbereinigung erreicht werden soll, daß Gebäudeeigentum und Grundstückseigentum in eine Rechtsform des BGB oder der ErbbauVO übergeleitet werden⁴⁵, und damit das selbständige Gebäudeeigentum langfristig auslaufen wird, wird der Rechtsverkehr in den neuen Bundesländern dennoch lange Zeit mit diesem Rechtsinstitut leben müssen. Dafür ist es notwendig, einheitliche Regelungen zur Behandlung des Gebäudeeigentums und des Nutzungsrechts vor allem für das Verfahrensrecht zu schaffen; im materiellen Bereich ist weitgehend das Immobilienrecht anwendbar.

1. Bisherige Regelungen zur Grundbuchführung

Die Regelungen in der ehemaligen DDR zur grundbuchmäßigen Behandlung von Gebäudeeigentum waren uneinheitlich je nach Art des Nutzungsrechts oder Gebäudeeigentums. Das verliehene Nutzungsrecht nach § 286 Abs. 1 Nr. 1 ZGB, § 2 NutzRG entstand mit dem in der Urkunde festgelegten Zeitpunkt, § 287 Abs. 2 S. 2 ZGB. Die Verleihung stellte einen Verwaltungsakt dar⁴⁶. In das Grundbuch des volkseigenen Grundstücks wurde das Nutzungsrecht deklaratorisch in Abt. II wie eine Belastung eingetragen, § 4 Abs. 3 NutzRG. Die Eintragung erfolgte zunächst als subjektiv persönliches Recht unter Angabe des oder der Berechtigten, später wurde es als subjektiv dingliches Recht eingetragen für den jeweiligen Gebäudeeigentümer. Von Amts wegen war ein Gebäudegrundbuch anzulegen, § 4 Abs. 4 S. 3 NutzRG, für das verfahrensrechtlich die Regelungen der Grundstücksdokumentationsordnung⁴⁷ und der Grundbuchverfahrensordnung⁴⁸ Anwendung fanden, § 3 Abs. 1 lit. a), § 16 GDO. Auch Nutzungsrechte für Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften wurden in das Grundbuch des volkseigenen Grundstücks eingetragen, ein Gebäudegrundbuchblatt wurde angelegt, § 7 Abs. 4 S. 2 AWGVO. Für genossenschaftlich zugewiesene Nutzungsrechte erfolgte zwar die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes, § 4 Abs. 2 S. 2 BereitVO; eine Eintragung eines Nutzungsrechts am oftmals privaten Grundstück erfolgte nicht. Lediglich im Bestandsblatt wurde ein Verweisungsvermerk zum Gebäudegrundbuchblatt angebracht⁴⁹. Das Bestehen von Gebäudeeigentum ist daher bei

landwirtschaftlichen Grundstücken nicht unbedingt aus dem Grundbuch ersichtlich. Erst recht ist es dies nicht bei Gebäudeeigentum der Genossenschaft selbst nach § 27 LPG-G. Für dieses erfolgte keinerlei Dokumentation im Grundbuch⁵⁰. Gebäudeeigentum nach § 459 ZGB wurde in der Regel ebenfalls nicht grundbuchlich dokumentiert, obwohl § 8 Abs. 1 Nr. 2 der Verordnung zur Sicherung des Volkseigentums dies vorsah. Eine Eintragung im Grundstücksgrundbuch erfolgte bei Gebäudeeigentum nicht, lediglich für bauliche Anlagen sollte ein entsprechender Vermerk eingetragen werden, für diese wurde aber wiederum kein Gebäudegrundbuch angelegt⁵¹. Diese Vielgestaltigkeit an Vorschriften zur Führung von Gebäudegrundbüchern und Eintragungen in das Grundstücksgrundbuch zeigt schon die Schwierigkeiten des heutigen Rechtsverkehrs mit dem Gebäudeeigentum. Einerseits gilt für das Gebäudeeigentum das Grundstückssachenrecht, andererseits sind vielfach keine Grundbücher angelegt, einerseits ist in diesen Fällen das Gebäude nicht Bestandteil des Grundstücks, andererseits geht dies mangels Eintragung nicht immer aus dem Grundbuch hervor.

2. Anwendungsbereich der GGV

Durch Art. 18 Abs. 1, Abs. 4 Nrn. 2, 3 RegVVG und Art. 12 Abs. 1 Nr. 2 des 2. VermRÄndG wurde das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen für die grundbuchliche Behandlung von Gebäudeeigentum zu erlassen. Dies soll mit der Gebäudegrundbuchverordnung erfolgen⁵². Durch sie soll eine einheitliche verfahrensrechtliche Behandlung des Gebäudeeigentums gewährleistet sein, zugleich sollen die bisher maßgeblichen Regelungen außer Kraft treten⁵³. Der Anwendungsbereich der GGV wird durch § 1 bestimmt: Geregelt wird die Anlegung und Führung von Gebäudegrundbuchblättern, §§ 3, 4 GGV. Welcher Art oder Ursprungs das Gebäudeeigentum dabei ist, ist unerheblich; durch die GGV sollen für jede Art von Gebäudeeigentum die gleichen Regeln gelten⁵⁴. Daher ist als Art Generalklausel in § 1 Nr. 1 Bezug genommen auf die allgemeine Vorschrift des Art. 231 § 5 EGBGB. Ferner bestimmt die GGV die Art der Eintragung des dinglichen Nutzungsrechts in das Grundbuch des damit belasteten Grundstücks, § 5 GGV. Für Gebäudeeigentum ohne dingliches Nutzungsrecht, zum Beispiel nach § 27 LPG-G, ist die Eintragung eines Vermerks über das Bestehen von Gebäudeeigentum vorgesehen, § 6 GGV. Durch eine dann einheitliche Führung von Gebäudegrundbuchblättern und die Verlautbarung aus dem Grundstücksgrundbuch soll auch eine bessere Verkehrsfähigkeit des Gebäudeeigentums erreicht werden⁵⁵, vgl. Art. 233 § 4 Abs. 1 S. 3 EGBGB. Schließlich

⁴³ Eingefügt durch das RegVVG, Fn. 36.

⁴⁴ Dazu ausführlich Keller Rpfleger 1992, 501; ders. Rpfleger 1994, 194.

⁴⁵ BT-Drucks 12/5992, S. 59.

⁴⁶ Böhlinger, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 502; Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Fn. 5, S. 102.

⁴⁷ Vom 6. 11. 1975, GBl. I Nr. 43 S. 697.

⁴⁸ Vom 30. 12. 1975, GBl. 1976 I Nr. 3 S. 42.

⁴⁹ Nr. 90 und Anlage 12 Nr. 3 Abs. 2 der Anweisung Nr. 4/87 des Ministers des Innern und Chefs der Deutschen Volkspolizei über Grundbuch und Grundbuchverfahren unter COLIDO-Bedingungen — COLIDO-Grundbuchanweisung vom 27. 10. 1987; Rechtshandbuch/Etzbach, Fn. 5, Syst. Darst. V Rdnr. 46, 48.

⁵⁰ Böhlinger, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 509.

⁵¹ MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 408; Schmidt-Räntsch, Eigentumszuordnung, Fn. 5, S. 138; Böhlinger, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 559.

⁵² Verordnung über die Anlegung und Führung von Gebäudegrundbüchern (Gebäudegrundbuchverordnung — GGV), verkündet als Art. 1 der Verordnung über Gebäudegrundbücher und andere Fragen des Grundbuchrechts vom 15. 7. 1994; BGBl. I S. 1606; in Kraft getreten am 1. 10. 1994; Entwurf und Begründung vom 10. 4. 1994, BR-Drucks 629/94.

⁵³ Zum Beispiel § 4 Abs. 3 NutzRG, § 10 Abs. 1 SichVO und Teile der COLIDO-Anweisung, § 15 Abs. 1 GGV.

⁵⁴ Begr., Fn. 52, S. 5.

⁵⁵ Begr., Fn. 52, S. 4.

ist zu regeln, auf Grund welcher Nachweise und in welcher Weise der in Art. 233 § 2 c Abs. 2 EGBGB vorgesehene Vermerk zur Sicherung des Rechts auf Besitz des Grundstücks nach Art. 233 § 2 a EGBGB und zur Sicherung der Ansprüche aus der Sachenrechtsbereinigung in das Grundstücksgrundbuch eingetragen werden soll. Die GGV enthält ferner Regelungen zur Heilung fehlgeschlagener Komplettierungsfälle, also der zahlreichen Fälle von Zusammenführung von Gebäudeeigentum und Grundstück unter Aufhebung des Nutzungsrechts, § 12 GGV. Als verfahrensrechtliche und grundbuchtechnische Vorschrift steht die GGV neben der GBVerf⁵⁶ oder der WEGGBVerf, sie ergänzt diese Verordnungen für den Bereich des Gebäudeeigentums; diese gelten daher für die Führung von Gebäudegrundbuchblättern subsidiär, vor allem §§ 54 ff. GBVerf.

III Anlegung von Grundbuchblättern

Die bisher geltenden Bestimmungen über die Führung von Gebäudegrundbuchblättern sollten nach dem Einigungsvertrag Anl. I Kap. III Sachg. B Abschn. III Nr. 1 lit. d)⁵⁷ weiterhin Geltung haben. Diese Regelung wurde durch das RegVBG in § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 S. 1 GBO eingefügt. Bis dato haben daher auch nach der Wiedervereinigung die Bestimmungen zum Beispiel der COLIDO-Anweisung über die Anlegung und Führung von Gebäudegrundbüchern Gültigkeit, Nrn. 37 ff., 75 ff. Diese Bestimmungen sollen nun durch die GGV abgelöst werden. Allgemein bestimmt hier § 4 GGV die notwendige Voraussetzung einer Grundbuchblattanlegung. Die Nachweise sollen dabei im Interesse des Rechtsverkehrs grundsätzlich nicht den strengen Grundsätzen des § 29 GBO unterliegen⁵⁸.

1. Gebäudeeigentum durch verliehene und zugewiesene Nutzungsrechte

Die Anlegung von Grundbüchern für Gebäudeeigentum kraft verliehenen oder zugewiesenen Nutzungsrechts, verliehen an Bürger oder an Genossenschaften, wird nur noch selten notwendig sein. In fast allen Fällen wurden bereits Grundbücher angelegt. Denkbar sind allenfalls noch Fälle nach dem Verkaufsg vom 7. 3. 1990⁵⁹. Beim Verkauf volkseigener Gebäude war für den Käufer durch den Rat des Kreises ein Nutzungsrecht am Grundstück zu verleihen, ein Gebäudegrundbuchblatt war anzulegen, § 4 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Verkaufsg⁶⁰. Dies konnte nicht mehr in allen Fällen rechtzeitig geschehen, so daß der Käufer jetzt vielleicht eine Nutzungsurkunde und einen Kaufvertrag besitzt, eine Ein-

tragung im Grundbuch und vor allem die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes aber unterblieben ist⁶¹. Für die zahlreichen bereits bestehenden Gebäudegrundbücher bestimmt zunächst § 2 GGV, daß diese weiterhin nach den bisherigen Regelungen zu führen sind. Eine Neufassung dieser Grundbücher ist daher nicht zwingend notwendig, sie kann aber nach § 2 S. 2 GGV erfolgen. Dadurch soll ohne großen Aufwand eine schrittweise Umstellung der Gebäudegrundbücher auf die Regelungen der GGV erreicht werden⁶². Bei der Umschreibung oder Neufassung auf das System der GGV richtet sich die Behandlung der Grundbücher und die Anbringung entsprechender Vermerke in den Grundbüchern nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 28 ff., 21 Abs. 4 GBVerf, auch §§ 20–24 SächsGBGA⁶³.

Als Nachweis für die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes für bisher nicht gebuchtes Gebäudeeigentum bestimmt § 4 Abs. 1 GGV folgende Nachweise: Die Vorlage einer Nutzungsurkunde ist notwendig zum Nachweis, daß ein solches verliehen worden ist. Das Nutzungsrecht ist außerhalb des Grundbuchs entstanden, allein aus der Verleihungsurkunde ergibt sich heute das Bestehen des Nutzungsrechts⁶⁴. Kam es beim Verkauf eines Gebäudes nicht einmal mehr zur Verleihung des Nutzungsrechts, soll der Kaufvertrag über das Gebäude genügen. Da jedoch auch Fälle bekannt sind, bei denen trotz Verleihung eines Nutzungsrechts keine Errichtung des Gebäudes stattgefunden hat, soll daneben auch die staatliche Genehmigung zur Errichtung des Gebäudes vorzulegen sein. Damit soll der Nachweis erbracht werden, daß ein Gebäude tatsächlich erbaut worden ist⁶⁵, hilfsweise kann auch eine Bescheinigung der jeweiligen Gemeinde über das Bestehen des Gebäudes genügen, § 4 Abs. 1 S. 2 GGV. Das Vorhandensein eines Gebäudes ist daher bei Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes zu prüfen, bei späteren Eintragungen in das Grundbuch kann die Prüfung unterbleiben, § 144 Abs. 1 Nr. 4 S. 5 GBO. Die Vorlage von Nutzungsurkunde, Kaufvertrag und Baugenehmigung oder Gemeindebescheinigung hat stets in der Form des § 29 Abs. 3 GBO zu erfolgen⁶⁶.

2. Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-Gesetz

Die Anlegung von Grundbuchblättern für Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-G wurde erstmals ermöglicht durch Art. 233 § 2 b Abs. 2, 3 EGBGB⁶⁷. Diese unklare Regelung führte zu großen Meinungsverschiedenheiten in Literatur und Rechtsprechung, wer für die Feststellung, ob Gebäudeeigentum besteht, zuständig sei, und welche Vor-

⁵⁶ Die GBVerf wurde durch das RegVBG in vielen Punkten geändert, Fn. 36, die amtliche Abkürzung wurde in GBV geändert; siehe allgemein Keller BWNotZ 1994, 73; weitere Änderungen der GBVerf erfolgten durch § 11 Abs. 3 der Hypothekenablöseverordnung vom 10. 6. 1994 (BGBl. I S. 1253) sowie durch Art. 2 der VO vom 15. 7. 1994, Fn. 52.

⁵⁷ Geändert durch das 2. VermRändG, Fn. 33.

⁵⁸ Begr., Fn. 52, S. 4; auch hier zeigt sich wie in anderen Fällen des Übergangsrechts eine gefährliche Tendenz des Gesetzgebers zur Aushöhlung der strengen aber auch sinnvollen Beweisgrundsätze des Grundbuchsrechts.

⁵⁹ Siehe Fn. 28, 29; Abschn. IX 1.

⁶⁰ Stand das Grundstück nicht in Rechtsträgerschaft der Kommune, war es zunächst in diese zu übertragen, § 5 Abs. 2 S. 2 DVO zum Verkaufsg, Fn. 28.

⁶¹ Diese Fälle unterliegen auch der Sachenrechtsbereinigung, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit d), § 3 Abs. 3 SachenRBERG.

⁶² Begr., Fn. 52, S. 7.

⁶³ Sächsische Grundbuchgeschäftsanweisung vom 10. 2. 1992, SächsAmtsBl. Nr. 7 S. 230.

⁶⁴ MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 305.

⁶⁵ Begr., Fn. 52, S. 12.

⁶⁶ Die Nachweise bedürfen Siegel und Unterschrift; vom Rat des Kreises verliehene Nutzungsurkunden tragen dessen Siegel, zugewiesene Nutzungsrechte der Genossenschaften wurden von dem Rat der Gemeinde oder der Stadt bestätigt; Baugenehmigungen erteilte ebenfalls der Rat des Kreises.

⁶⁷ Eingefügt durch das 2. VermRändG, Fn. 33.

schriften anzuwenden seien⁶⁸. Streitig war dabei vor allem, ob das Grundbuchamt in Anwendung der §§ 116-125 GBO⁶⁹ selbständig das Gebäudeeigentum zu prüfen und ein Grundbuchblatt anzulegen habe, oder ob es diese Prüfung der jeweiligen Oberfinanzdirektion überlassen könne, die nach dem VZOG ein Verfahren durchführen muß. Damit hing auch die Frage zusammen, ob die Oberfinanzdirektion ihr eigenes Tätigwerden von einem vorherigen ergebnislosen Verfahren des Grundbuchamtes abhängig machen könne⁷⁰. Dieser Streit ist endlich durch eine Neufassung des Art. 233 § 2 b Abs. 3 EGBGB beendet⁷¹. Nach dessen jetzt eindeutiger Regelung erfolgt die Feststellung, ob Gebäudeeigentum entstanden ist und wem es zusteht, durch die Oberfinanzdirektion. Sie kann ihr Verfahren nicht von einer vorherigen Prüfung des Grundbuchamtes abhängig machen, sondern muß auf Antrag des Gebäudeeigentümers unter Anwendung des VZOG tätig werden. Sie hat dabei ferner die „Empfehlungen zur Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern nach Art. 233 § 2 b EGBGB“ des Bundesministeriums der Justiz zu beachten⁷². Das Grundbuchamt kann ebenfalls eine Prüfung über das Gebäudeeigentum vornehmen, muß dabei aber die Bestimmungen des Grundbuchrechts, mithin also § 29 GBO beachten⁷³. Im Ergebnis sind die Grundbuchämter damit diesen Prüfungsschwierigkeiten entzogen. Da das SachenRÄndG zu dieser Bestimmung keine Übergangsregelung trifft, ist Art. 233 § 2b Abs. 3 EGBGB auch auf laufende Verfahren bei den Grundbuchämtern anzuwenden.

Die verfahrensrechtliche Frage, welcher Nachweis zu erbringen ist, damit ein Gebäudegrundbuchblatt für Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-G angelegt werden kann, läßt sich damit einfach beantworten. § 4 Abs. 2 GGV bestimmt, daß ein bestandskräftiger Bescheid der Oberfinanzdirektion über die Feststellung des Gebäudeeigentums genüge, die Bestandskraft ist nachzuweisen⁷⁴.

3. Gebäudeeigentum nach § 459 ZGB

Obwohl die Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern bei volkseigenen Gebäuden nach § 459 ZGB grundsätzlich möglich war, § 8 Abs. 1 Nrn. 1, 2 Verordnung zur Sicherung des Volkseigentums, unterblieb sie sehr häufig. Ihre Anlegung richtet sich nun nach § 4 Abs. 3 GGV. Dieser be-

stimmt als Nachweis zunächst den Nutzungsvertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und dem volkseigenen Betrieb. Dieser muß ausdrücklich die Gestattung zur Errichtung eines Bauwerkes enthalten⁷⁵. Dieser Vertrag bedurfte nach § 5 SichVO der Zustimmung des Rates des Kreises, Abteilung Finanzen; diese Zustimmung ist daher als weiterer Nachweis zu erbringen, § 4 Abs. 3 Nr. 2 lit. a) GGV. Bei § 5 VO handelte es sich aber um eine Ordnungsvorschrift, das Fehlen dieser Zustimmung hatte auf die Wirksamkeit des Vertrages keine Auswirkungen. Das Vorhandensein eines Gebäudes muß daher noch auf andere Weise nachgewiesen werden können. So bestimmt § 4 Abs. 3 Nr. 2 lit. b) GGV als weiteren möglichen Nachweis einen Prüfbescheid der staatlichen Bauaufsicht nach § 7 Abs. 5, § 11 der Verordnung über die staatliche Bauaufsicht⁷⁶, aus ihm soll sich ergeben, daß ein Gebäude besteht⁷⁷. Da es sich hierbei letztlich nur um den Nachweis des Bestehens des Gebäudes handelt, können im äußersten Fall auch andere Urkunden anerkannt werden, auch an eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 S. 2 GGV wäre zu denken. Die Vorlage dieser Nachweise kann regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 3 GBO erfolgen, außer der Zustimmung des Rates des Kreises. Die Vorlage in anderer Form muß daher anerkannt werden⁷⁸.

IV Gestaltung und Führung der Gebäudegrundbuchblätter

Für die Gestaltung der Grundbuchblätter für Gebäudeeigentum regelt § 3 Abs. 1 GGV grundsätzlich, daß die Vorschriften der GBVerf über die Führung des Erbbaurechtsgrundbuchs entsprechend anwendbar seien, §§ 54 ff. GBVerf. § 54 GBVerf verweist seinerseits wieder auf die allgemeinen Vorschriften, die damit auch hier Anwendung finden. Die Aufschrift des Grundbuchblattes erhält die Bezeichnung „Gebäudegrundbuch“, § 3 Abs. 3 GGV. Die Gestaltung des Bestandsverzeichnisses orientiert sich am Erbbaugrundbuch. In dem durch Sp. 3, 4 gebildeten Raum ist die Bezeichnung „Gebäudeeigentum auf Grund eines dinglichen Nutzungsrechts auf“ einzutragen. Hilfreich und notwendig ist es hier, zu vermerken, ob das Gebäudeeigentum auf Grund eines Nutzungsrechtes besteht, § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GGV. Ist das nicht der Fall, so ist die gesetzliche Grundlage des Gebäudeeigentums anzugeben, „Gebäudeeigentum gemäß Art. 233 § 2b EGBGB“, § 3 Abs. 7 GGV. Nach dieser Eintragung ist das Grundstück anzugeben, auf welchem das Gebäude steht. Das Grundstück soll in der gleichen Weise nach Flurstück, Beschrieb und Größe bezeichnet werden, wie dies im Grundbuch des Grundstücks selbst erfolgt, § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 2. Halbs. GGV, §§ 6, 56 Abs. 1 lit. a) GBVerf. Steht ein Gebäude auf mehreren Grundstücken, wie dies bei Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-G nicht selten der Fall ist, ist jedes Grundstück einzeln zu bezeichnen, § 3 Abs. 4 S. 3 GGV. Von besonderer Bedeutung ist die Angabe des Grundbuchblattes des Grundstücks, damit Grundstück

⁶⁸ Siehe Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer, Grundbuchverfahren, Fn. 5, Rdnr. 193; Eickmann, Grundstücksrecht, Fn. 5, Rdnr. 220; Böhringer, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 507 ff; Haegle/Schöner/Stöber, Fn. 5, Rdnr. 699 k, 4209; Schnabel ZOV 1993, 151; Böhringer MittBayNot 1992, 112; ders. OV-Spezial Nr. 4/93 S. 1; KrG Rathenow Rpfleger 1993, 331 m. zust. Anm. Weiske; BezG Meiningen VIZ 1993, 457.

⁶⁹ Früher §§ 7-17 AufVOGBO, durch das RegVBG, Fn. 36, in die GBO eingefügt.

⁷⁰ In der Praxis zeigten sich die Oberfinanzdirektionen hierbei wenig kooperativ, vgl. auch Hügel MittBayNot 1993, 196.

⁷¹ Geändert durch Art. 2 § 4 Nr. 2 lit. b) SachenRÄndG, Fn. 40; eine Änderung der Vorschrift in diesem Sinne wurde vom Bundesrat bereits in den Beratungen zum RegVBG vorgeschlagen, die Bundesregierung hielt eine Gesetzesänderung seinerzeit nicht für notwendig, BT-Drucks 12/5553, S. 196, 214.

⁷² Vom 20. 7. 1993, JSR-SaR-279, abgedruckt in VIZ 1993, 388 sowie im Bundesanzeiger Nr. 150 vom 13. 8. 1993 und im GB-Info Nr. 2 des BMI.

⁷³ Der Nachweis von Gebäudeeigentum allein durch öffentliche Urkunden gestaltet sich äußerst schwierig.

⁷⁴ Begr., Fn. 52, S. 14.

⁷⁵ § 459 Abs. 2 ZGB, § 4 VO zur Sicherung des Volkseigentums; Böhringer, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 543; MünchKomm/v. Oefele, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 405.

⁷⁶ Vom 30. 7. 1981, GBl. I Nr. 26 S. 313.

⁷⁷ Begr., Fn. 52, S. 15.

⁷⁸ Art. 233 § 8 EGBGB wurde durch Art. 2 § 4 Nr. 2 lit. f) SachenRÄndG, Fn. 40, neu gefaßt, die ursprüngliche Verweisung auf Art. 233 § 2 b EGBGB für das Gebäudeeigentum und seine Grundbuchanlegung ist hierbei entfallen.

und Gebäude ohne Schwierigkeiten miteinander gefunden werden können. Dagegen braucht die Angabe des Eigentümers des Grundstücks nicht erfolgen, anders beim Erbbaurecht, § 56 Abs. 1 lit. c) GBVerf. Für das Gebäudegrundbuch besteht auch keine dem § 14 Abs. 3 S. 2 ErbbaVO entsprechende Vorschrift. Ein Eigentumswechsel am Grundstück muß daher nicht im Gebäudegrundbuch vermerkt werden, vgl. unten Abschnitt VI 1. Ein Bedürfnis hierfür besteht auch anders als beim Erbbaurecht nicht, der Grundstückseigentümer hat keinen Einfluß auf das Gebäudeeigentum und umgekehrt, so daß sich wie etwa im Falle des § 5 ErbbaVO eine Notwendigkeit ergäbe, den Grundstückseigentümer zu kennen. Nach der grundbuchmäßigen Bezeichnung des Grundstücks ist der Inhalt und Umfang des Nutzungsrechts anzugeben, § 3 Abs. 4 Nr. 2 GGV, hierbei kann auch auf die Nutzungsrechtsurkunde verwiesen werden.

Eine Besonderheit ergibt sich, wenn mehrere Gebäude bestehen. Beim Erbbaurecht wären sie alle gleich Bestandteil des Erbbaurechts, § 12 Abs. 1 ErbbaVO. Hier stellt aber jedes einzelne Gebäude ein eigenes Gebäudeeigentum dar⁷⁹. Es müßte daher je einzeln gebucht werden. Um diesen Aufwand zu vermeiden, bestimmt § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 2. Halbs. GGV, daß mehrere Gebäude nach Art und Anzahl zu bezeichnen sind. Sie werden gleichsam zusammen gebucht, sind aber rechtlich selbständig. Über jedes Gebäudeeigentum kann einzeln verfügt werden, bei Veräußerung eines Gebäudes wäre dieses dann abzuschreiben und auf einem eigenen Grundbuchblatt neu vorzutragen. Um die Eintragung im Bestandsverzeichnis aber nicht unübersichtlich werden zu lassen, bestimmt § 3 Abs. 6 GGV, daß mehrere Gebäude unter je einer eigenen Nummer im Bestandsverzeichnis gemeinsam eingetragen werden können.

Veränderungen im Gebäudeeigentum sind in den Sp. 5, 6 zu vermerken, § 3 Abs. 4 S. 4 GGV. Bei Aufhebung des Nutzungsrechts nach Art. 233 § 4 Abs. 5, § 2 b Abs. 4 EGBGB wird die Löschung des Gebäudeeigentums in Sp. 8 vermerkt, das Gebäudegrundbuch ist zu schließen, § 56 Abs. 6, § 34 lit. c) analog GBVerf.

V Widerspruchslösung

Wie auch im allgemeinen Anlegungsverfahren nach §§ 116 ff. GBO (früher §§ 7-17 AVOGBO)⁸⁰ erbringt die Anlegung eines Grundbuchblattes für Gebäudeeigentum allein materiellrechtlich nicht den Beweis des Bestehens von Gebäudeeigentum, sie hat keine konstitutive rechtsbegründende Wirkung. Allerdings verschafft die Anlegung dem Gebäudenutzer eine gewisse Rechtsstellung, die ihm im Streitfall Vorteile gegenüber dem Grundstückseigentümer bringen kann. Auch für eine künftige Sachenrechtsbereinigung wäre damit eine rechtliche Ausgangslage geschaffen, wengleich trotz der Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes nicht unbedingt auch Gebäudeeigentum bestehen muß. Mit einer solchen Anlegung unter den Nachweisen des § 4 GGV wird daher auch massiv in die Rechte des Grundstückseigentümers eingegriffen. Seine Rechte und Rechts-

stellung gilt es zu schützen, auch im Hinblick auf die Sachenrechtsbereinigung, die auch dem Grundstückseigentümer gewichtige Ansprüche gegen den Gebäudenutzer gibt. So kann er zum Beispiel den Anspruch des Nutzers auf Bestellung eines Erbbaurechts oder auf Kauf des Grundstücks mit der Einrede zurückweisen, daß das Gebäude auf Grund seiner Bausubstanz nicht mehr nutzbar sei und eine Renovierung oder Sanierung nicht möglich sei, § 29 Abs. 1 Nr. 1 SachenRBerG⁸¹. Das gleiche Recht hat er, wenn der Nutzer des Gebäudes bei seinem Erwerb unredlich im Sinne des § 4 VermG war, § 30 Abs. 1 SachenRBerG⁸². Auch kann unter den Voraussetzungen des § 82 SachenRBerG der Grundstückseigentümer vom Nutzer den Verkauf des Gebäudes verlangen. Bei Abbruch und Beseitigung eines nicht mehr nutzbaren Gebäudes kann er vom Nutzer Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, § 83 SachenRBerG⁸³. Diese Ansprüche des Grundstückseigentümers gegen den Gebäudenutzer müssen bei der Anlegung des Grundbuchblattes wenigstens vorläufig geschützt werden, damit er durch eine Sachenrechtsbereinigung seine Rechte geltend machen kann und gegebenenfalls auch geltend machen kann, daß in Wahrheit kein Gebäudeeigentum bestehe. Um dies zu erreichen soll nach Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes die Verkehrsfähigkeit des Gebäudeeigentums für eine gewisse Zeit gehemmt werden bis zu einer endgültigen Durchführung der Sachenrechtsbereinigung⁸⁴.

Das soll von Amts wegen erfolgen durch Eintragung eines Widerspruchs in das Gebäudegrundbuchblatt bei dessen Anlegung gem. § 11 GGV: Bei Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes ist dabei von Amts wegen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eben dieser Eintragung einzutragen, sofern nicht der Grundstückseigentümer die Anlegung bewilligt hat — dann wäre er nicht schützenswert — oder aber bereits das notarielle Vermittlungsverfahren nach §§ 88 ff. SachenRBerG eingeleitet ist, § 11 Abs. 1 GGV. Dogmatisch handelt es sich hierbei nicht um einen Widerspruch nach § 899 BGB im eigentlichen Sinn, weil das Grundbuch erstens nicht grundsätzlich unrichtig ist hinsichtlich des Bestehens von Gebäudeeigentum — aber wohl unrichtig sein kann —, und zweitens nicht der Anspruch auf Grundbuchberichtigung geschützt werden soll, sondern andere Ansprüche gegen den Gebäudenutzer aus einer Sachenrechtsbereinigung. Er ist daher eher ein Sicherungsmittel eigener Art, vergleichbar mit dem anfangs ebenfalls dogmatisch unklaren Widerspruch nach § 7 Abs. 4 AnmVO⁸⁵ oder dem einzutragenden Widerspruch nach § 38 Abs. 1 lit. b) Nr. 2 S. 2 GBVerf bei Beseitigung einer Doppelbuchung. Seinem Zweck nach sichert der Widerspruch nach § 11 GGV Ansprüche des Grundstückseigentümers, er ist Mittel zur Verlautbarung, daß der Inhalt des Grundbuchs nicht konstitutiv richtig sein muß. Ein Erwerb eines Rechts am Gebäude kann sich bei eingetragenen Widerspruch nicht auf gutgläubigen Erwerb berufen, der ihn von Einreden des Grundstückseigentümers aus dem

⁸¹ BT-Drucks 12/5992, S. 128.

⁸² Dazu ausführlich *Kimme/Siebert*, Offene Vermögensfragen, Köln 1993, § 4 VermG Rdnr. 32, 48 ff.

⁸³ BT-Drucks 12/5992, S. 160 ff.

⁸⁴ Begr., Fn. 52, S. 34.

⁸⁵ Dazu *Kimme/Thomas*, Offene Vermögensfragen, Fn. 82, § 7 AnmVO Rdnr. 10 ff.; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 363 ff.

⁷⁹ Begr., Fn. 52, S. 9.

⁸⁰ *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 4. Aufl. Berlin 1992, § 3 Rdnr. 13; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Fn. 5, Rdnr. 1011; *BezG Dresden ZIP* 1992, 1031; *Böhringer MittBayNot* 1992, 112.

SachenRBERG befreien könnte. Eingetragen wird der Widerspruch gem. § 11 Abs. 2 GGV im Gebäudegrundbuch in der Hauptspalte der Abteilung II, im Grundstücksgrundbuch beim eingetragenen Nutzungsrecht in der Veränderungsspalte unter der gleichen laufenden Nummer. Der Widerspruch stellt selbstverständlich keine Grundbuchsperrung dar, nachfolgende Eintragungen sind ohne weiteres möglich: Er hemmt die Verkehrsfähigkeit des Gebäudeeigentums nur im Hinblick auf gutgläubigen Erwerb frei von Ansprüchen aus der Sachenrechtsbereinigung.

Diese Hemmnis der Verkehrsfähigkeit soll aber nicht unbegrenzt dauern. Schließlich ist an eine rasche Bereinigung der Rechtsverhältnisse gedacht. Daher bestimmt § 11 Abs. 3 GGV, daß der von Amts wegen eingetragene Widerspruch nach vierzehn Monaten ab Eintragung seine Wirkung verliert. Er bleibt aber auch dann weiter wirksam, wenn innerhalb dieser Zeit ein notarielles Vermittlungsverfahren nach §§ 88 ff. SachenRBERG eingeleitet worden ist oder Klage aus Ansprüchen nach dem SachenRBERG erhoben worden ist, ebenso wenn der Grundstückseigentümer in gleicher Weise rechtlich gegen den Gebäudeeigentümer vorgeht. Dies muß dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden^{85a}. Nach Ablauf der vierzehn Monate kann der Widerspruch wieder bei der nächsten Eintragung von Amts wegen gelöscht werden, § 11 Abs. 4 GGV. Durch diese zeitlich begrenzte Wirkung sollen die Beteiligten zu einer Bereinigung der Rechtsverhältnisse angehalten werden⁸⁶. Insgesamt gilt dieses Verfahren der Widerspruchslösung bis 31. 12. 1996, vgl. dazu Art. 231 § 5 Abs. 2 EGBGB und oben Abschnitt I 3. Nach diesem Zeitpunkt soll keine Eintragung mehr erfolgen, § 11 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GGV.

Die Eintragung des Widerspruchs unterbleibt ferner in den Fällen, in denen nachgewiesen wird, daß das Gebäude vom Gebäudeeigentümer, seinem Rechtsvorgänger oder einem Mieter oder Pächter vom 20. 7. 1993 bis zum 1. 10. 1994 genutzt wurde und wird, § 11 Abs. 5 S. 1 Nrn. 2, 3, S. 2 GGV. Der Nachweis ist durch Nutzungsbescheinigung der Gemeinde in der Form des § 29 Abs. 3 GBO zu führen. Damit sollen diejenigen Gebäudenutzer geschützt werden, die das Gebäude tatsächlich selbst in Nutzung haben. Ein Widerspruch wird hier nur auf ausdrücklichen Antrag des Grundstückseigentümers eingetragen, er wird dann bereits nach drei Monaten gegenstandslos, § 11 Abs. 5 S. 3, 4 GGV.

VI Eintragungen im Grundstücksgrundbuch

Nach der Systematik des Gesetzes genügt für die Verkehrsfähigkeit des Gebäudeeigentums nicht allein die Anlegung eines Grundbuchblattes. Das Bestehen selbständigen Gebäudeeigentums muß auch aus dem Grundbuch des Grundstücks hervorgehen⁸⁷. Das Gesetz orientiert sich hier an den Regeln des Erbbaurechts⁸⁸. Nach Art. 233 § 4 Abs. 1 S. 3, Art. 233 § 2 b Abs. 5, § 2 c Abs. 3 EGBGB ist Gebäudeeigentum schließlich nur dann veräußerbar oder belastbar, wenn ein Nutzungsrecht oder ein entsprechender Vermerk im Grundbuch des Grundstücks eingetragen ist. Neben die Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern muß

daher auch die Eintragung eines entsprechenden Vermerks oder des Nutzungsrechts im Grundbuch verfahrensrechtlich geregelt werden⁸⁹. Etwas unbestimmt wird dies bereits in Art. 233 § 2 c Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB vorgeschrieben. Unter den einzelnen hier behandelten Arten des Gebäudeeigentums ist dabei zu unterscheiden, ob nach dem bisher geltenden Recht bereits entsprechende Eintragungen zu erfolgen hatten oder nicht, vgl. ausführlich dazu oben Abschnitt II 1. In den Fällen verliehener Nutzungsrechte nach § 286 Abs. 1 Nr. 1 ZGB, §§ 2, 4 NutzRG an private Bürger wurde das Nutzungsrecht, wenn auch nur deklaratorisch, in das Grundbuch des Grundstücks wie eine Belastung eingetragen, § 4 Abs. 3 NutzRG⁹⁰. Gleiches galt für die Verleihung von Nutzungsrechten an Arbeiterwohnbaugenossenschaften, § 7 AWGVO⁹¹. Bei Nutzungsrechten, die von einer Genossenschaft nach § 286 Abs. 1 Nr. 2 ZGB in Verbindung mit der BereitVO⁹² den einzelnen Genossenschaftsmitgliedern zugewiesen worden sind, wurde lediglich gemäß Anlage 12 Nr. 3 Abs. 2 COLIDO-Anweisung im Bestandsverzeichnis ein auf das angelegte Gebäudegrundbuchblatt hinweisender Vermerk angebracht⁹³. Bei Gebäudeeigentum nach § 27 LPG-G oder § 459 ZGB erfolgte in der Regel keinerlei Kenntlichmachung im Grundstücksgrundbuch obwohl für letzteres Nr. 9 Abs. 3 lit. a) der COLIDO-Anweisung einen Vermerk in der ersten (!) Abteilung des Grundbuchs vorsah⁹⁴. Schließlich sind hier noch fehlgeschlagene oder nicht vollendete Verkaufsfälle über volkseigene Gebäude nach dem VerkaufG vom 7. 3. 1990 zu nennen, bei denen die Verleihung eines Nutzungsrechts ausblieb oder dieses nicht mehr ins Grundbuch eingetragen werden konnte, vgl. dazu oben Abschnitt I 2., III⁹⁵. Die nun zu erfolgenden Eintragungen im Grundbuch des betroffenen Grundstücks regeln §§ 5, 6 GGV, sie unterscheiden, je nachdem ob bereits eine Eintragung oder Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes erfolgt ist oder nicht⁹⁶.

⁸⁷ Ansonsten gälte nach dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs das Gebäude als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, und das Gebäudeeigentum könnte durch gutgläubigen Erwerb erlöschen; nach allgemeiner Ansicht umfaßt in den Fällen des Übergangsrechts der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch die Frage der Bestandteileigenschaft eines Gebäudes nach § 94 BGB, ausführlich *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 567 ff; MünchKomm/v. *Oefele*, Zivilrecht, Fn. 5, Rdnr. 318 ff; in der Systematik des Art. 233 § 4 EGBGB wurde von dem Nutzungsrecht als „Belastung“ des Grundbuchs ausgegangen, insofern ist das kuriose Ergebnis gerechtfertigt, daß entgegen dem allgemeinen Sachenrecht der öffentliche Glaube des Grundbuchs die Bestandteileigenschaft des Gebäudes ergreifen kann und durch Art. 231 § 5, Art. 233 § 4 Abs. 1 EGBGB hiervon Ausnahmen zu machen sind, allgemein *Palandt/Bassenge*, BGB, Fn. 7, § 892 Rdnr. 13.

⁸⁸ Dessen wesentlicher Unterschied zum Nutzungsrecht besteht aber darin, daß das Erbbaurecht erst mit Eintragung im Grundbuch des belasteten Grundstücks entsteht, die Eintragung des Nutzungsrechts aber nur deklaratorischen Charakter hatte.

⁸⁹ Begr., Fn. 52, S. 18 ff.

⁹⁰ Die Eintragung erfolgte auf Ersuchen des Rates des Kreises, der Bürger hatte kein eigenes Antragsrecht; die Eintragung war ferner geregelt in Nr. 12 Abs. 2 lit. a), Nr. 57 Abs. 3 der COLIDO-Anweisung, Fn. 49.

⁹¹ Fn. 9.

⁹² Fn. 11.

⁹³ Vgl. auch Fn. 49.

⁹⁴ Vgl. auch § 8 der SicherungsVO Fn. 20.

⁹⁵ Fn. 28, 29, 59, 60.

⁹⁶ Zum ganzen Begr., Fn. 52, S. 18, 19.

^{85a} Daß gerade hier auf § 29 GBO Bezug genommen wird, verwundert angesichts der sonst eher großzügigen Nachweispflicht in der GGV. Wie es dem Gebäudenutzer oder dem Grundstückseigentümer möglich sein soll, eine Klageerhebung durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, darf abgewartet werden.

⁸⁶ Begr., Fn. 52, S. 35.

1. Eintragung des dinglichen Nutzungsrechts

§ 5 Abs. 1 GGV regelt die Eintragung des dinglichen Nutzungsrechts in den Fällen des Art. 233 § 4 EGBGB. Das Nutzungsrecht ist mit seinem Inhalt aus Art. 233 § 3 EGBGB in der zweiten Abteilung des Grundbuchs einzutragen. Soweit das Gebäudegrundbuch noch nicht angelegt war, haben die Eintragungen gleichzeitig zu erfolgen⁹⁷. Ist das Gebäudegrundbuch bereits vorhanden, fehlt aber die entsprechende Eintragung des Nutzungsrechts im Grundstücksgrundbuch, soll diese nach § 5 Abs. 1 S. 2 GGV bei der nächsten anstehenden Eintragung im Gebäude- oder Grundstücksgrundbuch — soweit das Grundbuchamt Kenntnis von dem Nutzungsrecht hat — von Amts wegen nachgeholt werden. Bei Eintragungen in Grundbücher hat das Grundbuchamt aber keine Pflicht zur Ermittlung, ob Nutzungsrechte bestehen. § 5 Abs. 1 GGV soll zwar eine zügige Eintragung der notwendigen Nutzungsrechte ermöglichen, diese soll aber im laufenden Eintragungsverfahren ohne großen Aufwand erfolgen⁹⁸.

Die Fassung der Eintragung regelt § 5 Abs. 2 GGV. Die Eintragung erfolgt in der Hauptspalte der Abteilung II als „Dingliches Nutzungsrecht für den jeweiligen Gebäudeeigentümer unter Bezugnahme auf das Gebäudegrundbuchblatt . . .“. Die Eintragung des Nutzungsrecht erfolgt gleichsam als subjektiv dingliches Recht ohne namentliche Nennung der Berechtigten. Bei Veräußerung des Gebäudeeigentums muß diese Eintragung daher nicht berichtigt werden⁹⁹. Parallel dazu wird im Gebäudegrundbuchblatt auch der Grundstückseigentümer nur durch Bezugnahme auf das Grundbuchblatt genannt, vgl. oben Abschnitt IV. Bezieht sich das Nutzungsrecht auf mehrere Grundstücke, ist gem. § 5 Abs. 3 GGV § 48 GBO entsprechend anzuwenden. Bei jedem Nutzungsrecht ist ein entsprechender Mihaftvermerk anzubringen. Schließlich ist auch bei dem Nutzungsrecht gem. § 11 GGV von Amts wegen ein Widerspruch zum Schutz des Grundstückseigentümers einzutragen.

2. Eintragung des Vermerks über Gebäudeeigentum

Beruhet das selbständige Gebäudeeigentum nicht auf einem Nutzungsrecht, wie in den Fällen § 27 LPG-G und § 459 ZGB, kann ein solches nicht eingetragen werden. Das Bestehen von Gebäudeeigentum muß auf andere Weise im Grundbuch des betroffenen Grundstücks verlaubar werden. § 6 GGV verweist grundsätzlich auf § 5 GGV¹⁰⁰. Bei Anlegung des Gebäudegrundbuchblattes ist auch hier von Amts wegen das Bestehen von Gebäudeeigentum im Grundbuch des Grundstücks zu vermerken, § 6 Abs. 1 GGV. Die Eintragung kann hier aber nicht als „Dingliches Nutzungsrecht . . .“ erfolgen. § 6 Abs. 1 S. 2 GGV schreibt daher die neutrale Formulierung „Gebäudeeigentum gemäß . . .“ vor. Daß das Gebäudeeigentum auf mehreren Grundstücken ruht, kann vor allem in Fällen des § 27 LPG-G sehr häufig sein, auch hier sind Mihaftvermerke anzubringen. Im Verhältnis zu anderen Eintragungen im Grundbuch muß diesem Vermerk über Gebäudeeigentum und auch dem dinglichen Nutzungsrecht unabhängig von der Frage, ob sie

als dingliche Rechte materiell rangfähig sind, ein verfahrensrechtlicher Rang nach §§ 17, 45 GBO zugesprochen werden¹⁰¹. Der Rang des Nutzungsrechts hat indes keine Auswirkung auf sein Bestehenbleiben im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks, Art. 233 § 4 Abs. 4 EGBGB, § 25 ErbbauVO¹⁰².

VII Eintragung des Vermerks nach Art. 233 § 2 a, § 2 c Abs. 2 EGBGB

Nach der Systematik des Art. 231 § 5 Abs. 3, § 4 Abs. 2 EGBGB soll eine Sachenrechtsbereinigung oder wenigstens die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes mit entsprechender Eintragung im Grundstücksgrundbuch bis 31. 12. 1996 erfolgen, widrigenfalls das Nutzungsrecht und das selbständige Gebäudeeigentum durch gutgläubigen Erwerb erlöschen könnte, vgl. dazu oben Abschnitt I 3. Bis zur Sachenrechtsbereinigung hat der Gebäudenutzer ein Recht zum Besitz des Grundstücks aus Art. 233 § 2 a Abs. 1 S. 3 EGBGB¹⁰³. Dieses Moratorium ist vor allem für jene Fälle von Bebauung bedeutsam, die ohne solche rechtliche Grundlage erfolgt sind, die das Entstehen von Gebäudeeigentum zur Folge gehabt hätte¹⁰⁴. Das Recht auf Besitz ist zu schützen. Art. 233 § 2 c Abs. 2 EGBGB bestimmt bereits, daß die Ansprüche des Gebäudenutzers aus dem SachenRBERG im Grundbuch des betroffenen Grundstücks vormerkungsfähig zu sichern seien. Die wichtigsten Ansprüche des Nutzers gegen den Grundstückseigentümer sind in §§ 14, 32, 62 SachenRBERG normiert, er hat die Wahl zwischen der Bestellung eines Erbbaurechts für sein Gebäude oder dem Kauf des Grundstücks¹⁰⁵. Bis zu einer Sachenrechtsbereinigung kann der Gebäudenutzer sein Besitzrecht aus Art. 233 § 2 a EGBGB in das Grundbuch des Grundstücks eintragen lassen. Der Vermerk hat die Wirkung einer Vormerkung nach §§ 883 Abs. 2, 885 BGB und schützt die Ansprüche aus dem SachenRBERG; Art. 233 § 2 c Abs. 2 S. 2 EGBGB¹⁰⁶.

Die Eintragung des Vermerks in das Grundbuch regeln verfahrensrechtlich § 4 Abs. 4 GGV und § 7 GGV. Das Besitzrecht nach Art. 233 § 2 a EGBGB ist dem Grundbuchamt

¹⁰¹ Das kann dann von Bedeutung sein, wenn im Falle einer Veräußerung des Grundstücks auch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber beantragt ist. Das Rangverhältnis zwischen Vormerkung und Nutzungsrecht kann wegen relativer Unwirksamkeit aus § 883 Abs. 2 BGB von Bedeutung sein. Im Verhältnis mehrerer Nutzungsrechte untereinander bestimmt § 14 Abs. 2 GGV den Rang nach der Entstehung des einzelnen Rechts gemäß Art. 233 § 9 Abs. 2 EGBGB. Da aber verschiedene Nutzungsrechte stets verschiedene Grundstücksteilflächen betreffen, dürften hier kaum Probleme auftauchen.

¹⁰² Dazu und zur Rechtslage nach § 9 a EGZGV (eingefügt durch Art. 12 RegVVG, Fn. 36) Keller Rpfleger 1994, 194; das ohnehin aus § 10 ErbbauVO fragwürdige Verlangen von Banken auf Rangrücktritt des Nutzungsrechts hinter ihr Grundpfandrecht ist daher unsinnig; das BezG Dresden Rpfleger 1993, 396 hält dies aber mit eher dürftiger Begründung für zulässig.

¹⁰³ Allgemein *Kimme/Thomas*, Offene Vermögensfragen, Fn. 82, Art. 233 § 2 a EGBGB Rdnr. 23 ff.; zuletzt geändert durch Art. 2 § 4 Nr. 2 des SachenRÄndG; Fn. 40.

¹⁰⁴ Hier befindet sich der Nutzer des Gebäudes in einem sachenrechtlich nicht geklärten Raum, vgl. oben Abschnitt I 2., 3., Fn. 41.

¹⁰⁵ Allgemein Fn. 42; BT-Drucks 12/5992, S. 68, 112, 131, 148.

¹⁰⁶ Zur Begründung des Art. 233 § 2 c EGBGB BT-Drucks 12/5553, S. 132.

⁹⁷ Begr. Fn. 52, S. 20.

⁹⁸ Begr., Fn. 52, S. 21.

⁹⁹ Anders beim Erbbaurecht, § 14 Abs. 3 S. 2 ErbbauVO.

¹⁰⁰ Die Eintragung des Vermerks hat dabei „wie eine Belastung“ zu erfolgen, die Begr., Fn. 52, S. 23 ff. sagt dazu eigentlich Selbstverständliches.

gegenüber nachzuweisen. Die Art der Nachweise bestimmt § 4 Abs. 4 GGV dergestalt, daß die dort aufgeführten Unterlagen vom Nutzer fakultativ erbracht werden können. Zunächst wird auf § 4 Abs. 2, 3 GGV verwiesen, das Besitzrecht kann in gleicher Weise wie das Gebäudeeigentum selbst nachgewiesen werden. Nach § 4 Abs. 4 Nr. 2 GGV genügt auch die Vorlage eines Prüfbescheides der staatlichen Bauaufsicht. Bei Bebauung durch volkseigene Betriebe der Gebäudewirtschaft bzw. durch den kreisgeleiteten volkseigenen Betrieb als Hauptauftraggeber ist auch ein Abschlußprotokoll nach § 24 Abs. 6 der Verordnung über die Vorbereitung und Durchführung von Investitionen¹⁰⁷ zulässig. Aus der Genehmigung muß aber stets ersichtlich sein, daß die Bebauung des Grundstücks durch jemand anderen als den Grundstückseigentümer erfolgt ist¹⁰⁸. Für die Fälle nicht erfüllter Kaufverträge über volkseigene Gebäude nach dem VerkaufsG vom 7. 3. 1990 genügt die Vorlage dieses Kaufvertrages, § 4 Abs. 4 Nr. 4 GGV, dieser muß vor 22. 7. 1992, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des 2. VermRÄndG abgeschlossen worden sein. Schließlich kann die Eintragung des Vermerks auch durch gerichtliche Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Verfügung nach §§ 935, 938 Abs. 2, 941 ZPO¹⁰⁹ erfolgen oder auf Bewilligung des Grundstückseigentümers, § 4 Abs. 4 Nrn. 5, 6 GGV, § 19 GBO. Allgemein werden an die Nachweise aus § 4 Abs. 4 GGV keine großen Anforderungen gestellt, Sinn der Regelung ist eine möglichst unkomplizierte Eintragung zum Schutz des Gebäudenutzers. Bei Vorlage der Genehmigungen sollte aber § 29 Abs. 3 GBO beachtet werden¹¹⁰, die Vorlage eines Kaufvertrages kann in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift erfolgen¹¹¹, die gerichtliche Entscheidung ist in vollstreckbarer Ausfertigung vorzulegen¹¹², für die Bewilligung des Grundstückseigentümers gilt § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

Die Form der Eintragung regelt § 7 GGV. Durch Art. 233 § 2 c Abs. 2 S. 1 EGBGB ist bereits festgelegt, daß die Eintragung in der zweiten Abteilung des Grundstücksgrundbuchs zu erfolgen hat. Die Eintragung ist hier in der Hauptspalte zu bewirken mit dem Wortlaut „Recht zum Besitz gemäß Art. 233 § 2 a EGBGB . . .“. Der Berechtigte ist gem. § 15 GBVerf anzugeben. Bei der Angabe des Umfangs und Inhalts des Rechtes zum Besitz kann gem. § 44 Abs. 2

¹⁰⁷ Vom 30. 11. 1988 (GBl. I Nr. 26 S. 287); volkseigene Betriebe der Gebäudewirtschaft waren selbst nicht Träger der Investition und Bauherrn; sie waren Investitionsauftraggeber nach § 3 der Verordnung über die Vorbereitung von Investitionen vom 23. 5. 1985 (GBl. I Nr. 17 S. 197), nach § 15 dieser Verordnung erfolgte die Durchführung der Investition durch den Hauptauftraggeber (HAG), in dessen Rechtsträgerschaft auch das Grundstück stand, nach Vollendung der Investition wurde das Grundstück in die Rechtsträgerschaft der Gebäudewirtschaft übertragen; dazu auch die Verordnung über die Vorbereitung von Investitionen vom 10.12.1985 (GBl. I Nr. 35 S. 393).

¹⁰⁸ Begr., Fn. 52, S. 17.

¹⁰⁹ Diese Eintragung durch einstweilige Verfügung ist dann Zwangsvollstreckungsmaßnahme; in der Entscheidung muß die Eintragung angeordnet werden, § 929 Abs. 2 ZPO ist zu beachten; allgemein *Deimann RpfStud* 1993, 77.

¹¹⁰ Vgl. oben Abschnitt III 2., Fn. 66.

¹¹¹ Der Kaufvertrag selbst bedurfte notarieller Beurkundung, §§ 297 Abs. 1 S. 2, 67 ZGB.

¹¹² *Meikel/Böttcher*, GBO, 7. Aufl. München 1988, § 25 Rdnr. 17; *Deimann RpfStud* 1993, 77; gegebenenfalls mit Vollstreckungsklausel, §§ 936, 929 Abs. 1 ZPO.

GBO auf die Eintragungsunterlagen Bezug genommen werden. Betrifft das Recht mehrere Grundstücke oder Teile hiervon, ist in gleicher Weise wie bei Eintragung des dinglichen Nutzungsrechts zu verfahren, § 7 Abs. 2 S. 3 GGV¹¹³. Obwohl der Vermerk kein dingliches Recht am Grundstück darstellt, ist ihm doch Vormerkungswirkung entsprechend § 883 Abs. 2 BGB beigelegt, Art. 233 § 2 c Abs. 2 S. 2 EGBGB. Er ist damit im Verhältnis zu anderen Eintragungen auch rangfähig im verfahrensrechtlichen Sinne, §§ 17, 45 GBO¹¹⁴.

VIII Gebäudeeigentum auf Teilflächen von Grundstücken

In den Fällen verliehener Nutzungsrechte wurden diese sehr häufig nicht an je einem Grundstück verliehen. Auf sehr großen volkseigenen Grundstücken wurde eine Vielzahl von Nutzungsrechten für verschiedene Berechtigte verliehen, jeweils begrenzt auf die Gebäudefläche oder eine Größe von ca. 500 m², diese Tatsache wurde bereits in Art. 233 § 4 Abs. 3 S. 3 EGBGB berücksichtigt. So können nun mehrere Nutzungsrechte an einem Grundstück im Rechtssinne lasten. Noch mehr hat man in Fällen des § 27 LPG-G nicht auf Grundstücksgrenzen geachtet, sondern die Gebäude entsprechend der räumlichen Lage und Zweckmäßigkeit errichtet. Es muß daher auch geregelt werden, wie Gebäudeeigentum und Nutzungsrecht im Grundbuch eingetragen werden können, wenn sie nur eine Teilfläche eines oder mehrerer Grundstücke betreffen¹¹⁵.

§ 9 GGV regelt hierbei die Buchung, wenn die Teilfläche im Grundbuch bereits bestimmt ist, also zum Beispiel ein eigenes Flurstück darstellt. In diesem Fall ist bei der Eintragung des Gebäudeeigentums und der Eintragung des Nutzungsrechts diese Teilfläche, das Flurstück nach seiner grundbuchmäßigen Bezeichnung, entsprechend dem amtlichen Verzeichnis nach § 2 Abs. 2 GBO zu bezeichnen. Lastet das Gebäudeeigentum sowohl an einem Grundstück als auch an einer Teilfläche des angrenzenden Grundstücks, sind alle betroffenen Grundstücke nach § 9 Abs. 2 GGV anzugeben. Ist der betroffene Grundstücksteil jedoch als reale Teilfläche nicht bestimmt, müßte vor einer Eintragung streng genommen eine Vermessung und Teilung des Grundstücks erfolgen¹¹⁶. § 10 GGV regelt in diesen Fällen die Eintragung des Gebäudeeigentums und des Nutzungsrechts ohne Teilung des Grundstücks. Der Nutzer hat hier den Umfang seines Gebäudeeigentums dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen. Nach § 10 Abs. 1 GGV kann als Nachweis der Teilfläche anerkannt werden eine Karte über eine erfolgte Vermessung des Grundstücks, auch möglich ist die Vorlage eines Sonderungsplans mit entsprechender Karte nach dem Verfahren der Bodensonderung nach §§ 7, 8 Abs. 2, 9 BoSoG¹¹⁷. Diese Nachweise werden häufig nicht ohne erheblichen Aufwand zu erbringen sein, § 10 Abs. 2

¹¹³ Allgemein Begr., Fn. 52, S. 26.

¹¹⁴ Für die Vormerkung *Meikel/Böttcher*, GBO, Fn. 112, § 45 Rdnr. 18.

¹¹⁵ Begr., Fn. 52, S. 29 unten.

¹¹⁶ Aus der Notwendigkeit der Dokumentation von Gebäudeeigentum heraus muß aber auch hier eine Eintragung in das Grundbuch erfolgen können, Begr., Fn. 52, S. 31.

¹¹⁷ Gesetz über die Sonderung unvermessener und überbauter Grundstücke nach der Karte, als Art. 14 des RegVGB bekanntgemacht, Fn. 36.

GGV sieht daher erleichterte Nachweise vor. Der Gebäudeeigentümer muß hierbei versichern, daß keine Unterlagen nach § 10 Abs. 1 GGV zu erbringen sind. In diesem Fall kann ein Nachweis der betroffenen Teilfläche auch durch andere amtliche Unterlagen erfolgen, zum Beispiel durch Vorlage einer Vermessung durch einen amtlich bestellten Vermesser oder durch amtlich genehmigte Baupläne oder Baugenehmigungen. Aus ihnen muß aber das betroffene Grundstück in seiner grundbuchmäßigen Bezeichnung hervorgehen und die Teilfläche bestimmbar sein. Die Nachweise bedürfen nicht der Form des § 29 GBO. Mit dem sonst strengen Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchsrechts läßt sich diese gesamte Vorschrift wenig vereinbaren, sie stellt insofern auch eine Ausnahme zu § 7 Abs. 1 GBO dar. Ziel ist aber eine möglichst rasche und unkomplizierte Eintragung von Gebäudeeigentum und Nutzungsrecht und dessen Verkehrsfähigkeit¹¹⁸.

IX Heilung fehlgeschlagener Komplettierungsfälle

1. Zusammenführung von Gebäude und Grundstück

Eine besondere Problematik bergen die sogenannten Komplettierungsfälle in sich. Durch § 4 Abs. 2 S. 3 VerkaufsG wurde den Berechtigten verliehener Nutzungsrechte, also den betreffenden Gebäudeeigentümern, ermöglicht, das volkseigene Grundstück, auf welchem ihr Eigenheim stand, käuflich zu erwerben. Verkäufer war die jeweilige Kommune als Rechtsträger des volkseigenen Grundstücks, § 5 Abs. 1 DVO-VerkaufsG¹¹⁹. Das Recht der Kommune zur Veräußerung der Grundstücke ergab sich später aus § 6 Abs. 1 lit. a) VZOG (jetzt § 8 VZOG)¹²⁰. Damit konnten die Bürger Eigentümer sowohl des Gebäudes als auch des Grundstücks werden. Wie diese rechtlich miteinander verbunden werden konnten, so daß letztlich wieder der Grundsatz des § 94 BGB galt, das Gebäude also wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wurde, war aber heftig umstritten. Vor allem in der notariellen und grundbuchlichen Praxis wurde eine Vielzahl von Modellen der Zusammenführung mit zum Teil kuriosen Konstruktionen praktiziert¹²¹. Eine eher abwegige Ansicht bestimmte hierbei für das Gebäudeeigentum im Falle des Zusammentreffens mit dem Eigentum am Grundstück eine Konsolidation¹²², allgemein wurde aber in Anlehnung an das Eigentümererbaurecht ein getrenntes Fortbestehen von Gebäude und Grundstück bejaht¹²³. Hier wäre sodann an eine Vereinigung von Grundstück und Gebäude zu denken, was allerdings wegen der Besorgnis der Verwirrung aus § 5 GBO gleiche Eigentumsverhältnisse und gleiche Belastungen voraussetzt¹²⁴. Das ehemals volkseigene Grundstück war abgesehen vom dinglichen Nutzungsrecht unbelastet, das

Gebäude war in aller Regel mit Aufbauhypotheken belastet. Als zweckmäßigste Möglichkeit einer Zusammenführung hat sich jedoch erwiesen, zunächst das Grundstück dem Gebäudeeigentum gem. § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO als Bestandteil zuzuschreiben¹²⁵, als Folge dessen erstrecken sich sodann nach allgemeiner Ansicht die Belastungen und dabei insbesondere die Aufbauhypotheken des Gebäudes gem. § 1131 BGB auf das Grundstück¹²⁶. Das dingliche Nutzungsrecht kann dann gemäß Art. 233 § 4 Abs. 5 EGBGB, § 875 BGB¹²⁷ aufgehoben werden. Mit der Aufhebung geht das selbständige Gebäudeeigentum unter, das Gebäude wird wieder wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, Art. 233 § 4 Abs. 5 S. 3 EGBGB¹²⁸. Der Aufhebung müßten die am Gebäude dinglich Berechtigten zustimmen, § 876 S. 1 BGB, dies ist aber dann nicht notwendig, wenn sie das gleiche Recht im gleichen Rang am Grundstück innehaben¹²⁹. Dieses komplizierte, aber trotz der Schwäche des § 1131 BGB durchaus brauchbare Modell einer Zusammenführung hat sich in der Rechtspraxis erst spät durchgesetzt. In den entsprechenden Kaufverträgen über das Grundstück wurde oft eine Vereinigung von Gebäude und Grundstück beantragt, oder das Gebäude sollte dem Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden; auch die Aufhebung und Löschung des Nutzungsrechts wurde oft außer Acht gelassen. Für die Beteiligten, Notar und Grundbuchamt war dabei das aus dem Grundbuch ersichtliche Ergebnis entscheidend: Ein Grundbuchblatt für das Grundstück mit den vormaligen Nutzungsberechtigten als Eigentümern und den Belastungen des Gebäudes in Abteilung III.

2. Heilungsvorschrift des § 12 GGV

Der Anwendungsbereich des § 12 GGV ist weit gefaßt. Er soll in erster Linie die Fälle regeln, bei denen vorhandene Gebäudegrundbücher geschlossen und Nutzungsrechte gelöscht wurden, ohne daß eine Aufgabenerklärung nach Art. 233 § 4 Abs. 5 EGBGB, § 875 BGB abgegeben worden ist, oder in sonstiger Weise eine „Komplettierung“ nicht

¹¹⁸ Begr., Fn. 52, S. 31.

¹¹⁹ S. Fn. 28.

¹²⁰ Dazu *Böhringer* MittBayNot 1991, 189; *ders.* MittBayNot 1994, 18.

¹²¹ Allgemein dazu *Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer*, Grundbuchverfahren, Fn. 5, Rdnr. 160 ff.; *Eickmann*, Grundstücksrecht, Fn. 5, Rdnr. 165; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 326, 613 ff.; eine sehr gute Darstellung der Problematik gibt *Hügel* MittBayNot 1993, 196.

¹²² LG Schwerin MittBayNot 1993, 217 m. abl. Anm. *Albrecht*.

¹²³ *Moser-Meridian/Flik/Schmidtbauer*, Grundbuchverfahren, Fn. 5, Rdnr. 163; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 619.

¹²⁴ Eine Vereinigung von Gebäude und Grundstück wird allgemein für zulässig erachtet, *Hügel* MittBayNot 1993, 196, Abschn. 1 3.; in Anlehnung an das Erbbaurecht ist diese Ansicht aber sehr fragwürdig, *Meikel/Böttcher*, GBO, Fn. 112, § 5 Rdnr. 14; *Böttcher* RpfLStud 1989, 1; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 624.

¹²⁵ Dies ist auch beim Erbbaurecht zulässig, *Meikel/Böttcher*, GBO, Fn. 112, § 6 Rdnr. 14 m. w. N.; *Palandt/Bassenge*, BGB, Fn. 7, § 11 ErbbauVO Rdnr. 5.

¹²⁶ *Hügel* MittBayNot 1993, 196; *Böhringer*, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 786; die Wirkung des § 1131 BGB in Bezug auf Aufbauhypotheken wird fast in der gesamten Literatur ohne nähere Begründung bejaht, dies ist aber doch fraglich; nach Art. 233 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB bleiben beschränkte dingliche Rechte, also auch Aufbauhypotheken mit dem sich aus dem bisherigen Recht ergebenden Inhalt bestehen. Es gilt für sie also weiterhin das ZGB (§§ 452 ff.). Art. 233 § 6 EGBGB bestimmt lediglich Sonderregelungen für die Übertragung von Hypothekenforderungen. Zu einer Anwendung des § 1131 BGB sagt das Gesetz nichts aus, sie ist aus Art. 233 § 6 EGBGB auch nicht herleitbar. Weshalb nun allgemein § 1131 BGB hier angewendet wird, obwohl weder das Recht des ZGB noch das Übergangsrecht ihn explizit für anwendbar erklären, ist fraglich.

¹²⁷ Eingefügt und geändert durch das 2. VermRÄndG, Fn. 33.

¹²⁸ *Palandt/Bassenge*, BGB, Fn. 7, Art. 233 § 4 EGBGB Rdnr. 9.

¹²⁹ BayObLG Rpfleger 1987, 156; *Palandt/Bassenge*, BGB, Fn. 7, § 876 Rdnr. 3.

ordnungsgemäß durchgeführt worden ist¹³⁰. Zunächst bestimmt § 12 Abs. 1 GGV das an sich selbstverständliche Verfahren bei Aufhebung des Gebäudeeigentums. Das eingetragene Nutzungsrecht im Grundstücksgrundbuch ist zu löschen, ein Gebäudegrundbuchblatt ist zu schließen, hierbei findet § 36 GBVerf Anwendung. Soweit in Fällen zum Beispiel des § 27 LPG-G kein Gebäudegrundbuchblatt angelegt worden ist, genügt für die Aufhebung die notariell beurkundete Erklärung, die beim Grundbuchamt einzureichen ist, Art. 233 § 4 Abs. 5 S. 2, Art. 233 § 2 b Abs. 4 S. 1 EGBGB. Wurde die Löschung des Nutzungsrechts und die damit verbundene Schließung des Gebäudegrundbuchs von den Beteiligten zwar bewilligt und beantragt, jedoch vom Grundbuchamt nicht vollzogen, ist dies bei der nächsten Eintragung gem. § 12 Abs. 2 S. 1 GGV nachzuholen. § 12 Abs. 2 S. 2 GGV betrifft eine in der Praxis der Grundbuchämter sehr häufig praktizierte Verfahrensweise. Bei der Zusammenführung wurde das Grundstück vom bisherigen Grundbuchblatt, auf welchem es mit einer Vielzahl anderer volkseigener Grundstücke gebucht war, auf das Gebäudegrundbuchblatt übertragen, hier wurde sodann die Eintragung über Gebäudeeigentum gerötet, so daß am Ende nur das Grundstück als Rechtsobjekt gebucht sein sollte¹³¹. Das Gebäudegrundbuchblatt wurde als Grundstücksgrundbuchblatt weitergeführt¹³². Diese an sich unsachgemäße Grundbuchführung wird nun durch § 12 Abs. 2 S. 2 GGV geheilt, das als Grundstücksgrundbuchblatt fortgeführte Gebäudegrundbuch gilt als Grundbuch im Sinne der GBO und damit auch des BGB.

Schließlich sind jene Fälle zu regeln, bei denen zwar eine Löschung des Nutzungsrechts und Schließung des Gebäudegrundbuchs stattgefunden hat, es jedoch an einer entsprechenden Aufgabeerklärung oder Bewilligung mangelte¹³³. Der Wortlaut des § 12 Abs. 3 GGV geht hier davon aus, daß diese Erklärung dem Grundbuchamt eindeutig vorgelegen haben müsse. Dem ist aber schon deshalb nicht so, weil das Grundbuchamt diese materiellrechtliche Erklärung auf Grund des formellen Konsensprinzips nicht zu prüfen hat¹³⁴. Es hat auch hier lediglich auf Bewilligung des Berechtigten die Löschung vorzunehmen, § 19 GBO.

¹³⁰ Begr., Fn. 52, S. 36, 37.

¹³¹ Diese Verfahrensweise ist auch in der Begründung, Fn. 52, S. 38 trefflich beschrieben; das Gebäudeblatt wurde damit entgegen § 37 Abs. 1 GBVerf einfach als Grundstücksgrundbuch weitergeführt. Ob es sich bei dieser von den Grundbuchämtern einfach praktizierten Art und Weise rechtlich um eine Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung handeln sollte, ist nicht geklärt, jedenfalls kann hierfür weder den Grundbuchämtern noch den Notaren ein Vorwurf gemacht werden. Die lange ungeklärte Rechtslage — Art. 233 § 4 Abs. 5 EGBGB wurde erst durch das 2. VermRAndG eingefügt, Fn. 33 —, unklare Antragstellungen und die Arbeitsüberlastung mögen dies entschuldigen.

¹³² Die rechtliche Frage des Schicksals der Belastungen des Gebäudes, die bei dieser Verfahrensweise ohne weiteres nun am Grundstück lasten, soll hier nicht erörtert werden.

¹³³ In den entsprechenden Verträgen wurde häufig nur die „Schließung des Gebäudegrundbuchs“ oder die „Übertragung des Bestandes auf das Grundstücksgrundbuch“ beantragt; Begr., Fn. 52, S. 39.

¹³⁴ Dazu Meikel/Böttcher, GBO, Fn. 112, Einl. D 5.

Aber auch diese Bewilligungen wurden häufig nicht ausdrücklich abgegeben. Aus den Grundsätzen der Auslegung von Erklärungen, die auch im Grundbuchverfahren gelten¹³⁵, muß jedoch in Formulierungen und Anträgen auf Schließung des Gebäudegrundbuchs oder Übertragung auf das Grundstück auch eine entsprechende Bewilligung auf Löschung des Nutzungsrechts, und damit auch die Aufgabeerklärung, erblickt werden¹³⁶. Kann diese Aufgabeerklärung auch durch Auslegung nicht ermittelt werden, muß materiellrechtlich davon ausgegangen werden, daß trotz einer grundbuchmäßigen Zusammenführung das Gebäudeeigentum weiterhin selbständig besteht, getrennt vom Grundstück. Eine Heilung kann hier nur durch nachträgliche Abgabe der Erklärungen erfolgen¹³⁷. § 12 Abs. 3 GGV bestimmt hierzu, daß das Grundbuchamt bei der nächsten anstehenden Eintragung den Berechtigten unter Aufklärung des Sachverhaltes aufzufordern hat, eine entsprechende Erklärung nachträglich noch abzugeben. Wird diese Erklärung nicht abgegeben, ist es notwendig, das Grundbuch wieder mit der materiellen Rechtslage in Einklang zu bringen, also das Gebäudeeigentum wieder selbständig zu buchen und vom Grundstück zu trennen. Diese Verfahrensweise sollte aber nicht unbedacht angewendet werden, die Beteiligten sind auf jeden Fall darauf hinzuweisen.

X Zusammenfassung

Mit der Vielgestaltigkeit selbständigen Gebäudeeigentums wird der Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern trotz der anstehenden Sachenrechtsbereinigung noch lange Zeit leben müssen. Die GGV soll hier als verfahrensrechtliches Regelwerk eine einheitliche Führung von Gebäudegrundbuchblättern gewährleisten. Erst dadurch wird das Gebäudeeigentum verkehrsfähig werden können. Die Regelungen zur Anlegung bisher nicht gebuchten Gebäudeeigentums orientieren sich an den Bedürfnissen der Praxis und an dem praktischen Problem schwer nachweisbarer Rechtsverhältnisse aus der ehemaligen DDR: Daher werden an die Nachweise zu einer Anlegung von Grundbüchern für Gebäudeeigentum eher geringe Anforderungen gestellt. § 29 GBO scheint zunehmend an Bedeutung zu verlieren, ein alarmierendes Zeichen. Ein völlig neues und schwer verständliches Instrument der Sicherung des Grundstückseigentümers wird durch die Widerspruchslösung geschaffen. Sie wird in der notariellen und grundbuchlichen Praxis eher auf Verwunderung stoßen, Verwunderung darüber, was denn damit letztlich bezweckt werden soll. Von besonderer Bedeutung für die Rechtspraxis wird die Eintragung des Vermerks zur Sicherung der Rechte aus der Sachenrechtsbereinigung sein. Ob dagegen die Vorschriften zur Heilung fehlgeschlagener Komplettierungsfälle die hier in der Praxis anzutreffenden Unsicherheiten auszuräumen vermögen, mag bezweifelt werden. So scheint die GGV ihrem Gewande nach eine einfache Verordnung zur Regelung des Verfahrensrechts zu sein, sie enthält jedoch auch Vorschriften von großer Bedeutung für das Gebäudeeigentum und sein materielles Fortbestehen.

¹³⁵ Meikel/Böhringer, GBO, Fn. 112, G 9 ff, G 28 ff.

¹³⁶ Böhringer, Besonderheiten, Fn. 5, Rdnr. 619.

¹³⁷ Begr., Fn. 52, S. 40.

Keine Angst vor der neuen Bauordnung!

Von Ministerialrat Henning Jäde, München

*Grziwotz*¹ verdienstvoll breit angelegte Einführung in die neue Bayerische Bauordnung (BayBO) macht indessen zugleich — was den mit der Diskussion um dieses Gesetzeswerk Vertrauten nicht überrascht — zum wiederholten Male deutlich, in welchem Maße dieses neue Bauordnungsrecht zum Umdenken herausfordert und daß sein Vollzug ohne ein solches Umdenken nicht sinnvoll möglich ist. Mißverstanden wäre die Novelle jedenfalls dann, wenn man sie für ein Produkt des schieren Populismus hielte. Ohne daß an dieser Stelle nochmals auf die Grundfragen bauordnungsrechtlicher Strukturen eingegangen werden soll², sind gleichwohl einige Fragen eine andere Akzentuierung wert, als sie *Grziwotz* vorgenommen hat.

1. Baugenehmigung und Genehmigungsfreistellung

a) Die legendäre Grenzgarage

Gleich dem Ungeheuer von Loch Ness taucht in jeder Flaute der Diskussion über die neue Bauordnung jene Grenzgarage auf, die angeblich genehmigungsfrei mit einer Firsthöhe bis zu 18 m errichtet werden darf. Wie seriös die in diesem Zusammenhang gegen den Gesetzgeber erhobenen Vorwürfe sind, sollte nüchterner als bisher geprüft werden.

Bis 1982 wurde die zulässige Höhenentwicklung von Grenzgaragen nach der *Firsthöhe* bemessen (Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO 1962). Dieses Kriterium blieb nur solange praktikabel wie übliche Grenzgaragenform die Flachdachgarage war. Mit Aufkommen der Satteldachgarage als vielfach auch gestalterisch erwünschter Variante erwies sich die Firsthöhe als untauglicher Anknüpfungspunkt, weil jedenfalls bei steileren Dächern — etwa in Franken — so funktionsfähige Garagen nicht mehr errichtet werden konnten. Deshalb wechselte der Gesetzgeber 1982 zur *Traufhöhe* als Kriterium der zulässigen Höhenentwicklung der Grenzgaragen (Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO 1982), wobei gleichzeitig die zulässige Höhe im Ergebnis dadurch drastisch erhöht wurde, daß es bei 2,75 m nunmehr Trauf- statt Firsthöhe im Mittel als Obergrenze blieb. In der Praxis erwies sich indessen die Traufhöhe deshalb als problematischer Maßstab, weil — bei giebelständiger Bauweise zur Nachbargrenze — der Bauherr die Höhenentwicklung der Garage in einer rechtlich jedenfalls schwer faßbaren Weise steuern (um nicht zu sagen: manipulieren) konnte, indem er einen mehr oder minder großen Dachüberstand vorsah, der zu einer entsprechend tiefergelegenen Traufe heruntergezogen werden konnte. Deshalb ist die BayBO 1994 insoweit von der Trauf- auf den aus dem allgemeinen Abstandsflächenrecht bewährten Anknüpfungspunkt der *Wandhöhe* für die zulässige Höhenentwicklung von Grenzgaragen übergegangen, bei der zugleich die durchschnittliche Höhendifferenz von ca. 25 cm zwischen Trauf- und Wandhöhe

durch die Zulassung einer Wandhöhe von 3 m (statt bisher Traufhöhe 2,75 m) im Mittel ausgeglichen werden mußte (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 1 BayBO 1994). Die (im einzelnen viel Kopfzerbrechen und Rechtsunsicherheit bereitende) Anrechnung des Garagen-Dachraums wurde daneben beseitigt und der Gefahr, daß dadurch die Grenzgaragen „in der Fläche“ außer Kontrolle gerieten, durch die Neueinführung der Längenbegrenzung auf 8 m — entsprechend der Musterbauordnung (MBO) — gesteuert. Insgesamt steht der Nachbar damit besser als zuvor.

Der Übergang von der Trauf- auf die Wandhöhe als Maßstab für die zulässige Höhenentwicklung von Grenzgaragen hat — andererseits — unvermeidlich die Frage aus dem allgemeinen in das Grenzgaragen-Abstandsflächenrecht transportiert, ob und wie Dächer — namentlich traufseitige Dachflächen — auf die Wandhöhe anzurechnen seien. Seit 1982 werden in Bayern — entsprechend dem System der MBO (und ebenso wie — soweit ersichtlich — auch in allen anderen Ländern anstelle der früheren Grenzabstände und Bauwiche) die Abstandsflächen grundsätzlich nach der Wandhöhe bemessen (Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 BayBO 1982/1994). Nach Art. 6 Abs. 3 Satz 4 BayBO 1982 wurde zu dieser Wandhöhe (nur) die Höhe von Dächern mit einer Neigung von mehr als 45° zu einem Drittel hinzugerechnet. Dies hätte — genau genommen — dazu geführt, daß abstandsflächenrechtlich bis zu einer Dachneigung von 89° 59' 59" ein nur zu einem Drittel anzurechnendes Dach vorgelegen hätte, obwohl offenkundig eine gewissermaßen wandgleiche Beeinträchtigung des traufseitigen Nachbarn wesentlich früher einsetzt. Deshalb hat der Gesetzgeber — eine in der Vollzugspraxis herausgebildete Übung aufnehmend — nunmehr vorgeschrieben, daß bei einer Dachneigung von mehr als 75° die Dachhöhe voll anzurechnen ist (Art. 6 Abs. 3 Satz 4 BayBO 1994).

Solche Anrechnungsfragen stellten sich im Rahmen des Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO 1982 nicht, weil es für die Traufhöhe evidentermaßen gleichgültig war, welche Entwicklung oberhalb der Traufe das Dach nahm. Der Übergang zur Wandhöhe als Kriterium machte demgegenüber zunächst erforderlich sicherzustellen, daß auch hier ein steiler als 75° ausgebildetes Dach als Wand anzusehen ist (Art. 7 Abs. 1 Halbs. 2 BayBO 1994). Denn andernfalls hätte der — im übrigen in den Senatsberatungen des ursprünglichen Gesetzentwurfs der Staatsregierung mit Recht kritisch beleuchtete — Umkehrschluß nahegelegen, anders als bei anderen Gebäuden sei bei Grenzgaragen nach Art. 7 Abs. 4 BayBO 1994 ein Dach bis einschließlich einer Neigung von 89° 59' 59" ein (überhaupt nicht anzurechnendes!) Dach und keine Wand. Bestenfalls nicht nachvollziehbar ist es deshalb, bei Grenzgaragen von einer „Scheinzulässigkeit“ einer Firsthöhe von 18 m zu sprechen³ — während mit Recht (auch im Zusammenhang mit dem Genehmigungs-freistellungsverfahren nach Art. 70 BayBO 1994) bei anderen Gebäuden niemand davon spricht. Mit Recht eben deshalb, weil auch das genehmigungsfreie Vorhaben sich an

¹ *Grziwotz*, Das neue Bayerische Baurecht. Regelungsschwerpunkte und Auswirkungen auf die notarielle Praxis, MittBay-Not 1994, 185.

² Dazu eingehend *Jäde*, Strukturprobleme des Bauordnungsrechts, UPR 1994, 201.

³ So aber *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 187 im Anschluß an *Busse*, Die neue BayBO, Art. 7 Rdnr. 7.

die einschlägigen materiell-rechtlichen Anforderungen zu halten hat (Art. 69 Abs. 6), also etwa an das Verunstaltungsverbot des Art. 11 BayBO 1994 und an das Einfügungsgebot des § 34 Abs. 1 BauGB einschließlich des darin enthaltenen Geböts der (nachbarlichen) Rücksichtnahme⁴.

Der insoweit auch im Gesetzgebungsverfahren mehrfach geäußerte Wunsch, diese Maßstäbe durch Höhenbegrenzungen zu konkretisieren und präzisieren, ist zwar verständlich, indessen nicht erfüllbar: Denn die — vom Gesetzgeber ohne jede Frage dankbar aufgegriffene — positivierungsfähige Formel für die Anrechnung von Dach- und Giebelflächen, die in allen Landesteilen Bayerns paßt, ist bisher jedenfalls nicht gefunden worden⁵.

b) Genehmigungsfreie plankonforme Grenzgarage

Für ein Paradoxon hält es *Grziwotz*, daß — enthalte ein (im Sinne des § 30 Abs. 1 BauGB qualifizierter) Bebauungsplan einer Gemeinde zwar Bauräume für die (Wohn-)Gebäude, nicht indessen für die Garagen — dann zwar das Wohngebäude, nicht aber die dazu gehörige Garage (soweit es sich nicht um eine Grenzgarage nach Art. 7 Abs. 4 BayBO 1994 handelt) genehmigungsfrei errichtet werden könne. Dabei trifft indessen — jedenfalls dann, wenn mittels der Garage die nach Art. 58 BayBO für das Wohngebäude erforderlichen Stellplätze nachgewiesen werden sollen — diese Prämisse schon deshalb nicht zu, weil dann das Vorhaben einschließlich der Garage eine nicht auflösbare Einheit bildet, mit der Folge, daß es insgesamt dem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 80 BayBO 1994 unterworfen ist.

Im übrigen ergibt sich die Notwendigkeit, bei nicht plankonformen Garagen ein Genehmigungs- oder doch genehmigungsartiges Verfahren durchzuführen, letztlich aus Bundesrecht: Nach § 23 Abs. 5 Satz 1 BauNVO können (also: im Wege der Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB) auf den nicht überbaubaren Grundstücksflächen Nebenanlagen oder (nach Satz 2) solche baulichen Anlagen zugelassen werden, die nach Landesrecht in den Abstandsflächen zulässig sind. Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB wird aber u. a. in den Fällen des § 31 Abs. 1 BauGB „im bauaufsichtlichen Verfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden.“ Damit ist in solchen Fällen ein zweistufiges Verfahren kraft Bundesrechts unvermeidlich und kann die Entscheidung über die Zulassung der Abweichung vom Bebauungsplan verfahrenstechnisch nicht in das Genehmigungsverfahren eingebunden werden. Entsprechend ist für nicht plankonforme Grenzgaragen im Sinne des Art. 7 Abs. 4 BayBO 1994, die nach Art. 69 Abs. 1 Nr. 2 BayBO 1994 genehmigungsfrei sind, soweit sie nicht als Bestandteil eines

Gesamtvorhabens ohnehin dem (ggf. vereinfachten) Genehmigungsverfahren unterliegen, ein isoliertes Abweichungsverfahren nach Art. 77 Abs. 3 BayBO 1994 analog durchzuführen.

c) Das Genehmigungsverfahren

Wie auch sonst in der öffentlichen Diskussion nimmt auch bei *Grziwotz* das Genehmigungsverfahren nach Art. 70 BayBO 1994 für Wohngebäude geringer Höhe breiten Raum ein⁶. Dabei hat die bisherige Vollzugspraxis die außerordentlich skeptischen Einschätzungen der quantitativen Bedeutung dieses Verfahrens nicht bestätigt⁷. Daneben sollte nicht übersehen werden, daß das Genehmigungsverfahren ein Pilotprojekt darstellt, mit dem getestet werden soll, in welchem Umfang und auf welche Weise ohne unvertretbare Absenkung der Einhaltung materiell-rechtlicher Anforderungen Verantwortung beim Bauen privatisiert werden kann; unter diesem Blickwinkel kommt es auf den quantitativen Effekt dieser Verfahrensvariante nicht ausschlaggebend an. Endlich muß das Genehmigungsverfahren zusammen mit dem vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 80 BayBO 1994 gesehen werden, das für nicht plankonforme einfache Bauvorhaben zu geradezu frapperenden Entlastungs- und Beschleunigungseffekten führt⁸ und — leider auch von *Grziwotz*⁹ — allgemein allzu stiefmütterlich behandelt wird.

Fraglos wirft — und das ist bei einem solch neuen Verfahren ganz unvermeidlich und auch durch gesetzestechnischen Perfektionismus nicht vermeidbar — das Genehmigungsverfahren eine Reihe von Rechtsfragen auf, die sich allerdings auch ohne normativen Aufwand praktikabel lösen lassen:

Aufmerksamkeit verdienen zunächst *Grziwotz*' Überlegungen, was zu tun sei, wenn der *Bauherr ein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Baugenehmigung* habe¹⁰. Denn damit wird — schon im Ansatz — verfehlt, was der Gesetzgeber mit Art. 70 BayBO 1994 bewirken wollte: nämlich nicht Verfahrenserleichterung bei gleichbleibendem Verfahrenskomfort für den Bauherrn, sondern weniger staatliche Kontrolle und Rundumbetreuung, statt dessen mehr eigene Verantwortung des Bauherrn (und damit natürlich auch: mehr Risiko). Wenn — wie stets — ein berechtigtes nur ein rechtlich geschütztes Interesse sein kann, so gibt es im Rahmen des Art. 70 BayBO 1994 — des Genehmigungsverfahrens — ein solches berechtigtes Interesse nicht und auch keinen Verbraucherschutz¹¹. Deshalb hat der Gesetzgeber bewußt

⁶ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 188 ff.

⁷ So fallen in den stark ländlich strukturierten (und infolge dessen wenig qualifiziert überplanten) Landkreisen *Dachau* etwa 5% und *Kulmbach* 10% der Vorhaben in das Genehmigungsverfahren, in der Stadt *Neustadt b. Coburg* 17,5%.

⁸ Im Landkreis *Kronach* werden 81,5% der Bauvorhaben im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 80 BayBO behandelt; die durchschnittliche Verfahrensdauer ist dadurch von sechs auf drei Wochen verkürzt, also halbiert worden.

⁹ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 190: mit ganzen 10 1/2 Druckzeilen.

¹⁰ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 189.

¹¹ Im übrigen übersieht dieses Argument, daß Baumängel weitaus weniger auf Planungs- als auf Ausführungsfehlern beruhen. Entsprechendes gilt für das planabweichende Bauen, das auch durch präventive Genehmigungsverfahren nicht verhindert wird.

⁴ Nicht vertieft werden kann hier die (umstrittene und problematische) Frage der Anwendbarkeit des materiellen Bauplanungsrechts der §§ 30 ff. BauGB (dazu *Jüde*, in: *Jüde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, Art. 79 Rdnrn. 60 f.).

⁵ *Busse* (o. Fußn. 3), Art. 6 Rdnr. 9 beschränkt sich insoweit darauf, seinem Unverständnis darüber Ausdruck zu geben, daß eine solche Höhenbegrenzung unterblieben sei, *Simon*, Die neue Bayerische Bauordnung in der Praxis, BayVBl. 1994, 332/339 auf die — unbelegte — These, eine Anrechnung entsprechend derjenigen bei anderen Gebäuden sei möglich, weil andernfalls ohnehin überhöhte Dächer entstünden. Was aber „überhöht“ ist, ist in Franken etwas anderes als in Altbayern. — Im übrigen zeigt die bisherige Praxis, daß die befürchteten Nachbarkonflikte weitestgehend ausgeblieben sind.

— im Gegensatz zur bisherigen¹² Regelung in Baden-Württemberg — auf ein Wahlrecht zugunsten eines Baugenehmigungsverfahrens verzichtet; wer über eine befreiungspflichtige Abweichung vom Bebauungsplan ins vereinfachte Genehmigungsverfahren nach Art. 80 BayBO 1994 flüchtet, wird mit der gegenüber früher verdoppelten Befreiungsgebühr sanktioniert und erhält Rechtssicherheit auch nur innerhalb dessen eingeschränkten Prüfprogramms. An dem Verbraucherschutz-Einwand *Grziwotz* verwundert um so mehr, daß er von einem Notar kommt: Weshalb sollte das Entfallen staatlicher Prüfungen nicht durch eine Verdichtung vertraglicher Garantiepflichten kompensiert werden¹³?

Nicht überschätzt werden sollte ferner die Problematik *nachbarlicher Rechtsbehelfe*¹⁴. Auszugehen ist in diesem Zusammenhang zunächst davon, daß, wer bebauungsplan-konform baut, in aller Regel auch nachbarrechtskonform baut, also nachbarschützende Rechte nicht verletzt. Das gilt auch bezüglich der — herkömmlich neben den Festsetzungen von Bebauungsplänen nachbarrechtlich praktisch bedeutsamen — Abstandsflächen nach Art. 6 Abs. 4 und 5 BayBO, wenn sie aufgrund der neuen Regelung in Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayBO 1994 mit den Festsetzungen des Bebauungsplans „harmonisiert“ sind oder die Gemeinde von der Übergangsregelung des Art. 100 Abs. 1 Satz 3 BayBO 1994 Gebrauch gemacht hat¹⁵. Aber auch im übrigen gilt hier, was schon stets für die Problematik des öffentlichen Nachbarrechts gegolten hat: Wer materiell auf der „sicheren Seite“ baut und keine riskante Rechtsfortbildung betreibt, dem kann der böswilligste Nachbar letztlich nichts anhaben.

Daneben ist zu beachten, daß es der Bauherr weitgehend in der Hand hat, die nachbarrechtlichen Risiken durch die — ihm vom Gesetzgeber bewußt überlassene — Ausgestaltung der Nachbarinformation nach Art. 70 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BayBO 1994 zu minimieren. Legt der Bauherr dem Nachbarn die Bauvorlagen wie im normalen Genehmigungsverfahren vor (vgl. Art. 78 Abs. 1 Satz 1 BayBO 1994), so gilt die Unterschrift auch im Genehmigungsverfahren als Zustimmung (Art. 70 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 i. V. m. Art. 78 Abs. 1 Satz 2 BayBO 1994). Unterschreibt der Nachbar nicht, so wird er sich — noch bevor in eine materielle Prüfung überhaupt eingetreten wird — unter dem Aspekt des Rechtsschutzbedürfnisses fragen lassen müssen, weshalb er erst jetzt — Bauen in Übereinstimmung mit den ihm vorgelegten Plänen vorausgesetzt — ein bau-

aufsichtliches Einschreiten gegen das Vorhaben begehrt; insoweit ist Art. 70 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BayBO 1994 eine allgemeine gesetzgeberische Wertung zu entnehmen¹⁶.

Lösbar ist endlich auch die — zugegebenermaßen nicht einfache — Problematik genehmigungsfrei gestellter Vorhaben im Geltungsbereich nur vermeintlich wirksamer, in Wahrheit aber *nichtiger Bebauungspläne*¹⁷. Dazu ist zunächst auf Art. 67 Abs. 2 Satz 2 BayBO 1994 zurückzugreifen, der insoweit einen allgemeinen Rechtsgedanken für den Bereich der BayBO positiviert, nämlich, daß auf die Wirksamkeit eines Bebauungsplans grundsätzlich so lange vertraut werden darf, bis er im Wege der (nicht inzidenten, sondern prinzipalen) verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle für nichtig erklärt worden ist. Scheidet ein bauaufsichtliches Einschreiten gegen ein in Wahrheit formell rechtswidrig errichtetes Vorhaben schon wegen dessen materieller Rechtmäßigkeit trotz nichtigen Bebauungsplans (etwa nach § 34 Abs. 1 BauGB) aus, liegt (materieller) Bestandsschutz vor, den der Bauherr zusätzlich durch die Durchführung eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens nach Art. 80 BayBO 1994 legalisieren kann. Ist das Vorhaben auch materiell rechtswidrig, schließt — mangelnde Bösgläubigkeit des Bauherrn vorausgesetzt — dessen schutzwürdiges Vertrauen auf der Ebene der Ermessensausübung bauaufsichtliche Maßnahmen aus. Entsprechend muß — aufgrund der dem Gesetz zugrundeliegenden Interessenbewertung — dem Bauwerber auch die Fertigstellung eines noch im Bau befindlichen Vorhabens gestattet werden, wenn während der Bauausführung der Bebauungsplan für nichtig erklärt wird. Die Erteilung einer Baugenehmigung kommt in diesen Fällen dann allerdings nicht in Betracht.

d) Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

Nicht gefolgt werden kann *Grziwotz*, wenn er zu Art. 81 BayBO die Auffassung vertritt, der Widerspruch der Gemeinde gegen die das rechtswidrig versagte Einvernehmen ersetzende Baugenehmigung habe auch dann aufschiebende Wirkung, wenn die Genehmigung nach § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist¹⁸. Insofern trifft zunächst das von *Busse* übernommene Argument nicht zu, die Gemeinde sei nicht als „Dritte“ im Sinne der genannten Vorschrift anzusehen¹⁹. Hätte der Gesetzgeber die aufschiebende Wirkung eines gemeindlichen Widerspruchs nicht ebenfalls ausschließen wollen, hätte er nicht vom „Dritten“, sondern vom „Nachbarn“ gesprochen. Die Gemeinde wird auch nicht dadurch, daß sie — wie übrigens auch der Nachbar — am Baugenehmigungsverfahren mitwirkt, an ihm im Sinne des Art. 13 BayVwVfG beteiligt ist, aus der Stellung als Dritte gegenüber dem Bauherrn einerseits, dem Rechtsträger der Baugenehmigungsbehörde andererseits befreit, weil das ggf. erforderliche Einvernehmen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BauGB) ein Internum zwischen beiden ist²⁰, während gegenüber dem Bauwerber allein die Bauaufsichtsbehörde handelt. Endlich steht dieser sofortigen Vollziehbarkeit auch der kommunalaufsichtlichen Komponente der das Einvernehmen ersetzenden Genehmigung auch nicht das Verbot des § 80 Abs. 3

¹² Das Wahlrecht wird auch in Baden-Württemberg inzwischen als verfehlt angesehen und soll bei der Übernahme des sog. Kenntnisgabeverfahrens in die Landesbauordnung entfallen.

¹³ Nur angemerkt sei in diesem Zusammenhang, daß die von *Grziwotz* (o. Fußn. 1, S. 189) als „erste Korrektur“ der Novelle apostrophierte fakultative Eröffnung der Schnurgerüstabnahme durch die Bauaufsichtsbehörde auf Antrag des Bauherrn bereits während des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen war. Weshalb aber hätte es einer gesetzlichen Regelung für eine Eröffnung bauaufsichtlichen Ermessens — und nur dies: die Bauaufsichtsbehörde muß dem Antrag des Bauherrn nicht folgen — bedurft, wenn sich dies — einfacher — auch durch Verwaltungsvorschrift (Rundschreiben des Bayer. Staatsministeriums des Innern v. 20. 5. 1994 — II B 4 - 4101-004/92 —, B I 8, abgedruckt bei *Jüde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, CI, S. 9) hat bewerkstelligen lassen?

¹⁴ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 189.

¹⁵ Dazu (knapp) *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 191.

¹⁶ Zum ganzen eingehend *Dirnberger*, in: *Jüde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, Art. 70 Rdnrn. 146 ff.

¹⁷ Dazu eingehend *Dirnberger* (o. Fußn. 16), Rdnrn. 33 ff.

¹⁸ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 190.

¹⁹ *Busse* (o. Fußn. 3), Art. 81 Rdnr. 2.

²⁰ Eingehend *Jüde*, Gemeinde und Baugesuch, Rdnrn. 103, 128.

Nr. 3 VwGO entgegen; denn die Gemeinde steht nicht schlechter, als wenn sie — unter diesem Aspekt unzweifelhaft — ohne aufschiebende Wirkung eine Baugenehmigung anfordert, zu der es schlicht an ihrem (erforderlichen) Einverständnis fehlt²¹.

2. Abstandsflächenrecht und Nachbarbeteiligung

a) Materielles Abstandsflächenrecht

Entgegen der Annahme *Grziwotz*'s, Art. 6 Abs. 3 Satz 7 BayBO 1994 gebe dem Bauherrn einen größeren Gestaltungsspielraum als bisher, ist hervorzuheben, daß diese Regelung über die Zulässigkeit *untergeordneter Bauteile* in den Abstandsflächen nur — die bisherige Praxis und Rechtsprechung aufnehmenden — klarstellenden Charakter hat²².

Im übrigen ist keineswegs umstritten, welche Rechtswirkungen eintreten, wenn die Baulinien oder Baugrenzen größere Bauräume umschreiben, etwa auch über mehrere Grundstücke hinwegreichende überbaubare Grundstücksflächen ausbilden²³. Die Vorrangwirkung der Baulinien bzw. Baugrenzen nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BayBO 1994 kommt gegenüber den Abstandsflächenregelungen des Art. 6 Abs. 4 und 5 BayBO immer nur gewissermaßen nach „außen“ zum Tragen. Innerhalb eines so umschriebenen Bauraums ist die Frage, ob Abstandsflächen einzuhalten sind, eine solche der Bauweise (vgl. § 22 BauNVO).

b) Übernahme von Abstandsflächen

Die von *Grziwotz*²⁴ prognostizierten Praxisprobleme bei der Übernahme von Abstandsflächen durch schriftliche Erklärung des Nachbarn gegenüber der Bauaufsichtsbehörde nach Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO 1994 sind nicht zu erwarten. Zunächst handelt es sich bei der Abstandsflächenübernahme um keinen Dritten unzugänglich bleibenden Vorgang im Dreiecksverhältnis zwischen Bauwerber, Nachbar und Baugenehmigungsbehörde. Die Bauaufsichtsbehörden sind durch Verwaltungsvorschrift²⁵ angehalten, die schriftliche Zustimmung zur Übernahme der Abstandsflächen zu den Bauakten zu nehmen und *zusätzlich* in geeigneter Form auf Dauer so aufzubewahren, daß für ein Grundstück jederzeit das Bestehen derartiger Erklärungen schnell geklärt werden kann. Wer ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht — und das ist ganz fraglos der ein Grundstücksgeschäft beurkundende Notar —, hat Anspruch auf Auskunft über das Bestehen einer derartigen Erklärung, womit die Verwaltungsvorschrift den sich außerhalb des Verwaltungsverfahrens und damit außerhalb der Reichweite des Art. 29 BayVwVfG (nur) bestehenden Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung von

Akteneinsicht konkretisiert; einer gesetzlichen Regelung bedarf es daher (nach wie vor) nicht. Die Frage einer besonderen *Aufklärungspflicht* der Bauaufsichtsbehörden stellt sich nicht, da der Staat ein Formularmuster für die Abstandsflächenübernahme zur Verfügung stellt, das die rechtlichen Wirkungen dieses Schritts für die Bebaubarkeit des Nachbargrundstücks deutlich darstellt²⁶.

Die in diesem Zusammenhang von *Grziwotz* aus der Nichterkennbarkeit von Abstandsflächen in der Natur — sei es, daß das Nachbargrundstück bebaut, aber nicht ohne weiteres ablesbar ist, daß die Abstandsfläche auf diesem Grundstück eingehalten ist, sei es, daß das Nachbargrundstück noch unbebaut, aber eine Bebauung schon genehmigt ist — abgeleiteten Probleme sind nicht neu; sie stellen sich auch unabhängig von der Frage, auf welche Art und Weise der Nachbar eine Abstandsfläche auf sein Grundstück übernehmen kann. Schwierigkeiten treten nämlich immer dann auf, wenn die Bauaufsichtsbehörde ein Bauvorhaben genehmigt, obwohl es zugleich an dreierlei mangelt, nämlich: die Abstandsfläche auf dem Baugrundstück nicht eingehalten werden kann, die Bauaufsichtsbehörde keine Abweichung von der Abstandsfläche ausspricht, der Nachbar die Abstandsfläche aber auch nicht (teilweise) übernimmt. Dann liegt — woran Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BayBO nichts ändert, der dies nur zu einem bauordnungswidrigen Zustand erklärt — eben ein Teil der Abstandsfläche auf dem Nachbargrundstück. Läßt er die dies bewirkende Baugenehmigung unanfechtbar werden, hat er gegen die Bauaufsichtsbehörde lediglich einen — jedenfalls wenig erfolgversprechenden — Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Rücknahme der Baugenehmigung (Art. 48 Abs. 1 BayVwVfG). Wer als Grundstückskäufer dieses Risiko ausschließen will, muß sich die „faktische“ Abstandsflächenfreiheit des zu erwerbenden Grundstücks als abwesenden Sachmangel zusichern lassen.

Endlich mißverstehen *Grziwotz*²⁷ wohl das Verhältnis zwischen herkömmlicher Sicherung der Abstandsflächenübernahme durch Grund- und beschränkt persönliche Dienstbarkeit, wenn er fragt, ob bei bereits eingetragenen Dienstbarkeiten der Bauherr einen Anspruch gegenüber dem Nachbarn darauf ableiten kann, nunmehr die Übernahme der Abstandsflächen auch schriftlich gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zu erklären. Dabei wird (wohl) übersehen, daß die neue Möglichkeit der Abstandsflächenübernahme die bisherige — auch sub specie des Bauordnungsrechts — nicht beseitigt, vielmehr beide Varianten gleichberechtigt nebeneinander bestehen²⁸. Ist daher die Übernahme der Abstandsflächen in herkömmlicher Weise gesichert worden, besteht bauaufsichtlich kein Interesse an einer Sicherung mittels der neuen Variante. Folglich stellt sich auch die Frage nicht, weshalb der Bauherr eines solchen Anspruchs gegen den Nachbarn auch nur bedürfen sollte. Zu bejahen

²¹ *Jüde* (o. Fußn. 4), Art. 81 Rdnr. 116.

²² Vgl. die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1 Nr. 5 (Art. 6) unter a cc; abgedruckt in *Jüde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, E3, S. 66.

²³ Die von *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 191 m. Fußn. 58 belegte angebliche Streitigkeit dieser Frage wird von dem dafür in Anspruch genommenen *Busse* (o. Fußn. 3) weder an der angebenen Stelle noch in der übrigen Kommentierung zu Art. 7 Abs. 1 angesprochen.

²⁴ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 192 f.

²⁵ IMS (o. Fußn. 13), C I 2 (= *Jüde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, C1, S. 16 f.).

²⁶ Vgl. Anlage 5 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 11. 5. 1994 (AllMBl. S. 442 [= MittBayNot 1994, 486 (in diesem Heft)]).

²⁷ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 193.

²⁸ Dieselbe Rechtslage besteht im übrigen in Sachsen (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 SächsBO), wo daneben (wohl) noch die Übernahme durch Baulast (§ 80 SächsBO) möglich ist. Bei der Sicherung von Zufahrten hat Sachsen — neben der Baulast — die weitere Variante der Sicherung durch Grund- und beschränkt-persönliche Dienstbarkeiten eröffnet, indem in § 4 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 SächsBO vor „rechtlich gesicherte“ das Wort „öffentlich“ gestrichen worden ist.

sein wird freilich, daß der Freistaat Bayern (bzw. auch die Gemeinde) in die Löschung von Dienstbarkeiten dann einwilligen wird, wenn die Beteiligten die Sicherung der Abstandsflächen nunmehr anders nachweisen wollen.

3. Entfallen der Teilungsgenehmigung

Die von *Grziwotz*²⁹ beschriebenen Rechtsfolgen des Wegfalls der bauordnungsrechtlichen Teilungsgenehmigung entsprechen nicht der — im übrigen bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs dargestellten³⁰ — Rechtslage. Das Bundesverwaltungsgericht hat mehrfach entschieden³¹, daß § 20 BauGB zwar abschließend das Prüfprogramm im bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigungsverfahren beschreibt, das seinerseits den Umfang der Bindungswirkung der Teilungsgenehmigung umreißt, nicht hingegen daran hindert, die Teilung gleichwohl zu unterbinden, weil sie anderweitig zu rechtswidrigen Zuständen führt. Einem solchen Teilungsantrag kann — richtet er sich auf einen unverzüglich wieder rückgängig zu machenden (bauord-

²⁹ *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 193 f.

³⁰ Zu § 1 Nr. 7 (Art. 11) = *Jäde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue BayBO, E3, S. 70 f.

³¹ BVerwG, BauR 1981, 48 (Bebauungsgenehmigung); NJW 1982, 1061, jeweils zum Entfallen der wegemäßigen Erschließung im nicht überplanten Innenbereich. — Weshalb die von *Grziwotz* (o. Fußn. 1), S. 194 Fußn. 83 für seine Kritik angeführten Autoren sich mit dieser Rechtsprechung nicht auseinandersetzen, mag offenbleiben.

nungs-)rechtswidrigen Zustand — das Sachbescheidungsinteresse fehlen; über seine Ablehnung ist in Ausübung bauaufsichtlichen Eingriffsermessens zu entscheiden. Einer besonders institutionalisierten bauordnungsrechtlichen Teilungsgenehmigung bedarf es daneben nicht. Die Rechtslage entspricht — vom systematischen Ansatz her — derjenigen im vereinfachten Genehmigungsverfahren des Art. 80 BayBO 1994.

Im übrigen liegen die Nachbarschafts- und Kaufvertragsprobleme im Kern ebenso wie bei der Abstandsflächenübernahme. Der Gesetzgeber hat sie gesehen und ist auch hier davon ausgegangen, daß die Beteiligten ggf. durch eine entsprechende Ausgestaltung der Grundstückskaufverträge eigenverantwortlich für Problemlösungen sorgen werden.

4. Schlußbemerkung

Grziwotz gehört zu den — soweit ich sehen kann: leider wenigen — Notaren, die sich intensiv auch mit dem öffentlichen Recht beschäftigen. Das ist um so notwendiger, je enger sich mit einem Rückzug des Staates aus bauaufsichtlichen Prüfungen der Arbeitsbereich des Notars mit demjenigen der Bauaufsicht überlappt und verzahnt, je stärker mit der — anstelle der gewohnten öffentlich-rechtlichen Rundumbetreuung — wachsenden privaten Verantwortung auch die vertraglichen Regelungsmechanismen dieser Entwicklung Rechnung tragen müssen. Dazu gehört es, miteinander zu reden. Das hätte auch vorliegend manches (mindestens) Mißverständnis vermeiden können, das diese Erwiderung unvermeidlich gemacht hat.

Die weite Sicherungsabrede: Überraschung oder unangemessene Benachteiligung?¹

Von Notar *Dr. jur. Christopher Keim*, Rockenhausen

1. Durch zwei Entscheidungen unterschiedlicher Senate des Bundesgerichtshofes zum Bürgschaftsrecht ist das Problem der Wirksamkeit der Sicherungsabrede von Kreditsicherheiten wieder in den Blickpunkt des Interesses gerückt².

Dem ersten Urteil des neunten Senats lag — vereinfacht — folgender Sachverhalt zugrunde:

Die klagende Bank gewährte dem Sohn der Beklagten mehrere Kredite im Zusammenhang mit dem Erwerb von zwei Reinigungsbetrieben. Außerdem unterhielt dieser bei der Klägerin ein Kontokorrentkonto, über das die laufenden Geschäftsvorgänge abgewickelt wurden.

Zur Sicherung der daraus resultierenden Forderungen unterzeichnete die Beklagte u. a. ein Bürgschaftsformular, in dem sie für alle bestehenden und künftigen — auch bedingten oder befristeten — Ansprüche, die der Bank aus der Geschäftsverbindung gegen den Schuldner zustehen, die selbstschuldnerische Bürgschaft übernahm.

Nachdem alle Kredite abgelöst waren bis auf ein laufendes Geschäftskonto, gab die Klägerin alle Sicherheiten bis auf die Bürgschaft zurück. In der Folgezeit nahm der Schuldner neue Kredite in Höhe von circa DM 195.000,00 auf.

Nachdem der Schuldner in Vermögensverfall geraten war, nahm die Klägerin die Bürgin in Anspruch.

Der BGH hat in der Entscheidung ausgeführt, eine formularmäßige Klausel, die eine Bürgschaft auf alle Forderungen aus bankmäßiger Geschäftsverbindung erstreckt, sei überraschend und werde damit gem. § 3 AGB-Gesetz nicht Vertragsinhalt, wenn der Bürge vor Unterzeichnung der Urkunde dem Gläubiger erklärt habe, er wolle nur für eine bestimmte, konkrete Verbindlichkeit einstehen und der Gläubiger dem nicht widersprochen hat.

Zur Aufklärung dieser Tatsache hat er an das Berufungsgericht zurückverwiesen³.

Einen ganz ähnlichen Fall hatte der elfte Senat des Bundesgerichtshofs zu entscheiden. Anlaß der Verbürgung war hier jedoch ein Tilgungsdarlehen. Aufgrund einer im wesentlichen der oben genannten Sicherungsabrede entsprechenden Klausel nahm die Bank nunmehr den Bürgen wegen eines später vom Hauptschuldner aufgenommenen weiteren Darlehens in Anspruch.

Das Gericht erklärte hier die Erweiterung der Haftung durch eine formularmäßige Bürgschaftserklärung, die ein Bürge aus Anlaß der Gewährung eines Tilgungsdarlehens durch eine Bank abgibt, auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten des Hauptschuldners grundsätzlich gem. § 3 AGB-Gesetz für überraschend und stellte das klageabweisende landgerichtliche Urteil wieder her⁴.

Die beiden Entscheidungen knüpfen erstmalig für die Bürgschaft an eine Argumentation an, die Grundlage einer gefestigten Rechtsprechung des fünften Senats des Bundesgerichtshofes zur Sicherungsabrede von Grundschulden ist. Danach verstößt die formularmäßige Erweiterung der dinglichen Haftung des Sicherungsgebers und Grundstückseigentümers auf alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten eines mit ihm nicht identischen Dritten im Regelfall gegen § 3 AGB-Gesetz, wenn Anlaß der Sicherungsgewährung eine bestimmte konkrete Verbindlichkeit ist⁵.

Diese Grundsätze werden nunmehr auch auf die Bürgschaft angewendet. Das erstgenannte Urteil des neunten Senats bejaht den überraschenden Charakter der erweiterten Sicherungsabrede allerdings nur ausnahmsweise, wenn der Sicherungsgeber ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, nur für eine bestimmte Verbindlichkeit haften zu wollen, und der Gläubiger dem nicht widersprochen hat. Für das Vorliegen dieser Tatsachen soll der Bürge zudem die Beweislast tragen⁶.

Im Gegensatz dazu übernimmt der elfte Senat mit der letztgenannten Entscheidung ausdrücklich die Rechtsprechung zur Sicherungsgrundschuld, indem er grundsätzlich von einem Verstoß gegen § 3 AGB-Gesetz ausgeht, falls der Anlaß der Gewährung der Bürgschaft eine konkrete Verbindlichkeit ist und in der Sicherungsvereinbarung die Haftung auf alle künftigen Verbindlichkeiten des Schuldners aus bankmäßiger Geschäftsverbindung erweitert wird. Um diese Vermutung zu widerlegen, muß der Sicherungsnehmer danach seinerseits entlastende Momente vorbringen und beweisen. Eine Vorlage zum großen Senat hielten die Richter gleichwohl nicht für nötig, da der zugrundeliegende Fall ein Tilgungsdarlehen betraf, während für die Verbürgung für Kontokorrentdarlehen die Rechtsfrage offengelassen werden konnte⁷.

Obwohl den Entscheidungen im Ergebnis im wesentlichen zuzustimmen ist, gibt doch die Argumentation Anlaß zu kritischen Bemerkungen.

Problematisch ist die Aussage im erstgenannten Urteil, nach der den Bürgen die Beweislast dafür trifft, daß er seinen Willen kundgetan hat, die Bürgschaft solle nur die konkreten, derzeit laufenden Kredite des Schuldners sichern, und daß der Gläubiger dem nicht widersprochen hat⁸.

Damit werden die Erfolgchancen des beklagten Bürgen im Prozeß von vornherein erheblich eingeschränkt, wenn er die Unwirksamkeit der Klausel geltend macht. Außerdem wird das Instanzgericht wieder mit aufwendigen Beweisaufnahmen belastet.

¹ Zugleich Anmerkung zu Urteilen des BGH vom 17. 3. 1994 (Az: IX ZR 102/93) und vom 1. 6. 1994 (Az: XI ZR 133/94).

² BGH, WM 1994, 784; WM 1994, 1242 = ZIP 1994, 1096 [= MittBayNot 1994, 315].

³ BGH, WM 1994, 784, 785.

⁴ BGH, MittBayNot 1994, 315 = WM 1994, 1242 f.

⁵ BGHZ 83, 56; 100, 82, 84; 101, 28; 102, 152; 106, 19; 109, 197; zusammenfassend BGH, NJW 1992, 1822.

⁶ BGH, WM 1994, 784, 786.

⁷ BGB, WM 1994, 1242, 1243.

⁸ BGH, WM 1994, 784, 786.

Aber auch das letztgenannte Urteil bietet keine ausreichende Rechtssicherheit.

Denn die Kreditgeber versuchen als Reaktion auf diese ständige Rechtsprechung im Bereich der Sicherungsgrundschulden den überraschenden Charakter der Klauseln durch eine Änderung der äußeren Gestaltung ihrer Formularverträge zu vermeiden, indem sie die erweiterte Zweckabrede drucktechnisch hervorheben. Dies kann jedoch nicht zum Erfolg führen. Wenn man bedenkt, wieviel Formulare man — oft ungelesen — im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe zu unterschreiben hat, so ist die aufklärende Wirkung solcher Maßnahmen doch mehr als zweifelhaft.

Außerdem bleibt noch der Einwand der ordnungsgemäßen Belehrung durch die Bank, für den diese allerdings die Beweislast trägt. Auch dies führt dazu, daß sich die Gerichte mit zusätzlichen Beweisaufnahmen über nicht selten schon mehrere Jahre zurückliegende Kreditverhandlungen zu beschäftigen haben, um die Wirksamkeit der Klauseln zu prüfen.

2. Meines Erachtens nach hätte sich der Bundesgerichtshof dazu durchringen müssen, die weite Sicherungsabrede, mit der die Bürgschaft auf alle künftigen Ansprüche des Gläubigers gegen den Schuldner erstreckt wird, in Formularverträgen gem. § 9 AGB-Gesetz für unwirksam zu erklären.

In einem früheren Urteil hat der neunte Senat allerdings die Erstreckung des Sicherungszwecks auf alle künftigen Forderungen aus Bankverbindung bereits nach § 8 AGB-Gesetz der Inhaltskontrolle gem. §§ 9 ff. AGB-Gesetz entzogen, da die Klausel keine von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung enthalte⁹.

Diese Argumentation geht jedoch an Wortlaut und Sinn der Vorschrift des § 8 AGB-Gesetz vorbei. § 8 AGB-Gesetz will der Inhaltskontrolle solche AGB-Bestimmungen entziehen, die rein deklaratorisch den Inhalt einer gesetzlichen Regelung wiederholen. Das ist selbstverständlich, denn wenn die Inhaltskontrolle eine solche Klausel erfassen würde, die lediglich das wiedergibt, was ohnehin rechtens ist, würde sie auf die Kontrolle der Rechtsvorschriften selbst hinauslaufen.

Ob eine Vertragsbestimmung kontrollfähig ist, läßt sich daher anhand eines Vergleichs der Rechtslage ohne die streitige Klausel mit dem Vertragsinhalt bei Berücksichtigung der Klausel beurteilen¹⁰.

Das Problem besteht hier darin, daß ohne die in der Klausel enthaltene ausdrückliche Festlegung des Umfangs der zu sichernden Verbindlichkeiten scheinbar gar keine Bürgschaft vorhanden ist, so daß es gar kein dispositives Recht gibt, das durch die Klausel verdrängt sein könnte. Genau diese Annahme ist jedoch nicht zutreffend.

Bestellt nämlich ein Dritter anläßlich einer bestimmten Kreditaufnahme für bestehende Darlehen eine Sicherheit, so ergibt die Auslegung des Vertrages, daß er damit jedenfalls nicht in alle Ewigkeit für neue aufzunehmende Darlehen haften möchte. Ohne die weite Sicherungsabrede würde niemand auch nur im entferntesten auf den Gedanken kommen, der Bürge würde für sämtliche künftigen Verbindlichkeiten des Schuldners haften.

⁹ BGH, NJW 1986, 928, 929.

¹⁰ Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 AGB-Gesetz Rdnr. 21; Löwe/v. Westphalen/Trinkner, § 8 AGB-Gesetz Rdnr. 16; BGH, ZIP 1984, 676, 677.

Durch die formularmäßige Sicherungsvereinbarung wird damit der sich aus der Vertragsauslegung ergebende Sicherungszweck erweitert¹¹.

Nach der oben genannten Formel handelt es sich also gerade nicht um eine rein deklaratorische Klausel, da ohne ihre Berücksichtigung eine andere Rechtslage eintreten würde. Sie unterliegt als dispositive Vorschriften ergänzende Bestimmung der Inhaltskontrolle. Daß auch vom Gesetzgeber erlaubte Gestaltungen, die aber nicht ipso iure eintreten, der Inhaltskontrolle unterliegen, hat die Rechtsprechung in anderen Bereichen immer wieder anerkannt¹².

Die weite Sicherungsabrede verstößt auch gegen § 9 Abs. 2 Satz 1 AGB-Gesetz, denn sie ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar.

§ 765 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sprechen vom Entstehen des Bürgen für die Erfüllung der Verbindlichkeit bzw. einer künftigen Verbindlichkeit. Die Tatsache, daß der Bestimmtheitsgrundsatz zuläßt, den Sicherungszweck auf alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung auszudehnen, besagt lediglich, daß die Norm insofern abdingbar ist. Dabei muß man aber davon ausgehen, daß die geringen Anforderungen an die Bestimmtheit der zu sichernden Forderung in einem lange vor dem Erlaß des AGB-Gesetzes stammenden Urteil des Bundesgerichtshof festgesetzt wurden¹³.

Im Prinzip hätte es der Grundsatz der Vertragsfreiheit des Schuldrechts sogar erlaubt, die Anforderungen an die Bestimmtheit noch geringer anzusetzen, da es der im Schuldrecht geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit grundsätzlich erlaubt, sich zu allem und jedem zu verpflichten.

Um dem allgemeinen Bestimmtheitsanforderung schulrechtlicher Verpflichtungen¹⁴, dessen Grenze erst dann überschritten ist, wenn sich der Vertragsinhalt auch durch Auslegung nicht mehr ermitteln läßt, zu genügen, bedarf es jedenfalls keiner Einschränkung hinsichtlich des Inhalts der gesicherten Forderung. Sofern nur Gläubiger und Schuldner klar bezeichnet sind, ist ein vollstreckungsfähiger Inhalt an sich gegeben, auch wenn sämtliche Forderungen gesichert werden sollen.

Maßgeblich aus Gründen des Bürgenschutzes hat das Gericht es für unzulässig erachtet, sich für sämtliche Forderungen eines Gläubigers gegen einen bestimmten Schuldner zu verbürgen¹⁵.

Aber gerade diese Erwägungen, denen damals noch — abgesehen von § 242 BGB — die gesetzliche Grundlage fehlte, müssen heute im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle zum Tragen kommen.

Es ist strikt zu unterscheiden zwischen der Abdingbarkeit einer Norm durch Individualvertrag und ihrer Abdingbarkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen.

¹¹ Ohne schriftliche Nennung der zu sichernden Forderung wäre allerdings wohl die Form nicht gewahrt.

¹² Z. B. BGH, ZIP 1984, 676, 677 für eine Verrechnungsklausel; BGHZ 78, 305 für Ausschluß des Eigentumsvorbehalts.

¹³ BGHZ 25, 318 vom 10. 10. 1957.

¹⁴ Dazu Esser/Weyer, § R. I, § 14 I.

¹⁵ BGHZ 25, 318, 320.

Wenn der Bundesgerichtshof also diese Entscheidung immer wieder zitiert¹⁶, um mit ihr die Wirksamkeit der weiten Sicherungsabrede in AGB zu begründen, so kann dies nicht richtig sein. Vom Grundsatz her regelt die Bürgschaft die Sicherung einer ganz konkreten Forderung, was auch in den Normen der §§ 767 und 768 BGB zum Ausdruck kommt¹⁷. Von diesem Grundgedanken der dispositiven gesetzlichen Regelung weicht die weite Sicherungszweckabrede eklatant ab, so daß der Fall des § 9 II 1 AGB-Gesetz vorliegt.

Dadurch wird der Bürge auch wider Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, da er keinerlei Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Aufnahme neuer Kredite durch den Hauptschuldner hat und sich daher seine Haftung unübersehbar vergrößern kann. Daß der neunte Senat des Bundesgerichtshofs, ohne ausdrücklich auf die AGB-Inhaltskontrolle Bezug zu nehmen, sagt, dies bedeute keine unbillige Belastung, da dem Bürgen nach Treu und Glauben bei Eintritt besonderer Umstände ein Kündigungsrecht zustehe¹⁸, vermag an dieser Wertung nichts zu ändern.

Denn wenn die besonderen Umstände eintreten, hat sich damit das Bürgenrisiko schon realisiert, so daß der Bürge bereits eintreten muß, und zwar für alle bis zum Zusammenbruch des Hauptschuldners entstandenen Forderungen. Im übrigen weiß der Privatmann in der Regel nichts von diesem außerordentlichen Kündigungsrecht. Dies macht es für ihn praktisch wertlos¹⁹.

Es ist sicherlich kein Zufall, daß gerade die den höchstrichterlichen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte oft genau die Fallkonstellationen sind, bei denen lange nach Rückzahlung des Kredites, der Anlaß zur Hergabe der Sicherheit war, Ansprüche der Bank gegen den Sicherungsgeber wegen anderer, später hinzugekommener Verbindlichkeiten geltend gemacht werden²⁰.

Für den geschäftlich unerfahrenen Privatkunden darf die weite Sicherungsabrede daher formularmäßig nicht vereinbart werden, wenn er sich anlässlich einer ganz bestimmten Kreditaufnahme für eine Schuld verbürgt²¹.

Trotz des logischen Vorrangs der Prüfung der Einbeziehung in den Vertrag und der damit verbundenen Problematik des § 3 AGB-Gesetz steht es dem Gericht auch frei, im Prozeß daneben auch die Vereinbarkeit der Klausel mit § 9 AGB-Gesetz festzustellen²², so daß der Bundesgerichtshof auch in den zugrundeliegenden Fällen nicht daran gehindert war, diesen meines Erachtens nach wichtigen Schritt zu tun.

¹⁶ So auch in der besprochenen Entscheidung, WM 1994, 784.

¹⁷ Vergleiche *Derleder*, NJW 86, 97, 100; *Horn*, FS f. *Franz Merz*, Seite 217, 227.

¹⁸ BGH, ZIP 1994, 784, 785.

¹⁹ So auch der elfte Senat BGH, WM 1994, 1243, jedoch zu § 3 AGB-Gesetz.

²⁰ So die kommentierten Entscheidungen, ähnlich BGH, WM 86, 95; BGHZ 83, 56 und BGHZ 102, 152 bei Grundschulden.

²¹ So auch *Derleder*, NJW 86, 97, 100; *Horn*, FS f. *Franz Merz*, Seite 217, 227; *Fullenkamp*, Die erweiterte Zweckerklärung bei Bürgschaft und Grundschuld, 1989, Seite 172; Bedenken auch bei *Ulmer/Brandner/Hensen*, Anh. §§ 9-11 Rdnr. 260.

²² *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 3 Rdnr. 2 AGB-Gesetz; *Staudinger/Schlosser*, § 3 Rdnr. 2 AGB-Gesetz; *Soergel/Stein*, § 3 Rdnr. 3 AGB-Gesetz.

3. Das oben Gesagte muß auch für die Sicherungsgrundschuld gelten, soweit sie als Kreditsicherheit für Forderungen gegen einen nicht mit dem Eigentümer identischen Dritten dienen.

Soweit der fünfte Senat des Bundesgerichtshofes hierzu ausführt, es fehle für eine Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 2 Satz 1 AGB-Gesetz am Leitbild einer dispositiven Regelung²³, spricht dies allein nicht für die Wirksamkeit der Regelung. Nach überwiegender Meinung in der Kommentarliteratur zum AGB-Gesetz kommt als Prüfungsmaßstab bei unregelmäßigem Vertragstypen, wie der Sicherungsgrundschuld, § 9 Abs. 2 Satz 2 AGB-Gesetz in Betracht²⁴.

Eine Prüfung anhand dieser Vorschrift muß zu dem Ergebnis führen, daß die erweiterte Sicherungsabrede, soweit durch die Grundschuld auch zukünftige Forderungen von mit dem Besteller personenverschiedenen Schuldnern gesichert werden sollen, unwirksam ist. Die Klausel schränkt wesentliche Rechte des Bestellers so ein, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird.

Wirtschaftliches Ziel des Sicherungsnehmers ist es, eine mit der Hypothek vergleichbare Absicherung konkreter Kredite eines Schuldners zu erreichen. Lediglich wegen der sich aus der strengen Akzessorität der Hypothek ergebenden mangelnden Flexibilität insbesondere bei der Neuvaluierung wird eine Grundschuld bestellt.

Die Funktion des § 1163 Abs. 1 BGB, der die Sicherheit mit Erlöschen der Forderung an den Eigentümer zurückfallen läßt, erfüllt der schuldrechtliche Rückgewähranspruch im Sicherungsvertrag. Damit stellt dieser das elementare Schutzrecht des Sicherungsgebers vor einem unübersehbaren Haftungsrisiko dar. Durch den auf alle künftigen Forderungen erweiterten Sicherungszweck wird dieses Recht des Grundschuldbestellers aber ausgehöhlt, da die mit jeder Rückzahlungsrate steigende Aussicht auf Rückgewähr der Grundschuld jederzeit durch eine vom Sicherungsgeber nicht beeinflussbare Neuvaluierung vereitelt werden könnte²⁵.

Die Unwirksamkeit nach § 9 AGB-Gesetz ist nur dann nicht gegeben, wenn der Sicherungsgeber und der Darlehensnehmer persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, daß das Risiko der Haftung für künftige Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist²⁶. Bei der Frage, ob eine solche enge Verbundenheit gegeben ist, kann auf die Grundsätze, die die Rechtsprechung zu § 3 AGB-Gesetz herausgearbeitet hat, zurückgegriffen werden:

Dies ist nur dann der Fall, wenn der Sicherungsgeber rechtliche und nicht nur tatsächliche Möglichkeiten hat, die Aufnahme von Krediten durch den persönlichen Schuldner zu verhindern oder doch zumindest zu beeinflussen²⁷. Damit

²³ BGHZ 100, 82, 84.

²⁴ *Wolf/Horn/Lindacher* § 9 Rdnr. 82 AGB-Gesetz; *Clemente*, Die Sicherungsgrundschuld in der Bankpraxis, 1985, § 18. Anders *Ulmer/Brandner/Hensen* § 9 Rdnr. 142 AGB-Gesetz, der bei Abweichung von vertragsspezifischen Grundgedanken sogar § 9 II Nr. 1 AGB-Gesetz anwendet.

²⁵ *Clemente*, NJW 1983, 8; *Roemer*, MittRhNotK 1991, 69, 78; so auch *Fullenkamp*, a. a. O., S. 172; *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1989, 615; *Rieder* MittBayNot 1983, 203, 204.

²⁶ So auch BGH für § 3 AGB-Gesetz: BGHZ 100, 82, BGH, NJW 1992, 1822.

²⁷ BGHZ 100, 82, 86; NJW 1992, 1822, 1823.

ist klargestellt, daß jedenfalls die bestehende Ehe nicht ausreicht, um eine Ausnahme zu rechtfertigen²⁸. Die notarielle Praxis zeigt im übrigen, daß sich die Gefahr der erweiterten Sicherungsabrede oft gerade beim Verkauf eines im Miteigentum von Eheleuten stehenden Hausgrundstücks manifestiert. Wenn als Folge der ehelichen Vermögensauseinandersetzung das gemeinsame Grundstück veräußert werden muß, treten bei der Ablösung der Grundpfandrechte nicht selten Verbindlichkeiten zutage, die ein Ehepartner hinter dem Rücken des anderen begründet hat.

Wie sehr die Begründung der Rechtsprechung aus § 3 AGB-Gesetz in Wahrheit Inhaltskontrolle ist, zeigt die Tatsache, daß in den zugrunde liegenden Fallkonstellationen die Sicherungsverträge notariell beurkundet wurden, wodurch im Regelfall doch der Überraschungseffekt ausgeschlossen sein sollte.

Um das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 AGB-Gesetz trotzdem bejahen zu können, soll danach der Gläubiger die Beweislast für die ordnungsgemäße Belehrung des Schuldners durch den Notar tragen²⁹.

Angesichts der Belehrungspflicht des Notars gem. § 17 BeurkG verwundert es doch, daß nicht zumindest der Beweis des ersten Anscheins für ein pflichtgemäßes Verhalten der Beurkundungsperson sprechen soll³⁰.

Der Notar befindet sich dadurch im übrigen in einer eigenartigen Situation:

²⁸ BGHZ 106, 19, 23; NJW 1992, 1822, 1823.

²⁹ Vergleiche BGHZ 83, 56, 60.

³⁰ Ähnlich *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1989, 614.

Belehrt er ordnungsgemäß, setzt er den Sicherungsgeber durch die Wirksamkeit der weiten Sicherungsvereinbarung einem nicht unproblematischen Haftungsrisiko aus, während bei Nichtbelehrung der Sicherungsgeber durch die Anwendung des § 3 AGB-Gesetz geschützt wird. Durch dieses Verhalten macht sich der Notar dann allerdings unter Umständen dem Gläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig.

Merkwürdigerweise lassen die Banken die Sicherungsabrede zunehmend nicht mehr zusammen mit der Grundschuld beurkunden, sondern vereinbaren sie privatschriftlich, obwohl man wegen der Rechtsprechung doch gerade erwarten könnte, daß zur Vermeidung der Auswirkungen des § 3 AGB-Gesetz eine notarielle Beurkundung und Belehrung erst recht nötig sein müßte.

Effektiverer Schutz des Konsumenten dürfte dann doch wohl eher durch eine stärkere Einbeziehung des Notars als neutralen Fachmannes bei derart weitreichenden und risikobehafteten Geschäften erreicht werden, als durch eine geringere.

Andererseits ist positiv anzumerken, daß viele Banken in der Praxis dazu übergegangen sind, in ihren Sicherungsvereinbarungen eine Neuvaluierung der durch die Grundschuld gesicherten Kredite nur mit Zustimmung des Sicherungsgebers zuzulassen, so daß die Haftungsrisiken für ihn überschaubarer werden. Eine derartige Gestaltung ist sicherlich wirksam.

Eine frühzeitige klare Stellungnahme der höchstgerichtlichen Rechtsprechung gegen die Wirksamkeit der weiten Zweckabrede hätte diese Entwicklung allerdings erheblich beschleunigt und manchen unnötigen Rechtsstreit vermieden.

Bürgerliches Recht

1. BGB § 182 Abs. 2, § 177 Abs. 1, § 313 Satz 1, § 138 (Genehmigung von Vertreterhandeln bei Grundstücks-erwerb formlos möglich)

1. Es wird daran festgehalten, daß auch ein durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossener Grundstücks-kaufvertrag vom Vertretenen formlos genehmigt werden kann.
2. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verkauf eines Anteils an einer Eigentumswohnung im sog. Time-sharing-Modell sittenwidrig sein kann.

BGH, Urteil vom 25. 2. 1994 — V ZR 63/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 26. 9. 1990 kaufte der Kläger von den Beklagten zum Kaufpreis von 16.000 DM 1/52 Miteigentums-anteil an einer möblierten und mit vollständigem Hausrat ver-sehenen Eigentumswohnung in einem Ferienwohnpark, verbunden mit dem Recht, die Wohnung in der 19. Woche eines jeden Kalenderjahres selbst zu nutzen. Die Verkäufer verpflichteten sich, den veräußerten Anteil in einen „Tauschpool“ einzubringen; der hierfür zu zahlende Betrag für das Anschaffungsjahr sowie die nächsten vier Jahre, ferner die Tauschgebühr für die ersten zwei Jahre sind im Kaufpreis enthalten; ebenso Teil des Kaufpreises ist das zu zahlende Wohngeld für die ersten zwei Jahre. Bei der Beurkundung des Vertrages trat der Beklagte zu 2 für alle anderen Beteiligten als Vertreter auf, für den Beklagten zu 1 aufgrund einer bestehenden Vollmacht, für den Kläger als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der Kläger genehmigte mit notariell beglaubigter Erklärung vom 28. 9. 1990 den Vertrag.

Vor dem Vertragsschluß hatte der Kläger am 22. 9. 1990 eine Veranstaltung der Firma T. besucht, die für den Vertrieb von Ferien-wohnungen nebenberuflich tätige Handelsvertreter suchte. Er unterzeichnete dabei einen Handelsvertretervertrag unter anderem mit bestimmter Provisionsregelung (Berater: 2%; Gruppenleiter: 4%; Organisationsleiter: 7%) und der Absprache, er gelange in eine höhere Position, z. B. vom Berater zum Gruppenleiter nach einem Mindestnettoumsatz von 10.000 DM. Auf einer weiteren Ver-anstaltung dieser Firma wurden die zu vermittelnden Ferienwoh-nungen vorgestellt. Der Kläger unterzeichnete dabei einen „Reser-vierungsauftrag“, indem er die Beklagten „zur Bestellung eines notariellen Kaufvertrages“ über den Erwerb eines Anteils bevoll-mächtigte. Für den Fall der Versagung der Genehmigung des notariellen Vertrages war ein pauschalierter Schadensersatz in Höhe von 12% des Gesamtkaufpreises vorgesehen.

Der Kläger hat den Kaufpreis im wesentlichen über einen Zwi-schenkredit aus einem abgeschlossenen Bausparvertrag finanziert und insgesamt 15.600 DM bezahlt, die er mit der Klage nebst Zinsen zurückverlangt, weil er den Vertrag aus verschiedenen Gründen für unwirksam hält.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandes-gericht hat sie abgewiesen: Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung der Entscheidung des Oberlandesgerichts und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

B. . . I. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht allerdings an, daß die Genehmigungserklärung des Klägers (§ 177 Abs. 1 BGB) wirksam ist und nicht notariell beurkundet werden mußte. Als nachträgliche Zustimmung (§ 184 Abs. 1 BGB) bedurfte sie nach § 182 Abs. 2 BGB „nicht der für

das Rechtsgeschäft bestimmten Form“. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist eindeutig.

1. a) Demgemäß war nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches jahrzehntelang völlig unbestritten, daß eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung nicht in Be-tracht kommt. Diese Auffassung entspricht auch heute noch der wohl herrschenden Meinung in der Literatur (Erman/Brox, BGB, 9. Aufl., § 182 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Schramm, 3. Aufl., § 177 Rdnr. 34 und § 182 Rdnr. 14 ff.; MünchKomm/Kanzleiter, BGB, 2. Aufl., § 313 Rdnr. 38; Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 178 Rdnr. 7 und 182 Rdnr. 2; Soergel/Leptien, BGB, 12. Aufl., § 177 Rdnr. 23 und § 182 Rdnr. 4; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 35; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 177 Rdnr. 110 und § 182 Rdnr. 17; Staudinger/Wufka, BGB, 12. Aufl., § 313 Rdnr. 128; Brambring in Beck'sches Notar-handbuch A I Rdnr. 331; ders. EWiR 1988, 1154; Grussen-dorf, DNotZ 1951, 34, 35; Hagen/Brambring, Der Grund-stückskauf, 5. Aufl., Rdnr. 21; Hoffmann, DNotZ 1983, 709 ff.; Korte, Handbuch der Beurkundung von Grund-stücksgeschäften, S. 157 ff.; Meikel/Lichtenberger, Grund-buchrecht, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 162; Pröls, JuS 1985, 577, 585; Reithmann/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Rdnr. 130; Ritzinger, BWNotZ 1987, 28, 34 ff.; Wufka, DNotZ 1990, 339, 340 ff).

b) Das Reichsgericht hat zwar für die Vollmacht eine einschränkende Auslegung der entsprechenden Regelung in § 167 Abs. 2 BGB praktiziert (RGZ 76, 182 ff.; 108, 125, 126), für die Genehmigung aber ständig an der grund-sätzlichen Formfreiheit festgehalten (RGZ 110, 319, 322; RGZ 129, 284, 286 ff.; RG LZ 1926, 438, 439; LZ 1926, 480; ebenso RG JW 1927, 1363 für die Genehmigung einer Bürgschaftserklärung). Der Bundesgerichtshof geht als selbstverständlich von dieser Auffassung aus (Senatsurteil vom 14. 1. 1955, V ZR 116/53, LM BGB § 313 Nr. 10 a. E.; BGHZ 79, 374, 377 [= MittBayNot 1981, 116 = DNotZ 1981, 485]; Senatsurteile vom 20. 3. 1981, V ZR 71/80, WM 1981, 655; vom 25. 2. 1983, V ZR 290/81, WM 1983, 712, 713). Der III. Zivilsenat hat in seinem Urteil vom 23. 6. 1988 (III ZR 84/87, WM 1988, 1418, 1420 [= MittBayNot 1988, 227 = DNotZ 1990, 356]) diese Frage beiläufig offengelassen (ebenso OLG Karlsruhe NJW 1988, 2050 [= DNotZ 1990, 368] mit Tendenz zur Gegen-auffassung). Im Rahmen der Formvorschrift des § 1410 BGB, der ebenfalls Warnfunktion zukommt, hat der Bundesgerichtshof neuerdings ausdrücklich bestätigt, daß auch ein Ehevertrag formlos genehmigt werden könne (Urteil vom 25. 1. 1989, IV b ZR 44/88, WM 1989, 650 [= MittBayNot 1989, 136]). Auch in anderem Zusammen-hang bejaht der Bundesgerichtshof die Formfreiheit einer Genehmigung gem. § 182 Abs. 2 BGB; so der II. Zivilsenat zu § 2 Abs. 1 GmbHG (Urteil vom 21. 1. 1980, II ZR 153/79, WM 1980, 866, 867 [= MittBayNot 1980, 167 = DNotZ 1981, 183]), der VIII. Zivilsenat zu § 15 Abs. 3, Abs. 4 GmbHG (Urteil vom 23. 11. 1988, VIII ZR 262/87, WM 1989, 256, 257 ff. [= MittBayNot 1989, 165 = DNotZ 1990, 122]).

2. In der Literatur wird teilweise eine teleologische Reduk-tion von § 182 Abs. 2 BGB dahingehend für erforderlich gehalten, daß die Genehmigung eines gem. § 313 Satz 1

BGB formbedürftigen Rechtsgeschäfts ebenfalls der notariellen Form bedürfe. Dabei wird überwiegend eine generelle Beurkundungspflicht der Genehmigung angenommen (AK-BGB/Ott, § 182 Rdnr. 4; *Bellinger*, Die Bezugnahme in notariellen Urkunden, S. 217; *Doris*, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, S. 168 ff.; *Göhler*, BWNotZ 1985, 61, 62; *Hänlein*, JuS 1990, 737, 738; *Heckschen*, Die Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, S. 104; *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 281; *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. II, S. 890/891; *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., S. 486; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 5. Aufl., Rdnr. 1017; *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 4. Aufl., S. 40 f.; *Stathopoulos*, Die Einziehungsermächtigung, S. 144; *Tiedtke*, JZ 1990, 75, 76; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 136). Zumindest soll sie in den Fällen erforderlich sein, in denen nach der Rechtsprechung die Vollmacht zum Abschluß eines Grundstückskaufvertrages entgegen § 167 Abs. 2 BGB beurkundet werden muß (OLG München DNotZ 1951, 31; BGB-RGRK/*Steffen* 12. Aufl., § 182 Rdnr. 7; *Jauernig*, BGB, 6. Aufl., § 177 Anm. 3; ebenso für § 34 GWB OLG Saarbrücken OLGZ 1968, 3, 6).

3. Dem kann der Senat nicht folgen.

Es geht darum, eine nunmehr über 90 Jahre alte Bestimmung gegen deren Wortlaut auszulegen, obwohl sie — wie dargestellt — durch eine jahrzehntelange ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung ihrem Wortsinn nach verstanden und angewendet worden ist. Die Praxis, insbesondere die der Notare, hat sich auf diese Rechtsprechung eingestellt; zahllose Grundstückskaufverträge wären betroffen. Im Rahmen der Folgenabschätzung ist von besonderem Gewicht, daß von einer Formunwirksamkeit der Genehmigung in vielen Fällen auch die Wirksamkeit der Auflassung ergriffen und somit zweifelhaft wäre, ob die Heilung nach § 313 Satz 2 BGB eintreten könnte (vgl. BGH, Urteil vom 9. 7. 1992, IX ZR 209/91, WM 1992, 1662, 1666; *Brambring*, EWiR 1988, 1153, 1154). Bei dieser Sachlage treten die Rechtswerte der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in den Vordergrund und verlangen im allgemeinen ein Festhalten an der eingeschlagenen Rechtsentwicklung. Ein Abgehen von der Kontinuität der Rechtsprechung kann nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen (BGHZ 85, 64, 66). Der Senat hat diese Grundsätze besonders auch für den Bereich des § 313 BGB betont (BGHZ 87, 150, 155 ff. [= DNotZ 1983, 618] zur sog. falsa demonstratio). Er sieht auch im vorliegenden Fall keine deutlich überwiegenden Gründe für eine Änderung seiner Rechtsprechung.

a) § 182 Abs. 2 BGB ist das Ergebnis langer gesetzgeberischer Beratungen, in denen die Problematik einer Formbedürftigkeit der Genehmigung eingehend geprüft wurde. Der Gesetzgeber hat sich im Interesse der Rechtssicherheit und zur Vermeidung praktischer Schwierigkeiten bewußt für eine Formfreiheit auch in den Fällen entschieden, in denen das Vertretergeschäft beurkundungsbedürftig ist (vgl. die Nachw. bei *Wufka*, DNotZ 1990, 340, 341). Es gibt deshalb keine Lücke, die über eine restriktive Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut geschlossen werden müßte oder könnte. Es muß grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen bleiben, mit welcher Rigorosität er einen bestimmten Gesetzeszweck

— hier den des § 313 Satz 1 BGB — umfassend durchsetzen und dabei andere hochrangige Rechtswerte (z. B. Rechtssicherheit und Praktikabilität) hintansetzen will. Eine solche Abwägung hat er, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, in § 182 Abs. 2 BGB im Sinne einer nur begrenzten Berücksichtigung von Formzwecken bewußt und damit verbindlich vorgenommen. Dementsprechend hat der Gesetzgeber in den Fällen, in denen die Interessenabwägung anders ausfiel und die Einhaltung einer Form für die Zustimmung deshalb ausnahmsweise notwendig und zweckmäßig erschien, dies auch ausdrücklich so geregelt (vgl. z. B. § 1516 Abs. 2 Satz 3; § 1517 Abs. 1 Satz 2; § 1730; § 1750 Abs. 1 Satz 2; § 2120 Satz 2 BGB).

b) Mit Recht verweist *Wufka* (a. a. O. S. 342/343) darauf, daß der materiell-rechtliche Schutz von § 313 Satz 1 BGB auch im übrigen nur unvollkommen ausgestaltet ist (vgl. auch Senatsurteil vom 22. 12. 1971, V ZR 130/68, DNotZ 1972, 338, 340 [= MittBayNot 1972, 58]). Nach § 313 Satz 2 BGB werden formlose Verträge durch Auflassung und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch geheilt, wobei es durchaus unter Verstoß gegen § 925 a BGB zu einer wirksamen Auflassung kommen kann (Senatsurteil vom 22. 12. 1971 a. a. O.). § 128 BGB erlaubt die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme eines Grundstücksgeschäfts. Die Bezugnahme auf das Angebot dient lediglich seiner Identifizierung, das Angebot muß aber bei Beurkundung der Annahme nicht — erneut — mitbeurkundet werden. Eine Verlesung des Angebots gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ist nicht erforderlich (OLG Köln [richtig: Düsseldorf], JurBüro 1980, 1563; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG Teil B, 12. Aufl., § 13 a BeurkG Rdnr. 8). Eine wirksame Beurkundung kann deshalb auch dann erfolgen, wenn der Annehmende die Angebotsurkunde nicht vorlegen kann oder will. Der Umfang der Belehrung durch den Notar reduziert sich in diesem Fall auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind.

Kraft Gesetzes begründete Verpflichtungen zur Übertragung oder zum Erwerb von Grundstückseigentum fallen nicht in den Schutzbereich des § 313 BGB (vgl. auch BGHZ 85, 245, 248 ff. [= DNotZ 1984, 241]). Die Verpflichtung zur Abtretung eines Auflassungsanspruchs bedarf nicht der Form des § 313 BGB (BGHZ 89, 41 [= DNotZ 1984, 319]); ebensowenig die Abtretung des Auflassungsanspruchs selbst (BGHZ a. a. O. S. 46). Aus § 313 BGB kann demnach nicht der generelle Schluß gezogen werden, alle Vorgänge, die zu einer Änderung der Eigentumszuordnung an Grundstücken führen können, seien unter dem Gesichtspunkt der Warn- und Schutzfunktion beurkundungsbedürftig.

c) Auch die Rechtsprechung zur Beurkundungsbedürftigkeit bindender Vollmachten, die sich gegen den Wortlaut von § 167 Abs. 2 BGB entwickelt hat (vgl. dazu *Hagen/Brambring* a. a. O. Rdnr. 56/57 m. w. N.), ist kein zwingendes Argument für eine Änderung der Rechtsprechung im Bereich des § 182 Abs. 2 BGB. Beide Problemkreise sind nur bedingt miteinander vergleichbar. Die Rechtsprechung zur Vollmacht konnte an die Tatsache der Vollmachtserteilung und deren Qualität anknüpfen und damit einen Kernbereich des § 167 Abs. 2 BGB unangetastet lassen. Da die Genehmigung stets sofort bindet, den Vertrag wirksam macht und unwiderruflich ist, wäre sie bei Anwendung des § 313 BGB ausnahmslos beurkundungsbedürftig und damit der Anwendungsbereich von § 182 Abs. 2 BGB auf Null

reduziert. Eine Unterscheidung zwischen formbedürftigen und nicht formbedürftigen Genehmigungen ist unter diesem Gesichtspunkt nicht vorstellbar.

Für eine Beschränkung der Beurkundungspflicht auf die Fälle, in denen dem Vertragsschluß eine unwirksame (weil formbedürftige) Vollmacht vorausgegangen ist (vgl. etwa BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 182 Rdnr. 7; OLG München, DNotZ 1951, 31), fehlt jede sachliche Rechtfertigung. Im Hinblick auf die Formzwecke des § 313 BGB ist es nämlich unerheblich, ob der Vertrag vom Vertreter aufgrund einer unwirksamen Vollmacht oder von vornherein ohne Vollmacht erfolgt ist. Konsequenterweise fordert deshalb auch die überwiegende Gegenmeinung generell die Beurkundung der Genehmigung von Verträgen nach § 313 BGB und würde so in diesem Bereich § 182 Abs. 2 BGB völlig außer Kraft setzen, was sich mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm nicht mehr vereinbaren läßt. Unpraktikabel ist schließlich auch die von der Revision vorgeschlagene Fallgruppenbildung mit einer Beurkundungspflicht der Genehmigung in den Fällen, in denen — wie hier — durch eine unwirksame Reservierungsvereinbarung ein gewisser Zwang zur Genehmigung ausgeübt worden ist.

d) Zuzugeben ist, daß die Warn- und Schutzfunktion des § 313 BGB unmittelbar allein den Vertreter erreicht, weil der Notar nur die Beteiligten belehren muß (§ 6 Abs. 2, § 17 BeurkG). Nach der bestehenden Gesetzeslage ist der Schutz des Vertretenen aber bewußt nicht so ausgestaltet, als habe er selbst an der Beurkundung teilgenommen. Über eine nicht beurkundete bindende Vollmacht veräußert oder erwirbt der Vertretene praktisch bereits ein Grundstück ohne notwendigerweise die Einzelheiten zu kennen und ohne daß sich in diesem Zeitpunkt die Belehrungspflicht des Notars auswirken konnte. Davon unterschieden ist die Lage desjenigen, der einen bereits beurkundeten Vertrag genehmigt, dessen Inhalt er jedenfalls kennen kann.

e) Im übrigen wäre auch im Falle einer Beurkundung der Genehmigungserklärung der Schutz des Vertretenen keineswegs in dem Umfang gewährleistet, als wäre dieser selbst an der Beurkundung des Vertrages beteiligt. Die Belehrungspflicht geht nämlich nach dem Sinn und Zweck von § 17 BeurkG nur so weit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wirksam enthält (vgl. BGH, Urteil vom 29. 10. 1987, IX ZR 181/86, NJW 1988, 1143, 1146 [= DNotZ 1988, 383]). Bei der Beurkundung einer Genehmigungserklärung bezöge sich die Belehrungspflicht grundsätzlich nur auf die Genehmigung und deren rechtlichen Folgen, d. h. auf das Wirksamwerden des Geschäfts, nicht aber notwendigerweise auf Inhalt und Ausgestaltung des Vertretergeschäfts (vgl. auch *Wufka* a. a. O. S. 346 ff). Ein effektiver Schutz durch sachgerechte Belehrung und Beratung wäre deshalb entsprechend der Lage bei einer Beurkundung nach § 128 BGB nicht allein durch die Formbedürftigkeit der Genehmigung gewährleistet. Der Gefahr eines möglichen Mißbrauchs dieser Gestaltungsform durch systematische Einschaltung eines vollmachtlosen Vertreters ohne sachliche Rechtfertigung läßt sich auf der Ebene des notariellen Ständerechts begegnen (vgl. BayObLGZ 83, 292, 300 [= MittBayNot 1983, 238 = DNotZ 1984, 250]; BayObLG NJW-RR 1993, 1429 [= MittBayNot 1993, 242 = DNotZ 1994, 492]; *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der nota-

riellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Rdnr. 134; *Rohs/Rohs*, Die Geschäftsführung der Notare, 10. Aufl., Rdnr. 96; *Seybold/Hornig*, BNotO, 5. Aufl., § 14 Rdnr. 40).

f) Andererseits ist bei Formfreiheit der Genehmigung der Schutz des Vertretenen nicht so gering, wie die Vertreter einer Beurkundungspflicht befürchten. Aus grundbuchrechtlichen Gründen (§ 29 GBO) ist in den meisten Fällen zwar nicht eine Beurkundung, wohl aber eine Unterschriftsbeglaubigung erforderlich, die auch im vorliegenden Fall stattgefunden hat. In diesem Rahmen kann der Vertretene jedenfalls die Beratung des Notars in Anspruch nehmen, wenn dieser nicht ohnehin zur Belehrung wie bei einer zur Niederschrift aufgenommenen Urkunde verpflichtet sein sollte, weil er den Text der Genehmigungserklärung entworfen hat (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, BeurkG, 12. Aufl., § 40 Rdnr. 45 m. w. N.).

4. Soweit die Revision aus dem vom Kläger unterschriebenen Reservierungsauftrag und den darin enthaltenen Nachteilen einen Formzwang für die Genehmigung ableiten will, verhilft ihr dies nicht zum Erfolg. Der Formzwang erstreckt sich nur auf die Reservierungsvereinbarung selbst und zwar unter dem Gesichtspunkt, dadurch werde ein mittelbarer Druck auf den Kläger zum Eigentumserwerb ausgeübt. Rechte aus einer eventuellen Nichtigkeit des Reservierungsauftrags macht der Kläger aber nicht geltend.

II. Nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht eine wirksame Anfechtung des Vertrages wegen Täuschung (nur darauf bezieht sich die Rüge der Revision) verneint. (*Wird ausgeführt.*)

III. Soweit das Berufungsgericht eine Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) des Vertrages verneint, halten seine Ausführungen revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

Es vermißt einen substantiierten Vortrag zum Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Unstreitig liege der Preis für das „veräußerte Nutzungsrecht“ unter dem Preis anderer Anbieter. Es könne daher nicht angenommen werden, daß der Marktpreis solcher Anteile den vorliegend vereinbarten Preis unterschreite. Soweit sich bei Veräußerung aller 52 Anteile ein Erlös von 832.000 DM und damit ein Quadratmeterpreis von über 13.800 DM ergäbe, sei dies nicht erheblich, weil es nicht um die normale Veräußerung einer Eigentumswohnung, sondern um den Vertrieb von Anteilen und Nutzungsrechten im Time-Sharing-Modell gehe. Es komme daher allein auf den Marktpreis dieser Anteile an.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann von einem groben Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, das den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zuläßt, bereits dann ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist, wie der Wert der Gegenleistung (vgl. z. B. Senatsurteil vom 8. 11. 1991, V ZR 260/90, WM 1992, 441, 442 m. w. N. [= DNotZ 1993, 164]). Nach dem durch Sachverständigen-gutachten unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers liegt ein Quadratmeterpreis von 13.800 DM bei rund dem Sieben- bis Zehnfachen dessen, was in S. für Eigentumswohnungen marktüblich ist. Es ist zwar richtig, daß es nicht auf den Markt für normale Eigentumswohnungen ankommt, sondern auf den für die hier verkauften Anteile. Das Berufungsgericht stellt aber schon in sich widersprüchlich fest, daß insoweit der Marktpreis nicht unter dem des vom Kläger gekauften Anteils liege. Es bezieht sich dabei

ersichtlich auf den im Tatbestand seines Urteils wiedergegebenen unstreitigen Sachvortrag der Beklagten, der M.-Konzern verlange für seine Modelle noch höhere Preise. Dies allein rechtfertigt aber nicht die Feststellung, der vereinbarte Kaufpreis sei marktgerecht.

Bei dem behaupteten exorbitanten Mißverhältnis, verglichen mit dem Markt normaler Eigentumswohnungen, hätte das Berufungsgericht auch Anlaß gehabt, zu prüfen, inwieweit die zusätzlichen Leistungen im Rahmen des Time-Sharing-Modells eine solche Erhöhung rechtfertigen, wobei es berücksichtigen mußte, daß der Erwerber eines Anteils nach der maßgeblichen Gemeinschaftsordnung ein — für die ersten zwei Jahre im Kaufpreis enthaltenes — Wirtschaftsgeld zu zahlen hat, das je Nutzungswoche für eine Sechs-Personen-Wohnung (unstreitig hat die vom Kläger gekaufte Wohnung diese Größe) 342 DM, mithin jährlich 17.784 DM beträgt.

Verkauft ist zwar eine möblierte und mit vollständigem Hausrat versehene Wohnung, der Vertrag enthält aber keine Regelung darüber, ob und welche Ansprüche dem Erwerber hinsichtlich der sonstigen Nutzungsmöglichkeiten des Ferienparks zustehen und ob er von diesen Möglichkeiten ohne oder nur gegen besonderes Entgelt Gebrauch machen kann. Das Berufungsgericht hätte schließlich prüfen müssen, ob und welche Ansprüche der Erwerber im Rahmen seiner Mitgliedschaft im „Tauschpool“ hat, die nicht bereits durch die erhobene Tauschgebühr (für die ersten fünf Jahre im Kaufpreis enthalten) abgegolten sind.

Nicht berücksichtigt hat das Berufungsgericht schließlich, daß es für die Sittenwidrigkeit des Geschäfts nicht allein auf den objektiven Inhalt des Rechtsgeschäfts ankommt, vielmehr ein Sittenverstoß sich auch aus dem Gesamtcharakter, d. h. aus einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts ergeben kann (vgl. BGHZ 107, 92, 97), wobei auch Umstände zu berücksichtigen sind, die zu seiner Vornahme geführt haben (vgl. BGH, Urteil vom 1. 2. 1956, IV ZR 249/55, LM BGB § 138 (Cb) Nr. 6). Im vorliegenden Fall können vor allem die Vertriebsmethoden der Firma T. Bedeutung gewinnen, die sich die Beklagten zurechnen lassen müssen, weil sie dieser Firma allein den gesamten Vertrieb überlassen haben. So hat der Kläger unstreitig bei dieser Firma die Reservierungsvereinbarung unterzeichnet, die schließlich zur Beurkundung des notariellen Vertrages geführt hat, und ist auch von einer Bezirksleiterin der Firma T. begleitet worden, als er sich zum Notar begab, um den Vertrag zu genehmigen. Dem vorausgegangen war die Anwerbung des Klägers als Handelsvertreter, um ihn unter Hinweis auf die Provisionsregelung mit „Höherstufung“ zum Gruppenleiter sowie auf dessen „bessere“ Rechtsstellung zum Erwerb eines eigenen Anteils zu veranlassen; dabei mußte der Kaufpreis nahezu vollständig über ein gleichzeitig abgeschlossenes Kreditgeschäft finanziert werden und der Kläger den pfändbaren Teil seiner Bezüge als Zeitsoldat zur Sicherheit abtreten. Der Kläger hätte kaum die Chance gehabt, einen eigenen Mitarbeiterstamm (vgl. Ziff. 9 f und g des Handelsvertretervertrages) aufzubauen, weil ein Berater bereits mit dem Verkauf oder eigenem Erwerb eines einzigen Anteils zum Gruppenleiter „aufsteigt“. Diese Vertriebsmethode legt die Annahme nahe, daß die Anwerbung von nebenberuflichen Handelsvertretern nur dazu dient, nach Art eines Schneeballsystems (vgl. dazu BGH, Urteil vom 22. 5. 1978, III ZR 153/76, WM 1978, 875, 877) die geschäftliche Unerfahrenheit der geworbenen Personen dazu auszunützen, um ihnen

überbewertete Eigentumswohnungen zu verkaufen. Hinzu kommt, daß dazu sog. Reservierungsvereinbarungen eingesetzt wurden, die formnichtig waren (§ 313 Satz 1 BGB; § 125 BGB); denn durch die Vereinbarung einer empfindlichen Schadenspauschale von 12% des Kaufpreises war ein ins Gewicht fallender Nachteil für den Fall der Genehmigungsverweigerung vorgesehen, der einen mittelbaren Zwang zum Erwerb des Anteils herbeiführte (vgl. BGHZ 76, 43, 46 ff. [= MittBayNot 1980, 62 = DNotZ 1980, 409]; 103, 235, 239 [= MittBayNot 1988, 165 = DNotZ 1989, 255]). Diese Formnichtigkeit kann den professionellen Anbietern von Eigentumswohnungen kaum verborgen geblieben sein. Es liegt deshalb nicht fern anzunehmen, solche Vereinbarungen seien auch vorliegend nur abgeschlossen worden, um auf den Kläger den nötigen Druck zur Genehmigung des Vertrages auszuüben.

Das Berufungsgericht wird deshalb entsprechend den vorstehenden Ausführungen die nötige Gesamtwürdigung nachholen müssen.

Anmerkung

1. Der Bundesgerichtshof bestätigt mit diesem Urteil die ständige notarielle Praxis. Er nimmt den Wortlaut des § 182 Abs. 2 BGB zum Nennwert: „Die Zustimmung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form“. Bei der nachträglichen Zustimmung (§ 184 Abs. 1 BGB) eines Grundstücksgeschäfts wird allein wegen § 29 GBO die Unterschrift des Genehmigenden beglaubigt. Diese langjährige Handhabung sah sich in jüngerer Zeit einer zunehmenden Unsicherheit ausgesetzt. Zweifel entstanden, weil der Anwendungsbereich der vergleichbaren Vorschrift des § 167 Abs. 2 BGB für die Bevollmächtigung bei Grundstücksgeschäften unter Berufung auf den Normzweck des § 313 BGB gegen dessen Wortsinn teleologisch reduziert wird. Die teleologische Reduktion auch des § 182 Abs. 2 BGB wird, wie die Zitate in der Begründung (B I 2) belegen, immerhin von namhaften Hochschullehrern des Zivilrechts wie *Larenz*, *Flume* und *Medicus* vertreten. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs war daher notwendig geworden. Sie bringt die für die Praxis gebotene Rechtssicherheit.

2. Die Begründung veranlaßt ergänzende Bemerkungen.

a) Zum Verständnis der von §§ 167 Abs. 2 und 182 Abs. 2 BGB getroffenen Formaussage muß man deren dogmatischen Hintergrund sehen. Er liegt in dem vom Gesetzgeber festgelegten Verhältnis der Bevollmächtigung bzw. der Zustimmung zu ihrem Hauptgeschäft. Vollmacht und Genehmigung sind trotz des inneren Zusammenhanges mit dem Vertretergeschäft nicht dessen Teil¹. Hätte der Gesetzgeber das anders geregelt („Einheitstheorie“)², würde sich die Formbedürftigkeit des Vertretergeschäftes von allein auf die Bevollmächtigung und die Genehmigung erstrecken. Die Formfreiheit der Zustimmung ist also eine bewußte und im Zusammenspiel der die Formfrage regelnden Normen folgerichtige Entscheidung des Gesetzgebers. Es liegt keine Lücke vor, wie der Bundesgerichtshof richtig feststellt.

¹ Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, S. 137 m. w. N. zur Vollmacht, S. 157 m. w. N. zur Genehmigung; Wufka, DNotZ 1990, 339, 441 f.

² Zur Einheitstheorie vgl. z. B. MünchKomm/Thiele, § 164 Rdnr. 4 m. w. N.

b) Diese aus dem grundsätzlichen Verhältnis Zustimmung/Vertretergeschäft abgeleitete Lösung beantwortet die Formfrage noch nicht abschließend. Immerhin könnte sich für Grundstücksgeschäfte aus einem besonderen Verhältnis der Genehmigung zu § 313 BGB ein im Gesetz mitgeschriebenes, von der Regel des § 182 Abs. 2 BGB abweichendes, vom Normzweck des § 313 BGB bestimmtes Formverständnis für die Genehmigung ergeben. Die Parallele zur Beurteilung der Formfrage der Vollmacht liegt nahe. Sie wird vom Bundesgerichtshof als nicht tragfähig abgelehnt (B I 3 c). Aus systematischer Sicht unbefriedigend ist dabei, daß der Bundesgerichtshof lediglich auf die Beurkundungsbedürftigkeit der Vollmacht abstellt, ohne sich auf die eigentliche Begründungsebene zu begeben.

Die Form des § 313 BGB wird durch die rechtsgeschäftliche Bindung eines Vertragsteils zur Vornahme eines Grundstücksgeschäfts ausgelöst. Sie ergreift das ganze Schuldverhältnis. In den Vollmachtsfällen liegt die formauslösende (vorverlagerte, mittelbare) Bindung des Auftraggebers zur Vornahme des Grundstücksgeschäfts (Abgrenzung nach dem Zweck: Delegation oder Bindung) begrifflich in dem der Vollmacht zugrundeliegenden Innenverhältnis (z. B. Geschäftsbesorgung). Das hat dessen Beurkundungsbedürftigkeit zur Folge. Die Vollmacht selbst ist nur im Falle der formausdehnenden Geschäftseinheit zusammen mit dem Innenverhältnis (§ 139 BGB) formbedürftig³. Nicht die Vollmacht, sondern ihr Innenverhältnis enthält die formauslösenden Elemente mit der Folge seiner Beurkundungsbedürftigkeit. In diesen Fällen genügt die isoliert beurkundete Vollmacht der Form des § 313 BGB nicht⁴.

Dieser rechtssystematische Zusammenhang gilt auch für die Form der Zustimmung. Die Frage der Formbedürftigkeit der Genehmigung⁵ lautet: Soll zwischen dem vollmachtlos handelnden Vertreter und dem Geschäftsherrn ein Rechtsverhältnis (z. B. Geschäftsbesorgung) zustandekommen, das ihn zur Genehmigung des bis dahin für ihn bindungslosen, weil schwebend unwirksamen Grundstücksgeschäfts verpflichtet?⁶ Ist das der Fall, wird für den Geschäftsherrn die formauslösende Bindung erzeugt, die in erster Linie dieses Rechtsverhältnis und zwar insgesamt beurkundungsbedürftig macht. Der Aspekt des Formumfangs löst sodann (wie bei der Vollmacht) die Frage nach der Geschäftseinheit

mit der Genehmigung aus. Denkbar wäre z. B., daß sich der Geschäftsherr durch Vereinbarung mit dem Vertreter vertraglich verpflichtet, ihm gegenüber die Genehmigung zu erklären (§ 182 Abs. 1 BGB, vgl. auch § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB). Diese Gestaltung ist akademisch. In der Praxis geschieht es gelegentlich, daß der vollmachtlos vertretene Geschäftsherr gegenüber seinem Vertragspartner (nicht Vertreter) die Genehmigung des bislang schwebend unwirksamen Vertretergeschäfts von dessen Inhaltsänderung abhängig macht. Das Ergebnis dieser Nachverhandlung ist eine beurkundungsbedürftige Inhaltsänderung, die die mitzubeurkundende Genehmigung umfaßt.

3. Dem Regelfall der Genehmigung liegt keine formauslösende Gestaltung zugrunde. Die Schutzziele des § 313 BGB werden durch die regelmäßig formfreie Genehmigung nicht in einer nicht mehr hinnehmbaren Weise beeinträchtigt. Wie das OLG Köln⁷ als Vorinstanz richtig erkennt, sind bereits bei der nur notariell zu beglaubigenden Genehmigungserklärung die allgemeinen Formfunktionen der Warnung und des Beweises gewahrt.

Bei Beurkundungsbedürftigkeit (nur) der Genehmigung hätte die spezielle Formfunktion der notariellen Beurkundung mit dem Ziel der inneren Vertragsgerechtigkeit nur deren Wirkungen, nicht aber den Inhalt des Vertretergeschäfts zum Gegenstand (B I 3 e). Diese, die notarielle Beurkundung legitimierende Funktion der Rechtsbelehrung⁸ ist, wenn auch mit Einschränkung wegen des Beteiligten an der Beurkundungsverhandlung, bei der Beurkundung des zustimmungsbedürftigen Vertretergeschäfts erfüllt. Die vom Bundesgerichtshof in den Entscheidungsgründen (B I 3 b) genannten Vertragsabschlußtechniken zeigen zudem, daß der Schutz des § 313 BGB nicht lückenlos ist. Stellt man bei Vertretergeschäften auf die Bindung des Geschäftsherrn im Innenverhältnis mit dem Vertreter ab, entfaltet die vollständige Beurkundungsbedürftigkeit des die formauslösende Bindung erzeugenden Grundverhältnisses einen weitergehenden Schutz als lediglich die isolierte Beurkundung einer Vollmacht bzw. Genehmigung leisten kann.

4. Die Auswirkungen der formfreien Genehmigung für die Praxis sind im Urteil selbst angesprochen (B I 3 e). Man wird im Einzelfall prüfen müssen, ob die Beurkundung durch einen vollmachtlosen Vertreter sachlich gerechtfertigt ist. Dazu gehört, daß der Geschäftsherr vorher die Möglichkeit gehabt hat, auf den Inhalt des Vertrages einwirken zu können⁹, und daß er (auch aus Kostengründen) mit dem Verfahren einverstanden ist. Die notarielle Rechtsbelehrung muß ja nicht in der (abschließenden) Beurkundung stattfinden. In der Praxis findet sie regelmäßig bei den die Beurkundung vorbereitenden Gesprächen mit dem Notar statt.

Die Beurkundung kann die Rechtsbelehrung der Vertragsparteien nicht sicherstellen, wenn ein Vertragsteil vorbehaltlich Genehmigung vom anderen Vertragsteil vertreten wird. Aus der Sicht der Formfunktion unterscheidet sich diese Vertragsabschlußtechnik nicht vom Angebot mit nachfolgender Annahme. Die einseitige Interessenverfolgung ist vorprogrammiert, wenn der Vertretene bzw. Annehmende

³ Dazu insbesondere: *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnrn. 3537 ff.; *Korte*, a. a. O., S. 136 ff., 145; *Wufka*, DNotZ 1990, 339, 344 f., der zutreffend registriert, daß die Rspr. diesen dogmatisch richtigen Weg noch nicht „unbeirrt“ geht.

⁴ Das LG Erfurt hat diese systematischen Zusammenhänge in seinem Urteil vom 22. 11. 1993 — 1 S 84/93, MittBayNot 1994, 177, für den Fall des § 2033 BGB (Formbedürftigkeit der Erbteilsübertragung) nicht berücksichtigt. In seiner kritischen Anmerkung zu diesem Urteil setzt sich *Hügel* (a. a. O., S. 177) damit zwar richtigerweise unter Übertragung der zu § 313 BGB entwickelten Gedanken auf § 2033 und auf § 2371 BGB auseinander, kommt aber zum falschen Schluß der Beurkundungsbedürftigkeit (nur) der Vollmacht.

Ob auch aus den unterschiedlichen Regelungsgegenständen des § 2033 BGB (Verfügungsgeschäft) und des § 2371 BGB (Verpflichtungsgeschäft) andere oder weitere Folgerungen zu ziehen sind, sei hier nur als Merkposten angemeldet.

⁵ Bei der Einwilligung (§ 183 BGB) ist die Nähe zur Vollmacht noch deutlicher.

⁶ Vgl. die Vorentscheidung des OLG Köln, Urteil vom 12. 3. 1992, 20 U 218/92, Rpfleger 1993, 440.

⁷ Rpfleger 1993, 440 f.

⁸ *Korte* a. a. O. S. 3 f.

⁹ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 30. 4. 1993 — 3 Z BR 49/93, DNotZ 1994, 492 mit Anm. *Schmitz-Valckenberg*.

keine Möglichkeit hatte, vorher auf den Inhalt des angestrebten Vertrages einzuwirken. Wird diese Abschlußtechnik von den Beteiligten gewollt, hat der Notar demzufolge zu klären, ob die vorherige Rechtsbelehrung und Einwirkung auf den Vertragsinhalt anderweitig gesichert ist.

Die Beurkundung vorbehaltlich Genehmigung bestimmter Rechtsgeschäfte (Bauträgervertrag, Anlagemodelle), bei denen mangels gleicher rechtlicher Vorkenntnisse der eigentlich belehrungsbedürftige, durch die Beurkundungsform geschützte Verbraucher vertreten wird, läßt sich unter dem Aspekt des § 17 BeurkG wohl kaum verantworten. Dies gilt nach meinem Verständnis der Formfunktion grundsätzlich (aber nicht ausnahmslos) für jeden Einzelfall und ist nicht abhängig von einer systematischen Handhabung.

Der Bundesgerichtshof weist darauf hin, daß auch die bei Grundstücksgeschäften aus Grundbuchrecht (§ 29 GBO) erforderliche Unterschriftsbeglaubigung eine gewisse Schutzmöglichkeit bietet. Die Praxis zeigt, daß auch in diesen Fällen die Beteiligten in der Vielzahl der Fälle den Notar in der Erwartung einer Beratung aufsuchen, selbst wenn „nur“ die Unterschrift zu beglaubigen ist. Das Siegel des Notars wird vielfach als Gütesiegel verstanden. Die Frage an den Genehmigenden, ob ihm der Inhalt dessen, was er genehmigt, bekannt sei und dazu Fragen bestünden, sollte zum nobile officium der Amtstätigkeit des Notars gehören. Er muß keine Belehrung aufdrängen; es genügt, seine Bereitschaft zum Gespräch erkennen zu lassen. Der Geschäftsherr kann dann selbst entscheiden, ob er diese Möglichkeit wahrnimmt. Der Notar, der die Unterschrift unter einem von ihm entworfenen Text beglaubigt, ist ohnehin zur Belehrung verpflichtet (B I 3 f). Stammt der Entwurf von einem anderen Notar, sollte der Genehmigende auf die Möglichkeit hingewiesen werden, sich von ihm auch bezüglich des Inhalts des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts belehren zu lassen.

Notar Dr. Heinz Korte, München

2. GG Art. 140; BGB §§ 58 Nr. 1, 60 (*Funktionsträger als „geborene“ Mitglieder eines kirchlichen Vereins*)

Bei dem einer Kirche zugeordneten, kirchliche Aufgaben wahrnehmenden Verein darf die Satzung bestimmen, daß kirchliche Funktionsträger „geborene“ Vereinsmitglieder sind.

OLG Hamm, Beschluß vom 21. 6. 1994 — 15 W 16/94 —, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Tatbestand der Schriftleitung:

Der beschwerdeführende Verein ist eine Unterorganisation des Familienbundes der Deutschen Katholiken — Katholische Elternschaft — im Erzbistum P. e. V. (im folgenden: Familienbund). Er wurde am 30. 6. 1993 durch sieben Vorstandsmitglieder des Familienbundes gegründet und zur Eintragung in das Vereinsregister angemeldet.

In § 4 der Vereinssatzung ist bestimmt, daß (neben sonstigen Mitgliedern) die Mitglieder des Diözesanvorstandes des Familienbundes geborene Mitglieder des Vereins sind und vom Vorsitzenden schriftlich dem Vorstand des Vereins bekanntgegeben werden. Ferner ist geregelt, daß die Mitgliedschaft der vorgenannten geborenen Mitglieder mit ihrem Ausscheiden aus dem Amt erlischt.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hält eine Regelung, daß jemand aufgrund einer bestimmten Funktion Mitglied ist, für unzulässig und hat deshalb am 8. 10. 1993 die Anmeldung zurückgewiesen.

Die hiergegen eingelegte Erinnerung und Beschwerde blieb ohne Erfolg: Auf die weitere Beschwerde des Vereins hat das OLG die Vorentscheidungen aufgehoben und den Rechtspfleger angewiesen, von seinen im Beschluß vom 8. 10. 1993 geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

Aus den Gründen:

I. . . .

II. 1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen sofortigen Erstbeschwerde des Beteiligten ausgegangen. Er ist nach der neueren Rechtsprechung, die der Senat teilt, als Vorverein beschwerdeberechtigt (vgl. BGHZ 107, 1, 2; BayObLGZ 1991, 52, 55). Ein Verein wird danach zum Vereinsregister vom Vorverein, vertreten durch dessen Vorstandsmitglieder, zur Eintragung angemeldet. Es handelt sich somit um einen Eintragungsantrag des Beteiligten, der durch den Beschluß des Amtsgerichts vom 8. 10. 1993 zurückgewiesen worden ist (§ 20 Abs. 2 FGG).

2. In der Sache selbst kann der Senat den Erwägungen der Vorinstanzen aus Rechtsgründen nicht folgen.

a) Im Grundsatz ist nicht zu beanstanden, daß das Registergericht und auf Rechtsmittel das Gericht der ersten Beschwerde auch materielle rechtliche Gesichtspunkte in die Prüfung gem. §§ 60, 58 Nr. 1 BGB einbezogen haben. Wird ein Verein zur Eintragung angemeldet, so hat das Registergericht aufgrund der eingereichten Unterlagen neben der formellen Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung zu prüfen, ob die Satzung (nicht einzelne Satzungsbestimmungen) materiellrechtlich wirksam ist, der Verein ideale Ziele verfolgt und der Vereinsname mit dem Rechtsgedanken des § 18 Abs. 2 HGB in Einklang steht. Bei Beanstandungen, die von den Beteiligten nicht behoben werden, ist die Anmeldung zurückzuweisen (OLG Köln NJW 1989, 173, 174; NJW 1992, 1048; MüKo/Reuter, BGB, 3. Aufl., § 60 Rdnr. 2). Bei der Prüfung der materiellen Seite der Anmeldung muß das Registergericht jedoch stets im Auge behalten, daß der Verein bei seiner Satzungsgestaltung weitgehend frei (§ 25 BGB) und seine Befugnis zur Selbstordnung seiner Angelegenheiten verfassungsmäßig garantiert ist (Art. 9 Abs. 1 GG). Das Registergericht ist deshalb nicht befugt, eine Anmeldung zurückzuweisen oder zu beanstanden, wenn die Satzungsbestimmungen keine zwingenden Rechtsvorschriften verletzen, es diese lediglich für unzumutbar, unklar oder redaktionell überarbeitungsbedürftig hält (OLG Köln NJW 1992, 1048 m. w. N.). Wie weit die Prüfungsbefugnis des Registergerichts im Einzelfall reichen kann, muß im vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden.

Denn die hier beanstandete Satzungsbestimmung verstößt bei dem einer Kirche zugeordneten, kirchliche Aufgaben wahrnehmenden Verein nicht gegen das Vereinsrecht und steht der Eintragung daher nicht entgegen.

b) Das Landgericht meint: Eine Bestimmung, nach der bestimmte Personen aufgrund einer bestimmten Eigenschaft oder einer Funktion automatisch Mitglieder eines Vereins seien, verstoße gegen das Prinzip der Privatautonomie und das aus Art. 9 Abs. 1 GG folgende Recht, einem Verein fernzubleiben. Deshalb könne eine solche Bestimmung nicht Bestandteil der Satzung sein. . . .

aa) Diese Begründung übersieht, daß es sich bei dem Verein um eine Untergliederung des Familienbundes der Deutschen Katholiken — Katholische Elternschaft — im Erzbistum P. e. V. handelt, er somit zu einer der Religionsgesellschaften gehört, denen Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV die Freiheit garantiert, ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten. Diese Selbstordnungs- und Selbstverwaltungsgarantie kommt nicht nur den verfaßten Kirchen und ihren rechtlich selbständigen Teilen zugute, sondern allen der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, wenn sie — wie hier nicht zweifelhaft ist — nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrages der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen (BVerfG NJW 1986, 367). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 1991, 2623, 2625) gebietet es die religiöse Vereinigungsfreiheit, gerade auf dem Gebiet des Vereinsrechts des BGB das Eigenverständnis einer Religionsgesellschaft, soweit es in dem Bereich der durch Art. 4 Abs. 1 GG als unverletzlich gewährleisteten Glaubens- und Bekenntnisfreiheit wurzelt und sich in der durch Art. 4 Abs. 2 GG geschützten Religionsausübung verwirklicht, bei der Auslegung und Handhabung des einschlägigen Rechts besonders zu berücksichtigen. Das bedeutet nicht nur, daß die Religionsgesellschaft Gestaltungsspielräume, die das dispositive Recht eröffnet, voll ausschöpfen darf. Auch bei der Handhabung zwingender Vorschriften sind Auslegungsspielräume zugunsten der Religionsgesellschaften zu nutzen, soweit nicht unabwiesbare Rücksichten auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs und auf die Rechte anderer entgegenstehen.

bb) Das Landgericht begründet die Unzulässigkeit der genannten Satzungsbestimmung mit ihrer Unvereinbarkeit mit dem das Vereinsrecht prägenden Grundsatz der Vereinsautonomie. Dieser Grundsatz wird von zwei nicht notwendig parallel laufenden inhaltlichen Tendenzen geprägt: Einerseits schützt er, worauf das Landgericht entscheidend abgehoben hat, die Autonomie in der Bildung des Vereins nach der freien Selbstentscheidung der Mitglieder. Andererseits bewahrt er die Selbstbestimmung des Vereins und seiner Mitglieder vor einer Entäußerung, die die eigene Willensbestimmung nahezu vollständig zum Erliegen bringt (BVerfG a. a. O., S. 2625). Zu den Eigenarten von religiösen Vereinen, die im Eintragsverfahren zu berücksichtigen sind, gehört es indes, daß sie gerade darauf bedacht sein können, sich in die Hierarchie ihrer Religionsgemeinschaft einzufügen.

Darin ist ohne besondere entgegenstehende Anhaltspunkte nicht die Unterwerfung unter eine Fremdbestimmung von außen zu sehen; die Autonomie in der Bildung und Organisation eines religiösen Vereins kann vielmehr gerade dahin betätigt werden, daß als Zweck des Vereins gewollt ist, eine Teilgliederung einer Religionsgesellschaft zu sein und sich in deren Struktur einzufügen. Solche selbst gesetzten Einordnungszwecke, die sich bei einem religiösen Verein gerade als Ausdruck der religiösen Selbstbestimmung der Mitglieder in ihrem gemeinsamen Glauben darstellen, müssen nicht schlechthin als Preisgabe der Selbstbestimmung des Vereins beurteilt werden. Die Grenze ist erst dort erreicht, wo Selbstbestimmung und Selbstverantwortung des Vereins nicht nur in bestimmten Hinsichten, die sich aus dessen hierarchischer Einordnung in die Religionsgemeinschaft,

der er zugeordnet ist, ergeben, sondern darüber hinaus in weitem Umfang ausgeschlossen werden. Der Verein würde dann nicht mehr vornehmlich vom Willen der Mitglieder getragen, sondern zur bloßen Verwaltungsstelle oder einem bloßen Sondervermögen eines anderen (BVerfG a. a. O., S. 2626 m. w. N.).

Die in diesen Grenzen bestehende freie Regelungskompetenz des kirchlichen Vereins umfaßt nach Auffassung des Senats die Voraussetzungen für den Erwerb und den Inhalt der Mitgliedschaft; die Ein- und Austrittsregeln müssen nicht mit denen übereinstimmen, die für nicht religiöse Vereine gelten. Die Mitgliedschaft kann deshalb auch — wie im vorliegenden Fall in § 4 Nr. 2 der Satzung — „geborene“ Vereinsmitglieder (kirchliche Funktionsträger) bestimmen (so auch OLG Köln NJW 1992, 1048, 1050 m. w. N.; ebenso BayObLGZ 1987, 161, 170 für den Fall des Ausschlusses der Vereinsmitglieder bei der Bestellung des Vereinsvorstandes), obwohl dies für nicht religiöse Vereine, jedenfalls nach dem materiellen Vereinsrecht, unzulässig wäre (dazu siehe BayObLG DB 1973, 2518; Stöber, Vereinsrecht, 6. Aufl., Rdnr. 561; Sauter/Schweyer, Der eingetragene Verein, 15. Aufl., Rdnr. 70).

Unabwiesbare Rücksichten auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs und auf die Rechte anderer gebieten keine andere Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen. Die von den Vorinstanzen beanstandete Satzungsbestimmung betrifft nicht das Außenverhältnis, sondern die innere Struktur des Vereins. Nach der Entstehungsgeschichte und dem Zugschnitt des Vereins ist nicht zu befürchten, daß es zu aufgeprägten Vereinsmitgliedschaften gegen den Willen künftiger „geborener“ Vereinsmitglieder oder zu einer unzulässigen Fremdbestimmung des Vereins im Sinne der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommen wird.

3. BGB §§ 1018, 242, 157 (Vertragspflicht zur Bestellung einer Baulast)

1. Die Rechtsprechung des Senats zum Anspruch auf Baulastbestellung aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis einer Dienstbarkeit (vgl. BGHZ 106, 348 ff. [= DNotZ 1989, 565]) betrifft nicht Fallgestaltungen, in denen zwischen den Beteiligten vertragliche Beziehungen (hier: Kaufvertrag) bestehen.
2. Aus dem Inhalt eines solchen Vertrages und eventuell dessen ergänzender Auslegung beantwortet sich primär die Frage, ob der Käufer eines Teilgrundstücks gegen den Verkäufer Anspruch auf Bestellung von Baulasten hat, falls dies zur Genehmigung der Grundstücksteilung erforderlich ist.

BGH, Urteil vom 18. 3. 1994 — V ZR 159/92 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 11. 10. 1985 kaufte der Kläger vom Beklagten für 950.000 DM eine noch abzuteilende Grundstücksfläche von etwa 2.000 qm. Auf dieser Fläche war bei Vertragsschluß bereits ein vom Kläger mit Zustimmung des Beklagten — teilweise an der „neuen“ Grundstücksgrenze — errichteter Rohbau eines Geschäftshauses vorhanden. Nach dem Vertrag hatte der Kläger die Teilungsgenehmigung zu erwirken; für eine näher bezeichnete Fläche auf dem Restgrundstück des Beklagten war ihm das Recht eingeräumt, diese als gemeinschaftliche Einfahrt mitzubenutzen und eine entsprechende Grunddienstbarkeit bewilligt. Der Beklagte

hatte „im Rahmen des geltenden Baurechts Gewähr für die Zulässigkeit einer Bebauung“ auf dem Kaufgrundstück übernommen.

Die zuständige Behörde hat die Teilungsgenehmigung davon abhängig gemacht, daß der Beklagte durch Baulasten die nach der Landesbauordnung für das Gebäude erforderlichen Abstandsflächen auf sein Grundstück übernimmt und die erforderliche Ein- und Ausfahrt zur Verfügung stellt.

Der Kläger verlangt vom Beklagten die Bestellung entsprechender Baulasten. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hält die Ansprüche des Klägers für begründet. Die Verpflichtung des Beklagten zur Baulastbestellung hinsichtlich der Ein- und Ausfahrt ergebe sich als Nebenpflicht aus dem durch die Dienstbarkeit begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis. Unerheblich sei, daß die Dienstbarkeit erst bewilligt und noch nicht eingetragen sei. Offenbar im Wege ergänzender Auslegung entnimmt es den vertraglichen Vereinbarungen, daß der Beklagte eine Baulast für die vom Kläger einzuhaltenden Abstandsflächen auf das Restgrundstück zu übernehmen hat.

Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Zur Baulast im Hinblick auf die Sicherung der Ein- und Ausfahrt für das Kaufgrundstück ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft. Die von ihm angeführte Rechtsprechung des Senats (BGHZ 106, 348 ff. [= DNotZ 1989, 565]; fortgeführt in den Urteilen vom 6. 10. 1989, V ZR 127/88, WM 1990, 320 ff. [= DNotZ 1991, 250]; vom 26. 10. 1990, V ZR 105/89, WM 1991, 239, 240 ff. und vom 3. 7. 1992, V ZR 203/91, WM 1992, 1784 ff. [= DNotZ 1993, 57]) betrifft nur Sachverhalte, in denen die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten *allein* durch die Dienstbarkeit und das daraus folgende *gesetzliche* Schuldverhältnis gekennzeichnet ist, vertragliche Beziehungen aber fehlen (vgl. z. B. BGHZ 106, 348, 350). Im vorliegenden Fall bestehen zwischen den Parteien aber gerade vertragliche Bindungen, aus deren Inhalt in erster Linie die Frage beantwortet werden muß, ob dem Kläger Ansprüche auf Übernahme der begehrten Baulasten zustehen; denn die vertragliche Regelung hat grundsätzlich Vorrang vor dem dispositiven Gesetzesrecht. Da eine ausdrückliche vertragliche Bestimmung hierzu fehlt und nach den bisherigen Feststellungen auch kein Anhaltspunkt für eine unmittelbare Vertragsauslegung gegeben ist, hätte das Berufungsgericht — wie auch im Zusammenhang mit der Baulast für die Abstandsflächen — prüfen müssen, ob im Wege ergänzender Vertragsauslegung (vgl. § 157 BGB) ein entsprechender Anspruch des Klägers begründet ist. Die dafür nötigen Voraussetzungen mögen sich zwar teilweise mit den Anforderungen überschneiden, die der Senat für die Begründung von Nebenpflichten aus einem gesetzlichen Begleiterschuldverhältnis zur Dienstbarkeit aufgestellt hat, sind aber in ihrem Ansatz (Regelungslücke, die entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen ist) von anderer Art. Da auch die ergänzende Vertragsauslegung zum Bereich der Tatsachenfeststellung gehört (vgl. Senatsurteil vom 30. 3. 1990, V ZR 113/89, BGHR BGB § 157 — ergänzende Auslegung 9 [= MittBayNot 1990, 238 = DNotZ 1991, 667]), muß das Berufungsgericht von dem oben beschriebenen Ansatz aus die bisher fehlenden Feststellungen nachholen. (*Wird ausgeführt.*)

2. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die ergänzende Vertragsauslegung im Hinblick auf die Baulast zur Abstandsfläche. . . .

Rechtsfehlerhaft sind aber teilweise die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Feststellung des hypothetischen Parteiwillens.

Es geht im vorliegenden Fall nicht nur um die aus dem Vertrag folgende Pflicht der Parteien, das Ihrige zur Herbeiführung der Genehmigung zu tun (vgl. auch BGHZ 14, 1, 2 [= DNotZ 1954, 532]), die im Einzelfall auch dazu führen kann, an einer die Genehmigungsfähigkeit herbeiführenden Vertragsänderung unbedeutenden Umfangs mitzuwirken (vgl. BGHZ 67, 34, 35 [= MittBayNot 1976, 167 = DNotZ 1977, 31]), es geht auch darum, daß der Beklagte durch die Baulastbestellung eine erhebliche zusätzliche Leistung erbringen müßte. Der Senat versteht die Ausführungen des Berufungsgerichts insgesamt dahin, daß es nach dem Maßstab von Treu und Glauben einen entsprechenden hypothetischen Parteiwillen feststellt (vgl. insoweit auch die Klausel am Ende des notariellen Vertrages zur Ausfüllung einer ergänzungsbedürftigen Lücke).

a) Das Berufungsgericht hebt maßgeblich darauf ab, daß eine Bebauung des Restgrundstücks in dem behördlich geforderten Abstandsbereich schon mit Rücksicht auf die entlang der künftigen Grundstücksgrenze verlaufenden Zu- und Abfahrten *beider* Parteien unmöglich sein wird und deshalb das Vorbringen des Beklagten zur Wertminderung des Restgrundstücks nicht nachvollziehbar sei. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß die geforderte Abstandsfläche nicht nur in dem Bereich liegt, der mit der Zufahrtsdienstbarkeit zugunsten des Klägers belastet werden soll, sondern auch und vor allem in einem darüber hinausgehenden Bereich, in dem zwar derzeit die Ein- und Ausfahrt zum Restgrundstück des Beklagten liegt. Dieser ist aber grundsätzlich darin frei, wie er künftig die Zufahrt (außerhalb des mit der Dienstbarkeit belasteten Bereichs) gestaltet. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß der Beklagte nach den örtlichen Gegebenheiten auf Dauer genötigt wäre, diesen Zustand zu belassen. . . .

3. Die Sache ist noch nicht entscheidungsreif, da nach Maßgabe der Ausführungen unter Ziff. 1 und 2 weitere tatrichterliche Feststellungen notwendig sind. Erforderlich ist eine zusammenfassende Prüfung, ob die Parteien nach Treu und Glauben ohne oder evtl. mit weiteren Gegenleistungen des Klägers die verlangte Baulastbestellung hinsichtlich der Ein- und Ausfahrt sowie der Abstandsflächen vereinbart hätten, wenn ihnen die spätere behördliche Forderung bewußt gewesen wäre.

4. BGB §§ 195, 276; WirtschaftsprüferO § 51 a (*Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen beim Bauherrenmodell*)

1. **Prospekthaftungsansprüche beim Bauherrenmodell verjähren nach der allgemeinen Frist des § 195 BGB.**
2. **Wird ein Wirtschaftsprüfer als Initiator eines Bauherrenmodells in Anspruch genommen, ist § 51 a WPO nicht anwendbar.**

BGH, Urteil vom 1. 6. 1994 — VIII ZR 36/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Kläger erwarben Ende 1982 eine gewerblich nutzbare Teileigentumsseinheit im Wege eines Bauherrenmodells. Die Beklagte zu 1, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, ist Initiatorin; der Beklagte zu 4, ein Wirtschaftsprüfer, ist Treuhänder der Bauherren.

Im Oktober 1982 war ein Verkaufsprospekt herausgegeben worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war auch der Beklagte zu 4 an der Herausgabe beteiligt. In dem Prospekt war in einer Wirtschaftlichkeitsrechnung für das verkaufte Teileigentum eine Nutzung als Café zu einer monatlichen Nettomiete von 25,99 DM pro Quadratmeter zugrundegelegt worden. Die Beklagte zu 1 schloß mit den Klägern hierzu einen auf fünf Jahre befristeten Mietgarantievertrag ab; ferner wurden über den Treuhänder ein Mietvermittlungs-, Mietgarantie- und Generalmietvertrag mit verschiedenen Gesellschaften abgeschlossen.

Das Gebäude wurde am 1. 2. 1985 bezugsfertig; eine Vermietung des Teileigentums gelang erstmals zum 1. 2. 1988 an ein Bräunungsstudio zu einem von 11,42 DM bis 17,13 DM/qm gestaffelten Mietzins. Nachdem die Kläger den Generalmietvertrag nicht verlängert hatten, wird seit März 1992 das Teileigentum zu einem Mietzins von 9,50 DM/qm als Schulungsraum genutzt.

Mit ihrer Klage begehren die Kläger im Wege des Schadensersatzes die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Teileigentums sowie die Feststellung einer weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten: Der im Prospekt angegebene Mietertrag sei weit überhöht gewesen. Hierfür hätten die Beklagten nach den Grundsätzen der Prospekthaftung sowie wegen Verletzung der mit ihnen geschlossenen Verträge einzustehen.

Die Beklagten verneinen das Bestehen des Anspruchs und haben die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Die Berufung der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht bejaht einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagten zu 1 und 4 nach den Grundsätzen der Prospekthaftung; der Beklagte zu 2 habe nach §§ 128, 161 HGB persönlich für die Schuld der Beklagten zu 1 einzustehen. Die Beklagte zu 1 sei Herausgeberin des Prospekts, die Beklagte zu 4 habe durch ihre erkennbare Mitwirkung an der Prospektgestaltung einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen. . . .

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte zu 1 als Initiatorin des Bauvorhabens und Herausgeberin des Prospekts, die Beklagte zu 4 jedenfalls als weitere Initiatorin und als zum Management zählende Gestalterin des Bauherrenmodells für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prospektangaben einzustehen haben (BGHZ 111, 314, 318 ff.; 115, 213, 217 f.). . . .

Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Beklagte zu 4 darüber hinaus durch ihre erkennbare Mitwirkung an der Prospektgestaltung einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat und auch deshalb für die Vollständigkeit und Richtigkeit des Prospekts verantwortlich ist (BGHZ 111, 314, 319 f.).

2. Aufgrund des bisher festgestellten Sachverhalts durfte das Berufungsgericht jedoch nicht, wie die Revisionskläger zu Recht beanstanden, in der Angabe der laut Wirtschaft-

lichkeitsrechnung zu erwartenden Mieteinnahmen einen haftungsbegründenden Prospektmangel sehen. . . .

b) Die Beklagten haben unter Antritt von Sachverständigenbeweis vorgetragen, daß die im Prospekt angegebenen Mieten seinerzeit ortsüblich und erzielbar gewesen seien; dies sei sowohl im Zeitpunkt der Erstellung des Prospekts wie auch heute noch der Fall. Bei diesem Sachverhalt, der mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, fehlt es aber an dem Nachweis unvollständiger oder unrichtiger Prospektangaben zur Höhe der zu erzielenden Mieten; denn die angegebenen Mieteinnahmen waren danach nicht nur bei Prospekterstellung, sondern auch künftig, insbesondere noch nach Ablauf der fünfjährigen Mietgarantie „nachhaltig“ zu erzielen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zahlen aufgrund von Marktanalysen oder anderer Grundlagen sorgfältig ermittelt worden sind oder nicht. Waren die bei Prospektherausgabe gemachten Angaben über die auch noch nach Ablauf der Garantiezeit zu erzielenden Mieteinnahmen zutreffend, lag eine Irreführung der Kläger über die bei gleichbleibender Entwicklung zu erwartenden künftigen Erträge nicht vor. Da nur inhaltliche Mängel des Prospekts, der in der Regel die einzige Informationsquelle des Anlegers ist und alle für die Entscheidung des Bauherren wesentlichen Angaben vollständig und richtig zu enthalten hat (vgl. BGHZ 111, 314, 317), die Haftung der Prospektverantwortlichen begründen, scheidet eine Prospekthaftung der Beklagten zu 1, 2 und 4 von vornherein aus, wenn sich ihre — derzeit als wahr zu unterstellende — Behauptung als zutreffend erweisen sollte.

3. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur Nachholung der für einen Prospektmangel erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zu einer eigenen Sachentscheidung ist der Senat nicht in der Lage, da die Prospekthaftungsansprüche der Kläger auch nicht verjährt sind.

a) Zwar wäre entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine Verjährung der gegen die Beklagten zu 1 und 2 gerichteten Schadensersatzansprüche eingetreten, wenn hierfür die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB Anwendung finden würde. Das bedarf indessen keiner Vertiefung, weil für keinen der Beklagten eine Verjährungsfrist von fünf Jahren in Betracht kommt.

b) Der Bundesgerichtshof hat bisher offengelassen, ob Prospekthaftungsansprüche beim Bauherrenmodell nach der allgemeinen Frist des § 195 BGB verjähren oder ob die Verjährungsfrist des § 638 BGB Anwendung findet (BGHZ 111, 314, 323; 115, 213, 225). Diese Frage entscheidet der Senat nunmehr dahin, daß es für die genannten Ansprüche bei der allgemeinen Verjährungsfrist des § 195 BGB zu verbleiben hat. Die Vorschrift des § 638 BGB enthält für die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche des Bestellers gegenüber dem Unternehmer eine spezielle und auf das Wesen dieser Ansprüche abgestellte Verjährungsregelung; dabei sind zur Vermeidung von bei Werkmängeln typischerweise auftretenden Beweisschwierigkeiten insgesamt kurze Verjährungsfristen vorgesehen, deren Beginn an die Abnahme geknüpft ist (§ 638 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung ist hingegen von der Rechtsprechung aus den Grundsätzen der Haftung aufgrund Verschuldens bei Vertragsverhandlungen entwickelt worden (BGHZ 79, 337, 341 f.; siehe auch *Thode in Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl.,

J Rdnr. 4). Da der von den Anbietern herausgegebene Werbeprospekt oftmals die einzige Informationsquelle des Anlegers ist, muß der Prospekt alle für dessen Entscheidung wesentlichen Angaben vollständig und richtig enthalten. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in Verkehr gebrachten Prospekte hat deswegen jeder einzustehen, der durch den Prospekt auf den Entschluß des Anlegers Einfluß genommen hat (BGHZ 111, 314, 317 f. m. w. N.). Damit ist die vorvertragliche Haftung auf die für den Prospektinhalt verantwortlichen Initiatoren und andere Beteiligte erstreckt, die anderenfalls keiner Haftung ausgesetzt wären, da regelmäßig nicht sie selbst, sondern andere Personen oder beschränkt haftende Kapitalgesellschaften den Anlegern als Verhandlungs- und Vertragspartner gegenübertraten (*Thode a. a. O.* Rdnr. 14). Bereits hierdurch weicht das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Prospekthaftung in wesentlicher Weise von der Regelung der Mängelansprüche gem. §§ 633 ff. BGB ab, die dem Besteller lediglich gegenüber dem Unternehmer zustehen. Auch in den Rechtsfolgen unterscheidet sich die Prospekthaftung von der gesetzlichen Regelung der werkvertraglichen Rechte des Bestellers bei Sachmängeln. Bei der Prospekthaftung kommen für den geschädigten Anleger die in den §§ 633 ff. vorgesehenen Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Aufwendungsersatz sowie Gewährleistung nicht in Betracht. Vielmehr kann der Anleger vom Prospektverantwortlichen grundsätzlich den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch erlitten hat, daß er auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des Prospekts vertraut hat. War die unrichtige oder unvollständige Information ursächlich für die Anlageentscheidung, steht dem Anleger ein Anspruch auf Befreiung von dem abgeschlossenen Vertrag und Ersatz seiner Aufwendungen zu (BGHZ 115, 213, 220 f.). Schließlich ist für den Beginn der Verjährung der Prospekthaftungsansprüche nicht, wie in § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgesehen, auf die Abnahme des Bauwerks, sondern auf den Beitritt des Anlegers zum Bauherrenmodell abzustellen (BGHZ a. a. O. S. 226; vgl. auch BGHZ 83, 222, 226).

Eine Anwendung der für die werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche geschaffenen Verjährungsvorschrift des § 638 BGB auf Prospekthaftungsansprüche muß daher nach Ansicht des Senats ausscheiden.

c) Die gegen die Beklagte zu 4 gerichteten Prospekthaftungsansprüche sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts schon deshalb nicht verjährt, weil auf sie § 51 a WPO keine Anwendung findet.

Gem. § 51 a WPO verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Wirtschaftsprüfer bestehenden Vertragsverhältnis in fünf Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist. Damit unterstellt § 51 a WPO — ebenso wie § 68 StBerG — lediglich Ansprüche aus Vertragsverhältnissen der kurzen Verjährungsfrist; für andere Ansprüche, wie etwa aus Bereicherung oder Delikt, gilt hingegen die Verjährungsvorschrift des § 51 a WPO nicht. Soweit der Bundesgerichtshof die Regelung des § 51 a WPO auch auf Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß angewandt hat, bezog sich dieses Verschulden auf Pflichtverstöße des Wirtschaftsprüfers bei Anbahnung des Vertragsverhältnisses (BGHZ 100, 132, 136). Die Beklagte zu 4 wird hier jedoch nicht im Zusammenhang mit ihrer späteren Tätigkeit als Treuhänderin der Kläger, sondern als Initiatorin des Bauherrenmodells in Anspruch genommen. Für Initiatoren

oder diesen gleichstehende Prospektverantwortliche hat der Bundesgerichtshof die vergleichbare Vorschrift des § 68 StBerG für nicht anwendbar erklärt, da vertragliche oder persönliche vorvertragliche Beziehungen zur Anbahnung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem erstgenannten Personenkreis und den Anlegern nicht zustande kommen (BGHZ 115, 213, 226 f.). Die gleichen Erwägungen müssen auch für die Regelung des § 51 a WPO gelten (siehe auch *Thode a. a. O.* Rdnr. 114).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Revision herangezogenen BGH-Urteil vom 9. 11. 1992 — II ZR 141/91 = NJW 1993, 199 ff. In dem dort zu entscheidenden Fall hatte der Kläger nicht Ansprüche aus Prospekthaftung im engeren Sinn, sondern Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten vor Abschluß des mit dem Beklagten zustande gekommenen Treuhandvertrages geltend gemacht. Auf die Frage der Anwendbarkeit des § 51 a WPO auf Prospekthaftungsansprüche im engeren Sinn war dort daher nicht einzugehen.

5. BGB § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2; WEG § 3 (*Vertragliche Begründung von Wohnungseigentum ist keine Veräußerung i. S. d. § 564 b BGB*)

Der Eigentümer einer Wohnung darf sich als Vermieter grundsätzlich auf ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB (Eigenbedarf) ohne Rücksicht auf die in Satz 2 der Vorschrift bestimmte Wartefrist berufen, wenn er erst nach Überlassung der Wohnung an den Mieter das Hausgrundstück als Miteigentümer in einer Bruchteilsgemeinschaft mit Dritten erworben hat und die Erwerber das Miteigentum gem. § 3 WEG in der Weise beschränkt haben, daß jedem Miteigentümer abweichend von § 93 BGB Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung eingeräumt wird.

BGH, Beschluß vom 6. 7. 1994 — VIII ARZ 2/94 —

Aus dem Tatbestand:

I. Die Kläger haben Ende 1979 zusammen mit einem weiteren Ehepaar als Miteigentümer zu je 1/4 ein Anwesen erworben, in welchem die Beklagte am 20. 7. 1979 eine Wohnung angemietet hat. Mit Vertrag vom 29. 10. 1990 begründeten die Miteigentümer Wohnungseigentum. Sie teilten das Anwesen in zehn Wohneinheiten auf. Den Klägern sowie den beiden anderen Miteigentümern wurden jeweils 500/1000 Miteigentumsanteile verbunden mit dem Sondereigentum an jeweils fünf Wohnungen zugeordnet. Die Kläger wurden am 26. 11. 1990 als Eigentümer der an die Beklagte vermieteten Wohnung im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 20. 4. 1991 kündigten sie das Mietverhältnis gegenüber der Beklagten wegen Eigenbedarfs für ihre Tochter zum 30. 4. 1992. Die Beklagte hält die Kündigung für rechtsunwirksam und hat ihr widerprochen. Die daraufhin von den Klägern erhobene Räumungsklage hat das Amtsgericht München abgewiesen, weil die Sperrfrist des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht abgelaufen gewesen sei. Das auf die Berufung der Kläger mit der Sache befaßte Landgericht München I möchte die Klage ebenfalls abweisen und hat deshalb durch Beschluß vom 10. 3. 1993 (WuM 1993, 258) dem Bayerischen Obersten Landesgericht die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte im gleichen Sinn wie das Landgericht München I entscheiden, sieht sich

hieran jedoch durch einen Rechtsentscheid des Kammergerichts vom 26. 3. 1987 (WuM 1987, 138 = ZMR 1987, 216) gehindert.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat deshalb die ihm vom Landgericht München I vorgelegte Frage mit Beschluß vom 9. 2. 1994 dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (WuM 1994, 189 = ZMR 1994, 154 = GE 1994, 283).

II. Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof gem. § 541 Abs. 1 ZPO sind gegeben. (*Wird ausgeführt.*)

III. Der Senat beantwortet die ihm vorgelegte Rechtsfrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

1. Ist an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum *begründet und das Wohnungseigentum veräußert* worden, so kann sich der Erwerber gem. § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB auf berechnete Interessen im Sinne von § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 BGB (Eigenbedarf) nicht vor Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung an ihn berufen. In Gebieten mit Wohnraumangel, die durch Verordnung der Landesregierungen bestimmt werden, verlängert sich die Sperrfrist auf fünf Jahre (§ 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 und 4 BGB).

In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob die Sperrfrist auch schon bei Begründung von Wohnungseigentum gem. § 3 WEG in Lauf gesetzt wird.

a) Im Schrifttum wird dies in Übereinstimmung mit dem Rechtsentscheid des Kammergerichts vom 26. 3. 1987 ganz überwiegend verneint, weil es an einer Veräußerung des Wohnungseigentums fehle (*Palandt/Putzo* Rdnr. 49; *Soergel/Kummer*, BGB, Nachträge 11. Aufl., Rdnr. 48; *Staudinger/Sonnenschein*, BGB, 12. Aufl., 2. Bearbeitung 1981 Rdnr. 77; *Erman/Jendrek*, BGB, 9. Aufl., Rdnr. 23; *Münch-KommBGB-Voelskow*, 2. Aufl., Rdnr. 62; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 6. Aufl., Rdnr. 51; *Fischer-Dieskau/Franke*, Wohnungsbaurecht Anm. 23.4; *Barthelmess*, Wohnraumkündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., Rdnr. 84 jeweils zu § 564 b BGB; *Grapentin in Bub/Treier*, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, Kap. IV Rdnr. 76 b; *Sonnenschein* NJW 1982, 1249, 1255; *Börstinghaus* WuM 1991, 419, 420; *Börstinghaus/Meyer* NJW 1993, 1353, 1356).

b) *Schmid* (WuM 1982, 34) und *Karl* (ZMR 1991, 288) verneinen zwar ebenfalls eine Veräußerung im rechtstechnischen Sinn, befürworten aber eine entsprechende Anwendung der Bestimmung (ebenso *Lechner* WuM 1982, 36 und *Schläger* ZMR 1987, 241, 244).

c) Demgegenüber meinen *Sternel* (Mietrecht, 3. Aufl., Kap. IV Rdnr. 145; *ders.* WuM 1987, 339, 343; *ders.* ZMR 1988, 201, 204) und *Blank* (*Schmidt-Futterer/Blank*, Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl., B 643), schon die Begründung von Wohnungseigentum gem. § 3 WEG sei als Veräußerung zu werten, weil die Umwandlung der Bruchteilsgemeinschaft in eine Wohnungseigentümergeinschaft eine Änderung in der Rechtszuständigkeit auf Seiten des Vermieters bewirke und eine Veräußerung im Sinne von § 571 BGB und § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB darstelle.

d) Die zuletzt genannte Auffassung, der sich auch das Bayerische Oberste Landesgericht anschließen möchte, hat in der Rechtsprechung Zustimmung gefunden (OLG Karlsruhe WuM 1990, 330; LG München WuM 1991, 591;

AG Stuttgart Bad-Cannstatt WuM 1990, 353; für mindestens entsprechende Anwendung LG Stuttgart WuM 1991, 555; mit anderer Begründung AG Frankfurt WuM 1981, 233).

2. a) Der Senat folgt der vom Kammergericht und im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung. Gem. § 3 WEG wird Wohnungseigentum begründet, indem das Miteigentum an einem Grundstück durch Vertrag der Miteigentümer in der Weise beschränkt wird, daß jedem der Miteigentümer das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung in einem auf dem Grundstück errichteten Gebäude eingeräumt wird. Die Teilungsvereinbarung enthält zwar eine Verfügung, durch die das Miteigentum inhaltlich geändert und durch die gegenseitige Einräumung von Sondereigentum beschränkt wird (*Pick in Bärmann/Pick/Merle*, Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl., § 3 Rdnr. 51; *Weitnauer*, Wohnungseigentumsgesetz 7. Aufl., Rdnr. 17 vor § 1). Auch wenn dabei Teile des Gebäudes, die nach allgemeinem Recht nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, aus dem Verband des gemeinschaftlichen Rechts herausgelöst und in das Alleineigentum des in Betracht kommenden Wohnungseigentümers überführt werden (*Weitnauer* a. a. O. § 3 Rdnr. 5; AG Stuttgart Bad-Cannstatt a. a. O.), handelt es sich nicht um die Veräußerung des Wohnungseigentums, wie sie § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB voraussetzt. Durch die Teilungsvereinbarung und die nachfolgende Eintragung im Grundbuch entsteht vielmehr erst in der jeweiligen Person des bisherigen Miteigentümers Wohnungseigentum (BayOblGZ 1981, 183 [= MittBayNot 1981, 210]; *Röll*, Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums S. 44; *Pick/Schmid/Karl* jeweils a. a. O.). Seinem Wortlaut nach greift § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB aber nicht schon bei der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 oder § 8 WEG ein, sondern setzt zusätzlich dessen nachfolgende Veräußerung voraus.

b) Die Bestimmung ist auch nicht deshalb über ihren Wortlaut hinaus schon bei der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG anzuwenden, weil der jeweilige Wohnungseigentümer anstelle der früheren Miteigentümergeinschaft gem. § 571 BGB als Vermieter in das Mietverhältnis eintritt. § 571 BGB knüpft an die Veräußerung des vermieteten Grundstücks an und bewirkt, daß der Erwerber in die Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt. Die Formulierung des Gesetzes macht deutlich, daß es den Fall der Veräußerung an einen Erwerber regelt, der bis zum Erwerb nicht Vermieter war. Davon unterscheidet sich sowohl die Beschränkung von Miteigentum nach § 3 WEG als auch die „Vorratsgründung“ von Wohnungseigentum durch eine Bruchteilsgemeinschaft nach § 8 WEG.

Im zuletzt genannten Fall tritt — wegen Fortsetzung der Bruchteilsgemeinschaft am Wohnungseigentum — eine Veränderung auf Vermieterseite nicht ein. Im Falle des § 3 WEG tritt zwar eine Rechtsänderung auf der Vermieterseite ein. Das geschieht aber nicht durch Eintritt des Sondereigentümers in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis über die betreffende Wohnung, sondern in der Weise, daß er als alleiniger Vermieter übrig bleibt. . . .

c) Die in § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB enthaltene Regelung ist durch das Zweite Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 18. 12. 1974 (BGBl I 3603) in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden und fand sich zuvor schon im Ersten Wohnraumkündigungsschutzgesetz (WKSchG) vom 25. 11. 1971 (BGBl I 1839). Dieser Bestim-

mung lag die Erwägung zugrunde, daß gerade der Erwerb umgewandelter Mietwohnungen regelmäßig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erfolgt und der erstrebte Bestandsschutz für den Mieter hier besonders gefährdet ist (Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. VI/2421 S. 3; *Vogel JZ* 1975, 73, 75; *Giese BB* 1968, 1271; *Schmidt-Futterer, ZMR* 1974, 37; *Staudinger/Sonnenschein a. a. O.*). Der Mieter soll mit ihr vor „willkürlichen Kündigungen“ geschützt werden (Regierungsbegründung zum 2. WKSchG, BT-Druck. VII/2011 S. 7; OLG Hamm WuM 1981, 36), die regelmäßige Folge eines durch die Veräußerung erst geschaffenen Eigenbedarfs sind (ebenso auch Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters bei Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen BT-Drucks. 11/6374 S. 6). Darüber hinaus hat die Bestimmung den Zweck, den wirtschaftlichen Anreiz zur Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen und insbesondere deren oft spekulative Veräußerung einzudämmen (BayObLGZ 1992, 187, 190; OLG Hamm a. a. O.; *Lechner a. a. O.*; *Börstinghaus WuM* 1991, 419). Für den von ihr gewährleisteten Bestandsschutz spielt auch der Gesichtspunkt eine Rolle, daß für den Mieter einer „herkömmlichen Mietwohnung“ das Risiko der Eigenbedarfskündigung einkalkulierbar ist, während er sich bei späterer Umwandlung und Veräußerung unmittelbar mit dem Eigennutzungswunsch des Erwerbers konfrontiert sieht (*Blank in: Festschrift für Bärmann und Weitnauer, Partner im Gespräch, Bd. 18, S. 87, 93; Köhler, Handbuch der Wohnraummiete, 3. Aufl., § 119 Rdnr. 2.*)

aa) Auf den Schutz vor einer unabhängig von der Umwandlung bestehenden Eigenbedarfslage ist die Bestimmung nach ihrem Normzweck somit nicht zugeschnitten (vgl. auch OLG Hamm WuM 1992, 460). . . .

bb) Insoweit bestehen aber zwischen der Begründung von Wohnungseigentum durch eine Miteigentümergeinschaft und derjenigen durch einen Alleineigentümer keine grundlegenden Unterschiede. Denn auch ein Miteigentümer kann sich vor der Umwandlung ohne Rücksicht auf seine quotielle Beteiligung auf Eigenbedarf für sich und seine Familienangehörigen berufen (*Schmidt-Futterer/Blank a. a. O. B 635; Grapentin a. a. O. Rdnr. 67; Palandt/Putzo a. a. O. Rdnr. 44; Staudinger/Sonnenschein a. a. O. Rdnr. 54; MünchKomm BGB-Voelskow a. a. O. Rdnr. 58; LG Karlsruhe WuM 1982, 209, 210; LG DWW 1991, 189.*) . . .

cc) Es läßt sich in Fällen des § 3 WEG auch nicht damit begründen, daß vor der Umwandlung nicht nur der einzelne Mieter, sondern sämtliche anderen Mitmieter als potentielle Adressaten einer Eigenbedarfskündigung zur Verfügung gestanden haben würden (so LG Stuttgart WuM 1991, 555; *Köhler a. a. O. § 119 Rdnr. 2.*). Zum einen „verringert“ sich das Risiko für den Mieter durch den Wegfall der übrigen Miteigentümer auf der Vermieterseite entsprechend, von denen vor der Umwandlung jeder einzelne Eigenbedarf anmelden konnte. Zum anderen kann der Vermieter grundsätzlich wählen, welchem von mehreren Mietern er kündigen will (BayObLG NJW 1982, 1159; *Schopp ZMR* 1975, 97, 100; *Erman/Jendrek a. a. O. § 564 b Rdnr. 20; Staudinger/Sonnenschein a. a. O. Rdnr. 69; Barthelmess a. a. O. Rdnr. 70 a; Harke ZMR* 1991, 81, 89). Demgegenüber kann sich der gekündigte Mieter nicht darauf berufen, daß einem anderen Mieter hätte gekündigt werden müssen. Seine Belange sind vielmehr auf seinen Widerspruch hin erst im Rahmen des § 556 a BGB zu berücksichtigen (BGHZ 103, 91). . . .

dd) Nach allem kann der Miteigentümer auch nicht darauf verwiesen werden, er könne gegebenenfalls seinen Eigenbedarf schon vor der Umwandlung geltend machen. Denn dieses Recht steht dem Eigentümer, unabhängig davon, ob er vor der Umwandlung Allein- oder Miteigentum besaß, auch noch zu, wenn sein Eigenbedarf erst nach der Umwandlung entsteht. Jede andere Auslegung würde zu einer erheblichen Schlechterstellung desjenigen Eigentümers führen, der vor der Umwandlung nur Miteigentum besaß. Der Senat sieht dafür auch im Hinblick auf die sich insoweit aus Art. 14 und 3 GG ergebenden Bedenken keine Rechtfertigung.

3. Der Senat verkennt nicht, daß in anders gelagerten Fällen das Bestandsinteresse des Mieters schon bei Umwandlung nach § 3 WEG in gleicher Weise wie bei einer nachfolgenden Veräußerung berührt sein kann (vgl. OLG Karlsruhe NJW 1993, 405; *Pause NJW* 1990, 807; *Grapentin a. a. O.*). Das rechtfertigt nicht die Anwendung des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB auf Sachverhalte der hier zu beurteilenden Art, die dem Normzweck nicht unterfallen. Eine generell weite Auslegung oder entsprechende Anwendung der Bestimmung auf alle Fälle der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG scheidet nicht zuletzt deshalb aus, weil der Gesetzgeber selbst § 564 b Abs. 2 Nr. 2 BGB durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Mieters bei Begründung von Wohnungseigentum an vermieteten Wohnungen vom 20. 7. 1990 (BGBl I 1456) nur hinsichtlich der Dauer der Sperrfrist verschärft, aber an den Voraussetzungen der Begründung und Veräußerung des Wohnungseigentums in Kenntnis damit verbleibender, die Mieterinteressen berührender Gestaltungsmöglichkeiten festgehalten hat (vgl. nur *Pause a. a. O.*). Ebenso wenig hat Art. 14 Investitions- und Wohnbaulandgesetz vom 22. 4. 1993 (BGBl I 466) insoweit eine Änderung gebracht (vgl. auch zu den im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens unterbreiteten weitergehenden Vorschlägen, nach denen schon die Begründung von Wohnungseigentum weitgehend eingeschränkt werden sollte, *Börstinghaus/Meyer NJW* 1993, 1353 ff.).

Inwieweit die Berufung auf Eigenbedarf nach einer Umwandlung gem. § 3 WEG in bestimmten Fällen rechtsmißbräuchlich sein kann, muß deshalb der Beurteilung der Umstände des Einzelfalls überlassen bleiben (vgl. OLG Karlsruhe a. a. O.; *Börstinghaus/Meyer a. a. O.*). Dem hat der Senat durch entsprechende Formulierung der Entscheidungsformel Rechnung getragen, ohne daß der hier zu beurteilende Sachverhalt eine Stellungnahme zu dieser Frage veranlaßt.

Anmerkung:

I. Soweit der Leitsatz des BGH den Eindruck erweckt, der Mieterschutz des § 564 b II Nr. 2 S. 2 BGB lasse sich über einen Verkauf von Bruchteilseigentum, gefolgt von einer vertraglichen Einräumung von Sondereigentum unschwer umgehen, ist er mißverständlich formuliert und wird von den Entscheidungsgründen nicht gedeckt:

II. Kern der Entscheidung ist § 564 b II Nr. 2 S. 2 BGB: Nach dieser Vorschrift soll der Mieter einer Wohnung, die nach Begründung von Wohnungseigentum verkauft wurde, vor einer Kündigung wegen Eigenbedarfs geschützt werden¹. Dem liegt die Erwartung des Gesetzgebers

¹ Entsprechendes gilt in Nr. 3 S. 4 für den Kündigungsgrund der angemessenen wirtschaftlichen Verwertung.

zugrunde, bei der Umwandlung in Wohnungseigentum und Veräußerung steige die Gefahr einer Eigenbedarfskündigung im Vergleich zu einem Mietshaus erheblich, gleichzeitig sollten spekulative Veräußerungen erschwert werden². Dieser erhöhte Kündigungsschutz beträgt nach BGB 3 Jahre; die Frist kann durch eine Verordnung der Landesregierung auf 5 Jahre verlängert werden³. Nach dem Gesetz über eine Sozialklausel in Gebieten mit gefährdeter Wohnungsversorgung⁴ kann die Frist durch Verordnung bis zu 10 Jahren verlängert werden, an die eine weitere Härteklausel anschließt^{5,6}. Der langjährige Kündigungsschutz wird häufig eine für den Eigentümer einschneidende Minderung der Verwertungsmöglichkeiten — und damit erhebliche Vermögenseinbußen — bedeuten.

III. An dieser Schnittstelle von Schutz des Mieters vor Verlust seiner Wohnung⁷ und dem Interesse des Eigentümers an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung⁸ ist die vorliegende Entscheidung zu sehen.

Ihr lag folgender Fall zugrunde: Zwei Ehepaare hatten 1979 zu Miteigentum zu je 1/4 ein (wohl in München gelegenes) Anwesen erworben. 1990 wurde Wohnungseigentum nach § 3 WEG begründet, 1991 der Mieterin einer Wohnung wegen Eigenbedarfs gekündigt. Amtsgericht, Landgericht und BayObLG wollen der Mieterin die Sperrfrist zubilligen, das BayObLG sieht sich jedoch daran durch die zitierte Entscheidung des KG⁹ gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH vorgelegt.

IV. § 564 b II Nr. 2 S. 2 stellt drei Tatbestandsmerkmale für die Kündigungssperrfrist auf, die vorliegen müssen: Es muß sich um dem Mieter überlassene Wohnräume handeln, die in Wohnungseigentum aufgeteilt und dann veräußert werden.

Nachdem der Erwerb im vorliegenden Fall 1979 stattgefunden hatte, konnte für die 1991 erfolgte Kündigung eine „Veräußerung“ mit der Rechtsfolge der Sperrfrist allenfalls in der durch die Aufteilung nach § 3 WEG bewirkten Änderung der dinglichen Rechtszuständigkeit vom Bruchteilseigentum zum Sondereigentum liegen. Dies hat das BayObLG in seinem Vorlagebeschluss gegen die wohl h. M. angenommen¹⁰. Es hat seine Meinung im wesentlichen damit begründet, daß ein einer Veräußerung nach § 571 BGB zumindest vergleichbarer Rechtsübergang vorliege und der Schutzzweck der Norm eine entsprechende Anwendung gebiete¹¹.

² Siehe Gründe zu III.2.c; aus derselben Erwägung wurden die Mietervorkaufsrechte nach § 2 b WoBindG bei öffentlich geförderten Mietwohnungen und nach § 570 b BGB eingeführt, zu letzterem *Schmidt*, MittBayNot 1994, 285.

³ In Bayern die VO vom 26. 1. 1993, geändert durch VO vom 25. 5. 1993, GVBl S. 30 und 371.

⁴ BGBl 1993 I 466.

⁵ Hierzu *Börstinghaus/Meyer* NJW 1993, 1353 ff.

⁶ In Bayern gilt die VO vom 25. 5. 1993, GVBl S. 372.

⁷ BVerfG NJW 1993, 2035 billigt dem Mieter neuerdings sogar Eigentumsschutz nach Art. 14 I GG zu — hierzu kritisch *Depenheuer* NJW 1993, 2561 und *Rüthers* NJW 1993, 2587.

⁸ Dazu allgemein *Sonnenschein*, in: Neuentwicklung im Mietrecht, Partner im Gespräch Bd. 35, Hamburg 1992, 67 ff., sowie BVerfG NJW 1992, 361.

⁹ NJW-RR 1987, 847 = ZMR 1987, 216.

¹⁰ Vgl. die Zitate unter II.c.bb der Entscheidung.

¹¹ Ebenso *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl., IV, 145 und Fn. 80 und in der Besprechung zum Beschluss des BayObLG EWiR 1994, 439, 440; *Blank*, FS und *Bärmann* und *Weitnauer* (= Partner im Gespräch Bd. 18), Hamburg 1985, S. 87, 101.

Der BGH erkennt die verfügungsrechtlichen Elemente der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG zwar an¹², hält aber eine entsprechende Anwendung der Kündigungssperrfrist auf derartige Fälle für nicht erforderlich^{13, 14}: Anders als in den sonstigen Fällen des § 571 BGB verliere der Mieter nur die ausgeschlossenen Miteigentümer als Vermieter; auch bei Bruchteilseigentum drohe ihm schon eine Eigenbedarfskündigung durch einen der Vermieter; die Erwartung, ein anderer Mieter solle statt seiner gekündigt werden, berühre keine schutzwürdigen Interessen. Insbesondere wenn man die Aufteilung nach § 8 WEG und nach § 3 WEG nebeneinanderstellt, leuchtet dieses Ergebnis ein: Auch die Teilung durch den Alleineigentümer nach § 8 WEG, der dann eine Wohnung für sich in Anspruch nehmen will, ohne sie zu veräußern, gibt dem Mieter keine Schutzfrist. Wenn sich bei § 3 WEG auch die Zahl der Vermieter verringern mag, liegt hier kein echter Unterschied¹⁵. Wird nach der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG veräußert, ist der Mieter in beiden Fällen gleichermaßen geschützt. Soweit danach die Schutzfrist nicht schon bei der Teilung nach § 3 WEG, sondern erst bei der Veräußerung beginnt, ist die Entscheidung des BGH sogar für den Mieter im Regelfall vorteilhaft, da der Schutz nicht über Vorratsteilungen ausgehebelt werden kann. Gleichzeitig deutet auch der Wortlaut der Vorschrift auf diese Auslegung: Nachdem das Gesetz von einer Veräußerung von begründetem Wohnungseigentum ausgeht, kann die Begründung als solche nicht die Veräußerung sein^{16, 17}.

Auf den entschiedenen Sachverhalt angewendet erscheint das Ergebnis interessengerecht: Zwischen Erwerb und Aufteilung waren fast 11 Jahre vergangen; selbst wenn der Veräußerer 1979 Wohnungseigentum begründet und erst dann an die Erwerber/Vermieter verkauft hätte, wäre der Kündigungsschutz der Mieterin 1990 längst ausgelaufen gewesen. Damit lag auch eine Gesetzesumgehung ersichtlich nicht vor.

V. Der BGH hat die Gefahren einer Umgehung des Mieterschutzes durch Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG gesehen¹⁸, aber als nicht entscheidungserheblich etwas knapp behandelt: Insbesondere die zitierte Entscheidung des OLG Karlsruhe¹⁹ zeigt jedoch, daß jedenfalls der Weg, die Umwandlung nach § 3 WEG der Veräußerung von Bruchteilseigentum unmittelbar nachfolgen zu lassen²⁰, nicht die Billigung des BGH finden würde: Hier wurde ein Mietshaus im Juni 1989 an einen Immobilienkaufmann ver-

¹² III.2.a. der Gründe.

¹³ III.2 b und c.

¹⁴ Daß die vertragliche Begründung von Wohnungseigentum keine Veräußerung ist, hat zur Anwendung des § 1 Abs. 3 und 4 WohnGebBefrG übrigens auch das BayObLG (MittBayNot 1981, 210 = BayObLGZ 1981, 183) entschieden.

¹⁵ *Sonnenschein* a. a. O. S. 83.

¹⁶ *Karl* ZMR 1991, 288; BGH unter III.2.b. der Gründe.

¹⁷ Anders ist jedoch der Fall zu behandeln, daß Miteigentümer eine Aufteilung nach § 8 WEG durchführen (mit der Folge, daß sich das Miteigentum an jeder Wohnungseigentumseinheit fortsetzt), und dann in einem weiteren Schritt auf einzelne Miteigentümer jeweils eine Wohnung übertragen, BayObLG NJW 1982, 451.

¹⁸ III.3. der Gründe.

¹⁹ NJW 1993, 405, 406.

²⁰ Weitere Gestaltungsmöglichkeiten finden sich bei *Börstinghaus/Meyer* a. a. O. S. 1356.

kauf, der die Abgeschlossenheitsbescheinigung beschaffte. Beim Weiterverkauf der (schlichten) Miteigentumsanteile (Dezember 1989) wurde eine in das Grundbuch einzutragende Nutzungsregelung mit Teilungsausschluß vereinbart; die Erwerber verpflichteten sich gegenüber Verkäufer und Miterwerbern, innerhalb von drei Jahren Wohnungseigentum nach § 3 WEG zu begründen. Im November 1990 folgte die Kündigung gegenüber dem Mieter. Hier hat das OLG Karlsruhe zu Recht eine Umgehung angenommen: In der Interessenlage und den Auswirkungen für den Mieter entsprach der Fall einer Aufteilung nach § 8 WEG unter nachträglicher Veräußerung: ersichtlicher Zweck der atypischen Gestaltung über § 3 WEG war die Aushebelung des Mieterschutzes²¹.

Der Gegenmeinung, eine Aufteilung nach § 3 WEG (auch sofort) nach Erwerb begründe niemals eine Sperrfrist²², kann nicht gefolgt werden: Die Formulierung des Gesetzes geht zwar von dem Fall aus, daß das Gebäude (im Regelfall nach § 8 WEG) erst aufgeteilt und danach veräußert wird. Nachdem das die für den Erwerber einfachste Lösung ist, der sofort „seine Wohnung“ erhält, wird das der Regelfall sein. Dem Zweck der Vorschrift nach kommt es aber nur auf eine im unmittelbaren Zusammenhang mit der Veräußerung stehende Aufteilung an. Danach ist es gleichgültig, ob die Aufteilung vor oder unmittelbar nach der Veräußerung erfolgt²³. Nachdem die innere Umgehungsabsicht kaum nachweisbar sein wird, dürften Indizien, ob eine nachfolgende Aufteilung nach § 3 WEG rechtsmißbräuchlich ist, in erster Linie der zeitliche Abstand von Erwerb und Aufteilung sein, ferner das Vorliegen der Abgeschlossenheitsbescheinigung, die Verpflichtung zur Aufteilung und der Erwerb von den Miteigentumsquoten bereits entsprechenden „krummen“ Bruchteilen.

Dagegen wurde der Erwerb durch eine BGB-Gesellschaft ohne Aufteilung mit Zuweisung einzelner Wohnungen im Innenverhältnis an die Gesellschafter gebilligt²⁴. Derartige Gestaltungen seien einer Aufteilung nicht mehr vergleichbar²⁵. Sie (und ähnliche Konstruktionen zur Vermeidung von Wohnungseigentum)²⁶ dürften aber wegen der erschwerten Veräußer- und Beleihbarkeit und des im Vergleich zum Wohnungseigentum gesteigerten Risikos für den Erwerber einer Einheit selten im Interesse der Beteiligten liegen.

VI. Der BGH hatte nur zu entscheiden, ob eine Aufteilung nach § 3 WEG als solche eine Veräußerung im Sinne des § 564 b II Nr. 2 S. 2 BGB ist. Dagegen hat er nicht entschieden, die Vorschrift sei bei einer Aufteilung nach § 3 WEG insgesamt unanwendbar. Neue Wege zur Gesetzes-

umgehung hat die Entscheidung damit nicht eröffnet. Von diesbezüglichen Versuchen, die kaum die Gnade der Rechtsprechung finden würden, ist abzuraten. Allenfalls hat die Entscheidung klargestellt, daß eine Aufteilung bisher gemeinsam gehaltener Anwesen gem. § 3 WEG durch Realteilung, als solche nicht zu einem erhöhten Kündigungsschutz des Mieters führt²⁷.

Notarassessor *Martin Thomas Reiß*, München

²⁷ Anders jedoch bei Aufteilung nach § 8 WEG, gefolgt von einer Auflassung an einzelne Bruchteilseigentümer, so BayObLG NJW 1982, 451.

6. BGB §§ 640, 641; MaBV § 3 Abs. 2 (*Vollständige Fertigstellung erst bei Beseitigung aller Mängel*)

„Vollständige Fertigstellung“ im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV liegt erst dann vor, wenn alle festgestellten Mängel beseitigt sind. Von ganz unbedeutenden Mängeln abgesehen wird die letzte Rate eines Bauträgervertrages bis dahin nicht fällig.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Hamm, Urteil vom 24. 9. 1993 — 12 U 175/92 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Kläger haben von der Beklagten mit notariellem Bauträgervertrag vom 26. 5. 1988 für insgesamt 201.670,00 DM eine neu zu errichtende Eigentumswohnung samt einem Sondernutzungsrecht an der zugehörigen Garage Nr. 1 erworben.

In dieser Urkunde wurde eine Kaufpreisfälligkeit nach Baufortschritt entsprechend § 3 MaBV vereinbart. Wegen des Kaufpreises haben sich die Käufer der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Ferner wurde vereinbart, daß ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen Forderungen aus dem selben Vertragsverhältnis zulässig und die Aufrechnung — ausgenommen unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen — ausgeschlossen sein solle.

Die Wohnung wurde am 20. 6. 1989 abgenommen und im Juli 1989 bezogen, das Gemeinschaftseigentum am 7. 8. 1989 abgenommen.

Am 16. 1. 1991 ließ sich die Beklagte eine vollstreckbare Ausfertigung der Vertragsurkunde wegen Restforderungen in Höhe von insgesamt 9.346,00 DM erteilen.

Die Kläger berufen sich dagegen auf verschiedene noch nicht behobene Mängel am Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Davon sind Mängelbeseitigungskosten für einen rostenden Heizkörper in Höhe von 312 DM unstreitig.

Das Landgericht hat der Vollstreckungsgegenklage im wesentlichen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb hinsichtlich der letzten Kaufpreisrate in Höhe von 6.956,00 DM erfolglos; im übrigen wurde die Zwangsvollstreckung Zug um Zug gegen Beseitigung bestimmter Mängel für zulässig erklärt.

Aus den Gründen:

Die von der Beklagten aus der Unterwerfungsklausel der notariellen Urkunde vom 26. 5. 1988 gegen die Kläger betriebene Zwangsvollstreckung ist derzeit in Höhe von 6.956,00 DM unzulässig, weil dem insoweit mit der Zwangsvollstreckung verfolgten Anspruch der Beklagten auf Zahlung der 6. Werklohnrate der Einwand der mangelnden Fälligkeit wegen des unstreitig mangelhaften Heizkörpers im Badezimmer der Eigentumswohnung der Kläger entgegensteht.

²¹ So auch schon OLG Karlsruhe NJW 1990, 3278 obiter; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, NJW-RR 1991, 83; *Karl* ZMR 1991, 288, 289.

²² So *Pause* NJW 1990, 807, 810, der die Ansicht in Fn. 38 als h. M. zitiert; so ist wohl auch die Entscheidung des KG, ZMR 1987, 216 = NJW-RR 1987, 847 zu verstehen, bei der Veräußerung, Aufteilung und Kündigung innerhalb eines Jahres erfolgt.

²³ Insoweit richtig *Blank* a. a. O. S. 101 und *Karl* a. a. O., a. A. KG a. a. O., das eine un ässige Rechtsfortbildung annimmt.

²⁴ OLG Karlsruhe NJW 1990, 3278.

²⁵ OLG Karlsruhe NJW 1993, 406.

²⁶ Dazu *Pause* NJW 1990, 807 und *Reithmann* NJW 1992, 649, 650 f.

Nach Ziff. V f des notariellen Vertrages der Parteien vom 26. 5. 1988, der trotz seiner Bezeichnung als Kaufvertrag nach gefestigter Rechtsprechung als Werkvertrag zu beurteilen ist (vgl. z. B. BGHZ 60, 362 [= MittBayNot 1973, 194 = DNotZ 1973, 599] und BGH NJW 1981, 2344), sind von den Klägern 3,5% des Werklohns nach „vollständiger Fertigstellung“ in Höhe von 6.956,00 DM an die Beklagte zu zahlen. Damit haben die Parteien eine von § 641 BGB abweichende Fälligkeitsvereinbarung getroffen, die an den Baufortschritt anknüpft und rechtlich unbedenklich zulässig ist. Nach dieser maßgeblichen Vereinbarung der Parteien ist die 6. Werklohnrate des Zahlungsplans jedoch zur Zeit noch nicht fällig, weil die Werkleistung der Beklagten wegen des unstreitig verrosteten Heizkörpers im Badezimmer der Wohnung der Kläger noch nicht mangelfrei fertiggestellt ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein Haus oder eine Eigentumswohnung erst dann im Sinne des vorliegenden Zahlungsplanes „vollständig fertiggestellt“, wenn nicht nur alle Arbeiten erbracht sind, sondern auch sämtliche Mängel behoben worden sind. Der Senat legt auch hier die in Rede stehende Vereinbarung der Parteien dahingehend aus, daß die „vollständige Fertigstellung“ der Eigentumswohnung mit einer „mangelfreien Fertigstellung“ gleichzusetzen ist. Das folgt aus dem Gesamtzusammenhang des Zahlungsplans, der auch ausdrücklich auf die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) Bezug nimmt. Insbesondere spricht dafür ein Vergleich mit Ziff. V e des Zahlungsplans, wonach 10,5% des Gesamtwerklohns nach „Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe“ zu zahlen sind. Daraus ergibt sich, daß die Bezugsfertigkeit sowie Besitzübergabe im Sinne einer Abnahme nach § 640 BGB gemeint sind. Im übrigen deckt sich der auch von der MaBV verwandte Begriff der „Fertigstellung“ sachlich mit demjenigen der Abnahmefähigkeit im Sinne des § 640 BGB (vgl. *Werner/Pastor*, Bauprozeß, 7. Aufl. 1993, Rdnr. 1072). Da bereits die Abnahmefähigkeit voraussetzt, daß die Bauleistung bis auf geringfügige Mängel erbracht ist, kann die nach dem Zahlungsplan weitergehende „vollständige“ Fertigstellung nicht angenommen werden, wenn restliche Mängel der Werkleistung noch vorliegen. Das ist hier der Fall. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß entsprechend den gutachtlichen Feststellungen des Sachverständigen der Heizkörper im Badezimmer der Kläger wegen Rostbefalls sowie Lackschäden mangelhaft ist und mit Kosten von voraussichtlich 312,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer ausgetauscht werden muß. Allein das objektive Vorliegen dieses Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats hindert derzeit nach dem Vertrage der Parteien den Eintritt der Fälligkeit der in Rede stehenden Rate von 6.956,00 DM. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob sich die Gewährleistung der Beklagten allein nach dem Werkvertragsrecht des BGB richtet oder ob im Hinblick auf Ziff. VIII Abs. 3 des Vertrages die besonderen Bestimmungen der VOB/B anzuwenden sind, weil sich die Unterschiede im Gewährleistungsrecht im vorliegenden Falle nicht auswirken.

Die Berufung der Kläger auf den mangelhaften Heizkörper ist gegenüber der ausstehenden Werklohnrate nicht im Sinne von § 242 BGB treuwidrig. Allerdings ist der Beklagten zuzugeben, daß das Verhalten der Kläger einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde, wenn es sich um einen ganz unbedeutenden Mangel handeln würde, der gegenüber der in Rede stehenden Werklohnrate in keinem

vernünftigen Verhältnis mehr stünde. Das läßt sich unter den vorliegenden Umständen bei dem unstreitig auszutauschenden Heizkörper mit Sanierungskosten von brutto 359,00 DM und einer Werklohnrate von noch 6.956,00 DM, auf die es in diesem Zusammenhang allein ankommt, jedoch nicht feststellen, zumal ersichtlich noch weitere Mängel der Werkleistung der Beklagten vorhanden sind. ...

7. DDR: LPGG § 18 Abs. 2; EGBGB Art. 232 § 4 a Abs. 3, 6 (*Zur Beweiswirkung des DDR-Wirtschaftskatasters im Rahmen von Nutzungstatbeständen*)

1. Die Eintragung im Wirtschaftskataster der DDR begründet die tatsächliche Vermutung, daß die eingetragene Produktionseinheit zur angegebenen Nutzung der Fläche berechtigt war.
2. Eine dem Hauptnutzungsvertrag zwischen dem Rat der Gemeinde und einer Kleingärtnervereinigung zuwiderlaufende Nutzung des Kleingartengeländes steht dem gesetzlichen Besitzrecht nicht entgegen.

BGH, Urteil vom 10. 6. 1994 — V ZR 115/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines 4,13 ha großen Grundstücks, das hinsichtlich einer Teilfläche von 0,61 ha von dem staatlichen Forstwirtschaftsbetrieb St. und im übrigen zumindest seit 1959 durch die LPG Typ III R. bewirtschaftet worden war. Die letztgenannte Teilfläche war im Bodenbuch der LPG vermerkt. Die LPG war auch im Wirtschaftskataster als Nutzer eingetragen. Mit Bescheid vom 25. 4. 1988 genehmigte der Rat des Kreises St. die „Übertragung des Nutzungsverhältnisses“ von der LPG auf den Rat der Gemeinde R. zwecks Errichtung einer Kleingartenanlage. Mit Hauptnutzungsvertrag vom 1. 6. 1988 überließ der Rat der Gemeinde R. dem Rechtsvorgänger des Beklagten das Grundstück zur kleingärtnerischen Nutzung und Bewirtschaftung. Am 22. 3. 1989 schloß der Rat der Gemeinde R. seinerseits einen Nutzungsvertrag mit der Klägerin, den die Vertragsparteien jedoch im Juli 1990 übereinstimmend für „nichtig“ erklärten.

Auf dem Grundstück wurden Anfang 1989 Erschließungsarbeiten und nach Aufhebung eines Baustopps weitere Baumaßnahmen durchgeführt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks zu verurteilen. Das Kreisgericht hat die Klage abgewiesen, das Bezirksgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die zwecks Errichtung einer Kleingartenanlage erfolgte Übertragung des Nutzungsrechts an dem Grundstück von der LPG R. auf den Rat der Gemeinde R. gem. § 18 Abs. 2 LPG-Gesetz sei nicht wirksam, weil der Beklagte nicht bewiesen habe, daß die LPG das Grundstück selbst zu Recht genutzt habe. Daß sie im Wirtschaftskataster des Liegenschaftsdienstes als Nutzerin des Grundstücks ausgewiesen sei, genüge nicht, weil es für diese Eintragung keine dem § 7 Abs. 1 Grundstücksdokumentationsordnung vom 6. 11. 1975 (GBI I S. 97) entsprechende Vorschrift gebe, wonach davon auszugehen sei, daß dem im Wirtschaftskataster eingetragenen Nutzungsberechtigten das Nutzungsrecht auch zustehe.

Dies hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. 1. Unzutreffend ist schon, daß der Eintragung im Wirtschaftskataster keine Bedeutung zukomme, weil für die Eintragungen im Wirtschaftskataster eine dem § 7 Abs. 1 Grundstücksdokumentationsordnung entsprechende Vorschrift fehle. Das in der früheren DDR eingerichtete Wirtschaftskataster war „das Staatliche Karten- und Registerwerk zum Nachweis der Nutzungsrechtsverhältnisse am Grund und Boden, insbesondere an den landwirtschaftlich und forstwirtschaftlich genutzten Flächeneinheiten, sowie der tatsächlichen landwirtschaftlichen und der sonstigen Nutzungsarten“ (Arlt/Rohde, Bodenrecht, 1967, S. 128). Es diente auch dazu, den Nutzungsberechtigten der erfaßten Fläche festzustellen und nachzuweisen (Arlt/Rohde a. a. O.). Der Eintragung im Wirtschaftskataster kommt damit zwar nicht die negative Publizitätswirkung von Registereintragungen (§ 68 BGB, § 15 Abs. 1, 2 HGB, § 29 GenG) oder die positive Publizitätswirkung einer Grundbucheintragung (§§ 891 ff. BGB) und mangels gesetzlicher Anordnung entsprechend § 7 Abs. 1 Grundstücksdokumentationsordnung auch nicht die Wirkung einer Tatsachenvermutung (§ 292 ZPO) zugute. Das heißt aber noch nicht, daß sie für den Rechtsverkehr bedeutungslos ist. Selbst wenn man einen — bisher nicht festgestellten — Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Eintragung die Nutzungsberechtigung richtig wiedergibt, nicht aufstellen wollte und deswegen auch die Voraussetzung für einen Anscheinsbeweis nicht gegeben wäre, begründet die Eintragung jedenfalls im Sinne eines Indizienbeweises eine tatsächliche Vermutung (vgl. dazu Baumgärtel, Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung“ im Zivilprozeß, Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, Beck Verlag 1990, S. 43 f.), daß die eingetragene Produktionseinheit, hier die LPG, zur angegebenen Nutzung der Fläche berechtigt war. Die Klägerin hätte also Tatsachen darlegen und beweisen müssen, die den indiziellen Charakter der Eintragung entkräften.

2. Dies bedarf vorliegend jedoch keiner Vertiefung. Denn das angefochtene Urteil hat schon deswegen keinen Bestand, weil der Beklagte aufgrund des am 25. 12. 1993 in Kraft getretenen Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren (Registerverfahrens-Beschleunigungsgesetz, RegVBG) vom 20. 12. 1993 (BGBl I S. 2182) der Klägerin gegenüber bis zum 31. 12. 1994 zum Besitz des Grundstücks berechtigt ist. Dieses Gesetz hat Art. 232 EGBGB durch die Einfügung von § 4 a (Vertrags-Moratorium) dahingehend ergänzt, ... (Wird ausgeführt.)

8. WEG § 26 (Befugnis zur Bestellung des ersten Verwalters)

Die in der Teilungserklärung dem Grundstückseigentümer ohne weitere Einschränkungen eingeräumte Befugnis zur Bestellung des ersten Verwalters endet grundsätzlich mit dem Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft.

BayObLG, Beschluß vom 3. 3. 1994 — 2 Z BR 142/93, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin zu 3 begründete als Eigentümerin eines Grundstücks Wohnungseigentum und errichtete auf dem Grundstück eine Wohnanlage; sie ist noch Inhaberin sämtlicher Wohnungseigentumsrechte. Der Antragsteller zu 2 und die Antragsgegner

kauften von ihr vor dem 4. 11. 1992 Wohnungen und nahmen diese in Besitz. Im Wohnungsgrundbuch sind die Käufer noch nicht eingetragen; ihr Eigentumsverschaffungsanspruch ist jedoch noch vor dem genannten Zeitpunkt durch eine Auflassungsvormerkung gesichert worden.

In der Teilungserklärung ist bestimmt:

Ein Verwalter wird heute noch nicht bestellt. Dies behält sich der Grundstückseigentümer ausdrücklich vor.

Am 4. 11. 1992 schloß die Antragstellerin zu 3 mit der Antragstellerin zu 1 einen Verwaltervertrag ab.

Die Antragsteller haben beantragt, verschiedene Eigentümerbeschlüsse für ungültig zu erklären. Diese Anträge sind für das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr von Interesse. Die Antragsgegner haben beantragt festzustellen, daß die Antragstellerin zu 1 nicht wirksam zum Verwalter bestellt worden sei. Das Amtsgericht hat mit Beschluß vom 19. 4. 1993 dem Antrag stattgegeben. Das Landgericht hat am 19. 11. 1993 die sofortige Beschwerde der Antragsteller zurückgewiesen. Auch ihre sofortige weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Antragstellerin zu 1 sei von der Antragstellerin zu 3 zu einem Zeitpunkt zur Verwalterin bestellt worden, zu dem bereits eine faktische Wohnungseigentümergeinschaft entstanden gewesen sei. Die Wohnungseigentumsanwärter hätten nämlich bereits die Eigentumswohnungen in Besitz genommen gehabt und ihre Eigentumsverschaffungsansprüche seien durch eine Auflassungsvormerkung gesichert gewesen. Nach Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft sei die Antragstellerin zu 3 aufgrund der in der Teilungserklärung getroffenen Regelung nicht mehr berechtigt gewesen, den Verwalter zu bestellen. Es könne nämlich nicht angenommen werden, daß die Wohnungseigentümer, wovon andernfalls ausgegangen werden müsse, auf ihre zukünftigen Stimmrechte hätten verzichten wollen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Der Verwalter wird gem. § 26 Abs. 1 WEG grundsätzlich durch Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer bestellt, ausnahmsweise (§ 26 Abs. 3 WEG) durch das Gericht. Der Verwalter kann aber auch durch Vereinbarung bestellt werden. Da die Teilungserklärung Vereinbarungswirkung hat, kann somit der Verwalter bereits in der Teilungserklärung bestellt werden (BayObLGZ 1974, 275/278 f. [= MittBayNot 1974, 208 = DNotZ 1975, 97]; KG DWE 1987, 97).

In der Regel wird der erste Verwalter vom sogenannten Aufteiler oder vom Bauträger in der Teilungserklärung bestimmt (Bub, Wohnungseigentum von A bis Z, 6. Aufl. S. 475). Dies entspricht einem praktischen Bedürfnis. Bereits beim Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft kann dann der Verwalter seine Tätigkeit aufnehmen. Wird der erste Verwalter nicht in der Teilungserklärung bestimmt, dann ist das in §§ 24, 26 WEG vorgesehene Verfahren zur Verwalterbestellung einzuhalten. In diesem Fall ist es ausgeschlossen, daß bereits beim Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft ein Verwalter vorhanden und die Gemeinschaft handlungsfähig ist. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Entstehens einer werdenden oder faktischen Wohnungseigentümergeinschaft, da ab diesem Zeit-

punkt deren Mitglieder wie Wohnungseigentümer zu behandeln sind (BayObLGZ 1990, 101 f.). Vor diesem Zeitpunkt ist ein Verwalter nicht erforderlich, weil der Alleineigentümer dann noch allein entscheidungs- und handlungsbefugt ist.

Hier ist der erste Verwalter in der Teilungserklärung nicht namentlich bestimmt worden; die Bestellung des Verwalters ist dem Grundstückseigentümer vorbehalten worden. Von diesem Vorbehalt hat er erst nach dem Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft Gebrauch gemacht. Das Entstehen einer werdenden oder faktischen Wohnungseigentümergeinschaft setzt als Mindestanforderungen voraus, daß die Wohnungseigentumsanwärter die Eigentumswohnung in Besitz genommen haben und ihr Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an der Wohnung durch eine im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung gesichert ist (BayObLGZ 1990, 101/102; 1991, 150/152). Ob darüber hinaus die Wohnungsgrundbücher angelegt sein müssen oder dies wenigstens beim Grundbuchamt unter Vorlage des Vertrags gem. § 3 WEG beantragt sein muß (vgl. dazu BayObLGZ 1991, 150/152), kann offenbleiben. Erfahrungsgemäß ist davon auszugehen, daß diese Voraussetzung hier gegeben ist; anderweitiges ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

Nach dem Sinn und Zweck der in der Teilungserklärung getroffenen Regelung war der Alleineigentümer nach dem Entstehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft nicht mehr befugt, den Verwalter zu bestellen. Wie oben aufgezeigt, hat die Verwalterbestimmung in der Teilungserklärung ihren Grund darin, die Gemeinschaft sofort mit ihrem Entstehen, und sei es auch nur als faktische Wohnungseigentümergeinschaft, handlungsfähig zu machen. Es besteht aber weder ein Grund noch eine Veranlassung, die Bestellung des ersten Verwalters schlechthin, und sei es erst lange Zeit nach Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft, in die Hände des ursprünglichen Alleineigentümers des Grundstücks zu legen.

9. WEG § 21 Abs. 1, 3, § 25 Abs. 2 Satz 2, § 28 (*Einheitliche Jahresabrechnung bei Mehrhausanlage*)

- 1. Bei einer Mehrhausanlage können die Wohnungseigentümer eines Hauses nicht über eine Jahresabrechnung für dieses allein beschließen. Geschieht dies dennoch, dann kann der Eigentümerbeschluß der Untergemeinschaft ausnahmsweise dann nicht für ungültig erklärt werden, wenn die Eigentümerbeschlüsse der anderen Untergemeinschaften über ihre Jahresabrechnung bestandskräftig geworden sind.**
- 2. Der Verwalter oder ein anderer Vorsitzender der Eigentümerversammlung ist dann, wenn ein Wohnungseigentum mehreren gemeinschaftlich zusteht, in der Regel nicht gehalten, bei Abgabe der Stimme durch einen Mitberechtigten dessen Ermächtigung durch die übrigen zu überprüfen.**
- 3. Ein einzelner Wohnungseigentümer kann einen der Gemeinschaft zustehenden Auskunftsanspruch gegen den Verwalter gerichtlich nur aufgrund eines Eigentümerbeschlusses geltend machen.**

BayObLG, Beschluß vom 31.3.1994 — 2 Z BR 16/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 18 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller und die Antragsgegner zu 1 sind die Wohnungseigentümer der aus einem Gebäude mit zwei Hauseingangstüren bestehenden Hausgemeinschaft W.-Straße 5 und 7. Die gesamte Wohnanlage erstreckt sich auf fünf Wohnhäuser; sie umfaßt mehrere Hausgemeinschaften. Die Antragsgegnerin zu 2 ist die Verwalterin der Wohnanlage.

Am 13. 10. 1992 fand eine Eigentümerversammlung statt, auf der Beschlüsse über die Genehmigung der Jahresabrechnungen 1991/1992 und der Wirtschaftspläne 1992/1993 für die einzelnen Hausgemeinschaften, die Erhöhung der Verwaltergebühr, die Neubestellung des Verwalters und Fragen der Müllabfuhr gefaßt wurden. An den Abstimmungen über die einzelnen Jahresabrechnungen und Wirtschaftspläne nahmen jeweils nur Wohnungseigentümer der betroffenen Hausgemeinschaften teil.

Der Antragsteller hat am 12. 11. 1992 beantragt, alle Eigentümerbeschlüsse für ungültig zu erklären. Er hat seinen Antrag damit begründet, daß in den Fällen, in denen ein Wohnungseigentum mehreren gemeinschaftlich zusteht, die Stimmabgabe durch den erschienenen Mitberechtigten mangels Ermächtigung durch die übrigen ungültig gewesen sei. Im übrigen fehle bei der Darstellung über die Entwicklung des Kontos über die Instandhaltungsrücklage der W.-Straße 5 ein Betrag von 7.686,99 DM.

Mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 9. 2. 1993 hat er seinen Anfechtungsantrag dahingehend beschränkt, daß nur noch der Eigentümerbeschluß über die Jahresabrechnung für die Hausgemeinschaft W.-Straße 5 und 7 für ungültig erklärt werden soll. Außerdem hat er beantragt, die Antragsgegnerin zu 2 zu verpflichten, im Rahmen einer ordnungsgemäßen Buchführung den Fehlbetrag auf dem Konto der Hausgemeinschaft W.-Straße 5 über die Instandhaltungsrücklage aufzuklären.

Das Amtsgericht hat mit Beschluß vom 23. 6. 1993 die Anträge abgewiesen. Das Landgericht hat am 28. 12. 1993 die sofortige Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Auch seine sofortige weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Steht ein Wohnungseigentum mehreren gemeinschaftlich zu, so können sie das Stimmrecht nur einheitlich ausüben, § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG. Die Berechtigten müssen sich untereinander verständigen, wie abgestimmt werden soll. Sie können einen von ihnen zur Stimmabgabe bevollmächtigen. Eine schriftliche Vollmacht kann der Versammlungsleiter nur in Zweifelsfällen verlangen (*Augustin* WEG 12. Aufl. § 25 Rdnr. 18). Ein solcher ist hier weder behauptet noch ersichtlich. In der Regel ist der Verwalter oder ein anderer Vorsitzender der Eigentümerversammlung nicht gehalten, bei der Abgabe der Stimme durch einen Mitberechtigten dessen Ermächtigung durch die übrigen zu prüfen (*Ziege* NJW 1993, 2185/2187; a. A. *Bärmann/Pick/Merle* WEG 6. Aufl. § 25 Rdnr. 30). Ein anderes Ergebnis ist auch nicht praktikabel. Aus § 14 GO ergibt sich ebenfalls keine Verpflichtung zur Überprüfung der Ermächtigung. Danach kann sich ein Wohnungseigentümer nur durch den Verwalter, seinen Ehegatten oder einen anderen Wohnungseigentümer der Gemeinschaft aufgrund schriftlicher Vollmacht vertreten lassen. Nach dem Wortlaut dieser Regelung wird hiervon zwar auch der Fall des gemeinschaftlichen Stimmrechts der Mitberechtigten eines Wohnungseigentums erfaßt. Dieser Fall unterscheidet sich aber so wesentlich von dem der Vertretung eines anderen Wohnungseigentümers, der nicht mitberechtigt am Wohnungseigentum des

Vertreters ist, daß die Bestimmung der Gemeinschaftsordnung hierauf nicht angewendet werden kann. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß diese Bestimmung auch regeln soll, wie bei einem gemeinschaftlichen Stimmrecht vorgegangen werden soll.

Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht im übrigen der Rechtsgedanke des § 1011 BGB; nach dieser Bestimmung ist ein Miteigentümer kraft Gesetzes ermächtigt, die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend zu machen. . . .

b)

c) Der Eigentümerbeschluß kann auch nicht deshalb für ungültig erklärt werden, weil über die Kosten für die Hausgemeinschaft W.-Straße 5 und 7 nicht getrennt nach Hausteilen abgestimmt wurde.

Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums steht den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zu (§ 21 Abs. 1 WEG; vgl. auch § 15 Abs. 2 WEG). Soweit sie über die ordnungsmäßige Verwaltung durch Stimmenmehrheit beschließen (§ 21 Abs. 3 WEG), sind alle Wohnungseigentümer der betreffenden Eigentümergemeinschaft gem. § 25 Abs. 1 und 2 WEG stimmberechtigt. Eine Ausnahme hiervon ist allerdings für die Fälle zu machen, in denen nur eine abgrenzbare Gruppe von Wohnungseigentümern betroffen ist. Wird von einzelnen Maßnahmen nur ein bestimmter Teil von Wohnungseigentümern berührt, werden also die Interessen der übrigen Miteigentümer hiervon in keiner Weise betroffen, so ist das Stimmrecht auf diejenigen Beteiligten beschränkt, die von der Angelegenheit betroffen sind. Eine solche Beschränkung des Stimmrechts kann insbesondere bei sogenannten Mehrhaus-Wohnanlagen in Betracht kommen (BayObLGZ 1983, 320/323 m. w. N.; BayObLG DNotZ 1985, 414 f.; WE 1992, 26).

Diese Voraussetzungen liegen hier für die Abstimmung über die Jahresabrechnung nicht vor. Sie enthält notwendigerweise Kosten, die das Gemeinschaftseigentum insgesamt betreffen. Hierüber können deshalb nur alle Wohnungseigentümer beschließen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Gemeinschaftsordnung. Dort ist zwar vorgesehen, daß solche Kosten abweichend von dem allgemeinen Verteilungsschlüssel auf die einzelnen Untergemeinschaften umzulegen sind (vgl. § 7 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 GO). Eine Abstimmung nur durch den betreffenden Teil der Wohnungseigentümer sieht aber § 14 Abs. 4 GO nur für Instandhaltungsangelegenheiten vor. Für die Abstimmung über die Jahresabrechnung verbleibt es daher bei dem Grundsatz, daß alle Wohnungseigentümer zu beschließen haben (vgl. BayObLG WuM 1994, 105, aber auch das obiter dictum des OLG Köln WuM 1990, 613). Deshalb ist es erst recht nicht möglich, daß innerhalb der Untergemeinschaft W.-Straße 5 und 7 getrennt nach Hausteilen über die Jahresabrechnung abgestimmt wird, wie dies der Antragsteller für richtig hält.

Im Hinblick auf die dargestellten Grundsätze müßte der Eigentümerbeschluß deshalb an sich für ungültig erklärt werden, auch wenn der Antragsteller den maßgebenden Rechtsfehler nicht beanstandet hat. Ausnahmsweise ist dies hier aber nicht möglich. Eine neue Beschlußfassung durch alle Wohnungseigentümer über eine einheitliche Jahresabrechnung für 1991/92 müßte notwendigerweise die gesamten Kosten der Wohnanlage erfassen. Dem steht aber die Bestandskraft der Eigentümerbeschlüsse der anderen

Untergemeinschaften über die Jahresabrechnung für dasselbe Wirtschaftsjahr entgegen; diese Beschlüsse haben Teile dieser Kosten zum Gegenstand.

d) Der Antrag, die Verwalterin zu verpflichten, den behaupteten Fehlbetrag aufzuklären, ist unzulässig. Bei dem geltend gemachten Anspruch handelt es sich um einen solchen, der den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich gegen den Verwalter zusteht. Ein einzelner Wohnungseigentümer kann einen solchen Anspruch nur aufgrund eines Eigentümerbeschlusses gerichtlich geltend machen (BayObLG WuM 1990, 369). Daran fehlt es hier.

Abgesehen davon schließen die unangefochten gebliebenen Entlastungsbeschlüsse früherer Jahre einen Auskunftsanspruch jedenfalls dann aus, wenn durch ihn die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gegen den Verwalter vorbereitet werden soll (vgl. BayObLG WE 1989, 181; Senatsbeschluß vom 16. 9. 1993 — 2 Z BR 55/93; OLG Celle OLGZ 1983, 177/179). Denn der Eigentümerbeschluß über die Entlastung des Verwalters bedeutet in der Regel ein negatives Schuldanerkennnis hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche aus solchen Verwalterhandlungen, die bei Beschlußfassung bekannt oder bei zumutbarer Sorgfalt erkennbar waren (BayObLG NJW-RR 1989, 840 f.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. . . .

10. FGG § 29 Abs. 1 Satz 3; BGB § 1090; GBO § 53 Abs. 1 Satz 2; § 80 Abs. 1 Satz 3 („Benützungsbefugnis“ für Eintragung einer Dienstbarkeit nicht ausreichend)

1. Die Befugnis eines Notars, in Grundbuchsachen weitere Beschwerde einzulegen (Postulationsfähigkeit), kann sich nicht nur aus § 80 Abs. 1 Satz 3 GBO, sondern auch aus § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG ergeben. „Antrag bei dem Gericht erster Instanz“ ist dabei auch die Erinnerung, die der Notar namens eines Beteiligten gegen eine Verfügung des Grundbuchrechtspflegers einlegt.
2. Der Eintragungsvermerk: „Beschränkte persönliche Dienstbarkeit — Benützungsbefugnis —“ ist seinem Inhalt nach unzulässig, da er den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht erkennen läßt. Das gilt auch dann, wenn nur ein Wohnungseigentum zugunsten einer Gemeinde belastet ist.

BayObLG, Beschluß vom 27. 4. 1994 — 2 Z BR 22/94 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind als Eigentümer einer Wohnung im Grundbuch eingetragen. In Abteilung II ist seit dem 16. 2. 1984 wie bei sieben anderen Wohnungen der Anlage eine „beschränkte persönliche Dienstbarkeit — Benützungsbefugnis — für die Stadt N. (Beteiligte zu 3) gemäß Bewilligung vom 18. 8. 1983“ gebucht. In der Bewilligung ist das Recht als „beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts, daß das Sondereigentum an der Wohnung zu keinem anderen Zweck als zur Benützung als Studentenappartement verwendet werden darf“ bezeichnet. In der Verwendung der Wohnung zu diesem Zweck soll der Eigentümer unbehindert bleiben.

Die Beteiligten zu 1 verkauften die Wohnung zu notarieller Urkunde vom 9. 8. 1993 an den Beteiligten zu 2, für den eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. In Abschnitt VI der Urkunde ist bestimmt, daß der Erwerber die Benützungsbefugnis für die Stadt N. „hinsichtlich eines Kfz-Stellplatzes zur weiteren dinglichen Haftung“ übernimmt. In Abschnitt VIII

bevollmächtigen die Beteiligten den Notar, „sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten“, und weiter, „den Vollzug der Urkunde einschließlich der Lastenfreistellung zu betreiben und zu überwachen und alle erforderlichen Genehmigungen und Zeugnisse einzuholen“.

Am 24. 9. 1993 hat der Urkundsnotar aufgrund der ihm erteilten Vollmacht im Namen der Beteiligten zu 1 angeregt, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen. Die Bezeichnung im Grundbuch als „Benützungsbeschränkung“ sei völlig nichtssagend und genüge nicht den Anforderungen an die Beschreibung einer Dienstbarkeit im Eintragungsvermerk.

Das Grundbuchamt hat die Löschung abgelehnt. Das Landgericht hat das vom Notar namens der Beteiligten zu 1 eingelegte Rechtsmittel zurückgewiesen.

Die dagegen eingelegte weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig.

1. Der Verfahrensbevollmächtigte war als Notar befugt, für die Beteiligten zu 1 und 2 weitere Beschwerde einzulegen. Die Befugnis (Postulationsfähigkeit) folgt zwar nicht aus § 80 Abs. 1 Satz 3 GBO, denn es geht hier um eine Löschung von Amts wegen gem. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, nicht um den Vollzug der Urkunde vom 9. 8. 1993, und die Stellung eines Eintragungsantrags gem. § 15 GBO kommt insoweit nicht in Betracht. Die Befugnis ergibt sich aber aus § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG, der nach der ständigen Rechtsprechung des Senats im Grundbuchverfahren neben § 80 GBO anwendbar ist (BayObLG NJW RR 1988, 460 m. w. N. [= DNotZ 1988, 585]; BayObLGZ 1989, 354/356 [= MittBayNot 1989, 315]; ebenso KEHE/Kuntze GBR 4. Aufl. Rdnr. 13, Meikel/Streck GBR 7. Aufl. Rdnr. 18, jeweils zu § 80; Jansen FGG 2. Aufl. § 29 Rdnr. 15 und DNotZ 1964, 709; a. A. Horber/Demharter GBO 20. Aufl. § 1 Rdnr. 27). Der „Antrag bei dem Gericht erster Instanz“ liegt in der Erinnerung, die der Urkundsnotar namens der Beteiligten zu 1 beim Grundbuchamt gegen den Beschluß des Rechtspflegers eingelegt hat (BayObLGZ 1985, 31/32 m. w. N. [= MittBayNot 1985, 72 = DNotZ 1986, 148]; Keidel/Kuntze FGG 13. Aufl. § 29 Rdnr. 25 m. w. N.).

An der Bevollmächtigung des Notars bestehen keine Zweifel.

Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 1 folgt aus der Zurückweisung der Erstbeschwerde; die Beschwerdeberechtigung des Beteiligten zu 2 ergibt sich daraus, daß er als Inhaber einer nachrangigen Auffassungsvormerkung durch die Entscheidung des Landgerichts in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt sein würde, wenn diese Entscheidung in dem von ihm behaupteten Sinn unrichtig, wenn also die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ihrem Inhalt nach unzulässig wäre (vgl. Horber/Demharter § 71 Rdnr. 58, 67). Das gleiche gilt entsprechend für die Berechtigung der Beteiligten zu 1, die Erstbeschwerde einzulegen.

2. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 und 2 ist auch begründet. Das Grundbuchamt ist anzuweisen, die für die Beteiligte zu 3 eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen; die Eintragung ist ihrem Inhalt nach unzulässig.

a) Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Eintragung sei nicht inhaltlich unzulässig. (*Wird ausgeführt.*)

b) Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(1) Bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann gem. § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Daraus folgt, daß der wesentliche Inhalt des Rechts, d. h. die allgemeine Rechtsnatur und die besondere Art, sich aus dem Eintragungsvermerk selbst ergeben müssen. Bei Rechten, die im Gesetz erschöpfend geregelt sind wie dem Nießbrauch, dem Erbbaurecht oder dem Vorkaufsrecht, genügt die allgemeine gesetzliche Bezeichnung. Bei anderen Rechten muß jedoch der wesentliche Inhalt des Rechts wenigstens schlagwortartig gekennzeichnet sein. Da Dienstbarkeiten einem sehr verschiedenen Inhalt haben können, muß bei einem Recht zur Benützung des Grundstücks (§ 1018 1. Fallgruppe BGB, § 1090 Abs. 1 BGB) im Eintragungsvermerk selbst das Recht etwa als Wegerecht, Wasserentnahmerecht oder Wohnrecht gekennzeichnet werden; das gleiche gilt, wenn Inhalt der Dienstbarkeit das Verbot gewisser Handlungen (§§ 1018, 1090 Abs. 1, jeweils 2. Fallgruppe) oder der Ausschluß der Ausübung eines Rechts (§§ 1018, 1090 Abs. 1, jeweils 3. Fallgruppe) ist (BGHZ 35, 378/382; BayObLGZ 1990, 35/36 [= MittBayNot 1990, 173 = DNotZ 1991, 258]; Horber/Demharter Anh. zu § 44 Rdnr. 14 m. w. N.; Haegele/Schöner/Stöber GBR 10. Aufl. Rdnr. 1146, 1148).

(2) Diesen Anforderungen wird der Eintragungsvermerk über die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der Beteiligten zu 3 nicht gerecht. Er läßt nur erkennen, daß es sich um ein Recht der zweiten Fallgruppe handelt. Dies ist bei der Vielzahl von Benützungsbeschränkungen, die als Inhalt einer Dienstbarkeit in Frage kommen, zu unbestimmt (vgl. BayObLGZ 1990, 35/37, auch zur Auseinandersetzung mit der Entscheidung des Kammergerichts KGJ 49, 163/169 f. und mit BGH WarnRspr. 1965 Nr. 216; OLG Köln Rpfleger 1980, 467 [= DNotZ 1981, 268]; Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 1148).

(3) Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einem Wohnungseigentum eingetragen ist und daß sie einer Gemeinde als Berechtigter zustehen soll. Es ist zwar richtig, daß für die Auslegung des Eintragungsvermerks auch die Art des Belastungsgegenstands und die Person des Berechtigten herangezogen werden können; daraus kann sich der wesentliche Inhalt des Rechts erschließen lassen (vgl. BayObLG Rpfleger 1981, 479 und 1986, 296 [= MittBayNot 1986, 130]; KG OLGZ 1975, 301). ... Aber auch bei der Belastung eines Wohnungseigentums allein zugunsten einer Gemeinde bleiben so viele „Benützungsbeschränkungen“ möglich, daß dieser nichtssagende Vermerk nicht ausreichen kann. Neben Beschränkungen in Bezug auf die Personen, die die Wohnung nutzen dürfen, sind auch Beschränkungen in der Art der Nutzung (z. B. Verbot der Ausübung eines Gewerbes, eines Berufes) zugunsten der Beteiligten zu 3 vorstellbar. Zumindest dieser grundlegende Unterschied hätte in dem Eintragungsvermerk kenntlich gemacht werden müssen, wenn man schon nicht verlangen kann, daß der Kreis der Personen, denen die Benützung der Wohnung erlaubt bleibt, beschrieben werden muß.

Die Beteiligte zu 3 kann sich schließlich nicht auf den Gesichtspunkt des Vertrauens auf die Rechtsgültigkeit von lange Zeit unangefochten bestehenden Grundbucheintragungen berufen; der Senat hat diesen Gesichtspunkt bei

Eintragungen berücksichtigt, die 1932 (Rpfler 1986, 296 [= MittBayNot 1986, 130] und 1956 (Rpfler 1981, 479) vorgenommen worden waren, das Kammergericht (OLGZ 1975, 301/305) bei einer Eintragung aus dem Jahre 1933. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Beteiligte zu 3 ist erst im Jahre 1984 eingetragen worden; damals war es nach Rechtsprechung und Literatur völlig klar, daß der farblose Begriff „Benützungsbefugnis“ als Eintragungsvermerk für eine Dienstbarkeit nicht ausreicht.

3. Der Senat kann das Grundbuchamt nur anweisen, die im Wohnungsgrundbuch der Beteiligten zu 1 eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu löschen, da nur diese Eintragung Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens ist. Es versteht sich aber von selbst, daß die gleichen Erwägungen auch für die anderen, mit demselben Wortlaut in den Wohnungsgrundbüchern eingetragenen Rechte der Beteiligten zu 3 gelten.

11. Wassergesetz 1907 Art. 42, 46, 207; Wasserbenutzungsgesetz Art. 10, 12, 40; Allgemeines Recht; EGBGB Art. 184 (*Unvordenkliche Verjährung nach Gemeinem Recht*)

1. Wer ein altrechtliches privates Wasserbenützungsgesetz an einem Staatsprivatfluß in Anspruch nimmt, kann sich auf unvordenkliche Verjährung nach dem Gemeinen Recht nur berufen, wenn die Voraussetzungen der Verjährung bei Inkrafttreten des Wasserbenutzungsgesetzes am 10. 10. 1852 bereits erfüllt waren.

2. Zu den Voraussetzungen der unvordenklichen Verjährung nach Gemeinem Recht.

BayObLG, Urteil vom 18. 5. 1994 — 1 Z RR 135/93 = BayObLGZ 1994 Nr. 27 —, mitgeteilt von *Johann Demhartner*, Richter am BayObLG

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Kläger ist Eigentümer eines an der fränkischen Saale gelegenen Ufergrundstücks und eines diesem gegenüber im Fluß gelegenen Inselgrundstücks. Die Grundstücke gehören zu einer Mühle, die aus mehreren Mühlegebäuden, darunter demjenigen des Klägers, sowie einer Stau- und Triebwerksanlage mit heute noch zwei Mühlrädern besteht. Die Mühle ist in der Uraufnahme des Grundsteuerkatasters aus dem Jahre 1850 ausgewiesen und wird in einem Mühlenverzeichnis aus dem Jahre 1837 erwähnt.

Der Kläger und der beklagte Gewässereigentümer streiten darüber, ob der Kläger vom Beklagten die Eintragung einer Grunddienstbarkeit verlangen kann des Inhalts, daß der jeweilige Eigentümer der Grundstücke des Klägers berechtigt ist, die zu der Mühle gehörenden Stau- und Wasserkraftanlagen auf dem Gewässergrundstück zu halten und zu betreiben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision des Klägers zum Bayerischen Obersten Landesgericht hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II. 3. a. dd) Nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob die erwähnten Regelungen über die Errichtung und Änderung von Stauanlagen und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft in dem Sinn als abschließend zu betrachten waren, daß sie eine Berufung auf die Grundsätze der unvordenklichen Verjährung ausschlossen, wenn deren Voraussetzungen bei Inkrafttreten des Wasserbenutzungsgesetzes am 10. 10. 1852 (v. *Pözl*, Die bayerischen Wassergesetze vom 28. 5. 1952, Einleitung S. 9/10) noch nicht erfüllt waren.

Das Gesetz enthielt insoweit, anders als für die Fälle des Art. 37, keine ausdrückliche Regelung. Das Berufungsgericht hat die Frage bejaht. Der Senat schließt sich dieser Auffassung an (so wohl auch *Stern BayVBl* 1958, 71/72).

(1) Die Entscheidung über die Erlaubnis gemäß Art. 73 ff. WBG setzte die Durchführung eines umfangreichen Verfahrens und die Heranziehung der der Behörde bekannten Beteiligten (Art. 74 WBG) voraus. In diesem Verfahren waren bei Staatsprivatflüssen auch die Belange des Staates als Eigentümer zu berücksichtigen (Art. 76 Abs. 1 WBG, der ausdrücklich auf Art. 10 und 11 des Gesetzes verweist). Unter diesen Umständen hätte es dem Gesetzeszweck widersprochen, dem Betreiber einer Anlage die Möglichkeit zu eröffnen, auch ohne Durchführung des entsprechenden Verfahrens und ohne staatliche Mitwirkung aufgrund der allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften entsprechende Rechte zur Benützung eines Staatsprivatflusses zu erwerben. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß die Erlaubnis nach einhelliger Auffassung nur erteilt werden durfte, wenn der Betreiber die privatrechtliche Möglichkeit besaß, über das Gewässer zu verfügen. Fehlte diese Voraussetzung, so konnte die Verwaltungsbehörde eine verwaltungsrechtliche Bewilligung nicht erteilen (v. *Pözl* Art. 73 bis 76 Anm. 8 S. 198). Auch dies zeigt, daß die Frage, wie ein Nutzungsrecht an einem Staatsprivatfluß zum Halten eines Triebwerkes mit gespannter Wasserkraft erworben werden konnte, durch die Art. 10, 11, 73 ff. WBG abschließend geregelt werden sollte.

Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut des Art. 54 WBG, der zwar einen Rechtserwerb an Privatflüssen durch Verjährung ausdrücklich zuläßt, bei Staatsprivatflüssen („unbeschadet der Art. ... 40“) aber gerade nicht anzuwenden ist (v. *Pözl* Art. 54/55 S. 145 f.).

(2) Das Erfordernis einer Erlaubnis erfaßte auch solche Wasserbenützungsgesetze bereits ins Werk gesetzt waren, ohne daß hierfür ein Rechtstitel bestand. Zwar begründete nach damals herrschender Meinung, worauf die Revision zutreffend hinweist, der Zustand der Unvordenklichkeit nach Gemeinem Recht nicht den Erwerb eines Rechts, sondern nur die Vermutung, daß ein solches Recht als in unbekannter Vorzeit rechtmäßig erworben zu betrachten sei (OGHZ 7, 385 für das Eigentum an einem Privatfluß; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Bd. 1 § 113 Fn. 4 m. w. N. zum Streitstand). Deshalb durfte daraus, daß ein neues Gesetz die Verjährung verbot, nicht ohne weiteres auf den Ausschluß des Rechtsinstituts der unvordenklichen Verjährung geschlossen werden (OGHZ a. a. O.; vgl. auch zum Verbot der Begründung von Forstrechten OGHZ 8, 393). Im vorliegenden Fall schloß das Wasserbenutzungsgesetz jedoch nicht den Erwerb des Rechts als solchen aus. Vielmehr regelte das Gesetz nur die Form, in der das Recht erworben werden konnte. Es stand jedem, der einen Staatsprivatfluß vor Inkrafttreten des Gesetzes benützt hatte, frei, um eine entsprechende Erlaubnis oder Genehmigung nachzusuchen. Dann aber begegnet es keinen Bedenken, demjenigen, der heute ein Recht für sich beansprucht, diese Möglichkeit aber nicht genutzt hat, den ihm nach den Regeln der unvordenklichen Verjährung obliegenden Nachweis für das Bestehen des diesem Recht entsprechenden Zustands während der maßgebenden Zeitspanne vor Inkrafttreten des Wasserbenutzungsgesetzes aufzulegen.

b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der Kläger das Vorliegen der Voraussetzungen der unvordenklichen Verjährung im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Wasserbenutzungsgesetzes am 10. 10. 1852 nicht nachgewiesen hat.

aa) Im Bereich der Mühle galt vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs Würzburger Landrecht, subsidiär das Gemeine Recht (v. *Völderndorff*, Civilgesetzstatistik des Königreichs Bayern, 1880, S. 58, 168). Das Würzburger Landrecht enthielt für den Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken, insbesondere auch an Gewässergrundstücken, keine besonderen Regeln (vgl. v. *Weber*, Darstellung der sämtlichen Provinzial- und Statutarrechte des Königreichs Bayern, Bd. 3 Teil I S. 315/316, zum Mühlenrecht insbesondere S. 323 f.).

bb) Nach dem Gemeinen Recht setzte der Nachweis eines Rechts durch unvordenkliche Verjährung voraus, daß der als Recht beanspruchte Zustand innerhalb der Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der noch lebenden Generation umfaßte, bestanden hatte, und daß diese Generation auch durch Mitteilung ihrer Vorfahren keine Kenntnis von dem Nichtbestehen dieses Zustands hatte. Dabei mußte die eigene Erinnerung der lebenden Generation mindestens 40 Jahre umfassen. Der Gegenbeweis war erbracht, wenn nachgewiesen war, daß der betreffende Zustand in einer Zeit, die innerhalb der letzten zwei Menschenalter (d. h. 80 Jahren) lag, nicht bestanden hatte, wobei es bei unrechtmäßiger Entstehung des Zustands ausreichen konnte, wenn dessen Nichtbestehen für einen noch früheren Zeitpunkt nachgewiesen wurde (*Windscheid* a. a. O. § 113; vgl. auch BGHZ 16, 234/238 m. w. N. sowie *Stern* BayVBl 1958, 71/73).

cc) Nach diesen Grundsätzen obliegt dem Kläger der Nachweis, daß der von ihm als Recht beanspruchte Zustand (Halten eines Stauwehres und der Anlage für die beiden Triebwerke im Flußbett der Fränkischen Saale) während mindestens 40 Jahren vor dem Inkrafttreten des Wasserbenutzungsgesetzes am 10. 10. 1852, also in der Zeit ab 1812, bestanden hat. Das Berufungsgericht hat demgegenüber angenommen, daß das Vorhandensein der Mühle erst ab der Erwähnung im Mühlenverzeichnis von 1837 als feststehend angesehen werden kann. Diese Feststellung ist für den Senat bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen greifen, wie unter 2 dargelegt, nicht durch. Dies gilt insbesondere auch für den behaupteten Verstoß gegen die Grundsätze der Beweiswürdigung. Weder aus der Erwähnung im Mühlenverzeichnis von 1837 noch aus dem Inhalt des Grundsteuerkatasters mußte das Berufungsgericht den Schluß ziehen, daß der als Recht beanspruchte Zustand bereits vor dem Jahr 1837 bis zurück in das Jahr 1812 bestanden hatte.

Anmerkung:

1. Vorstehende Entscheidung verdient aus zwei Gründen Aufmerksamkeit:

In prozessualer Hinsicht ist die Entscheidung einer der seltenen Anwendungsfälle der § 7 EGZPO, § 8 EGGVG, Art. 10 und 11 BayAGGVG. Das Bayerische Oberste Landesgericht entscheidet hier als Revisionsinstanz im ordentlichen Zivilprozeß anstelle des Bundesgerichtshofs, da die zur Anwendung gelangenden Rechtsnormen im wesentlichen in den Landesgesetzen des Freistaates Bayern enthalten sind.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung über den konkreten Einzelfall hinaus von Bedeutung wegen der Ausführungen zu den Voraussetzungen des Entstehens sog. altrechtlicher Dienstbarkeiten nach Art. 187 EGBGB, Art. 56 – 58 BayAGBGB.

2. Das BayObLG nimmt in seiner Entscheidung im wesentlichen zu drei Rechtsfragen wie folgt Stellung:

a) Die Regelungen über die Errichtung und Änderung von Stauanlagen und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft nach dem Wasserbenutzungsgesetz vom 28. 5. 1852, in Kraft getreten zum 10. 10. 1852, sind abschließend. Das Gesetz erkennt nur private Rechte an, deren Erwerb im Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits vollendet war.

b) Im Gebiet der Mühle richtet sich der Erwerb von dinglichen Rechten an Grundstücken einschließlich Gewässergrundstücken nach Gemeinem Recht, da das maßgebliche Statutarrecht (Würzburger Landrecht) insoweit keine Sonderregelungen aufstellt.

c) Die Entstehung einer Dienstbarkeit nach den Grundsätzen der sog. unvordenklichen erwerbenden Verjährung wird vermutet, wenn der Anspruchsteller bewiesen hat, daß der von ihm als Recht beanspruchte Zustand mindestens 40 Jahre lang bestanden hat.

3. Zwei der drei Rechtsfragen betreffen Probleme des Kollisionsrechts. Zum einen handelt es sich um das Verhältnis zwischen dem Wasserbenutzungsgesetz und dem im fraglichen Gebiet geltenden Privatrecht, zum anderen um das Verhältnis zwischen dem Würzburger Landrecht und dem Gemeinen Recht.

a) Mit Klärung der ersten kollisionsrechtlichen Frage ist bereits der Rechtsstreit entschieden. Das entscheidende Argument hierbei ist wertender Art: Gesetzeszweck des Wasserbenutzungsgesetzes sei die Überführung der Benützung von Gewässern in die Rechtsformen des öffentlichen Rechts. Daher gehe es dem Privatrecht vor.

b) Recht ähnlich liegen die Dinge allgemein bei altrechtlichen Grunddienstbarkeiten. Das BayAGBGB regelt nur das Erlöschen altrechtlicher Dienstbarkeiten. Es setzt voraus, daß die altrechtliche Dienstbarkeit zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (§ 26 der Verordnung vom 23. 7. 1898, GVBl. S. 493, in Bayern also spätestens der 16. 1. 1911) entstanden ist, Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB.

c) Bei der Entscheidung der zweiten kollisionsrechtlichen Frage folgt das Gericht den gemeinrechtlichen Grundsätzen, wonach das Einzelstatut zwar das Gesamtstatut bricht, ersteres jedoch restriktiv auszulegen ist¹.

d) Somit wird hinsichtlich der materiellrechtlichen Frage, ob vor Inkrafttreten des Wasserbenutzungsgesetzes eine altrechtliche Dienstbarkeit entstanden ist, der Weg zum Gemeinen Recht frei. Nach Gemeinem Recht konnte eine Dienstbarkeit (*servitus*) nicht nur durch Vertrag entstehen, sondern auch kraft Gesetzes nach den Grundsätzen der sog. unvordenklichen Verjährung erworben werden². Nach der

¹ Praxis des Reichskammergerichts, hierzu *A. Gail*, Practicarum Observationum liber I, Obs. 36, no. 1 mit umfangreichen Nachweisen zum älteren Gemeinen Recht.

² Vgl. nur *Paul Roth*, Bayrisches Civilrecht, Band I, 2. Aufl. 1881, § 63; *Windscheid*, Pandekten, Band I, 4. Aufl. 1875, § 113; aus der modernen Literatur: *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 183–189; *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 768 Anm. 141.

bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts geltenden gemeinrechtlichen Doktrin ist hierbei Verjährung (*praescriptio*) der Oberbegriff der sog. erlöschenden und der erwerbenden Verjährung (*praescriptio extinctiva vel acquisitiva*, letztere heute ein Fall der Ersitzung). Die Zusammenführung beider Institute, die sich möglicherweise bereits zur Zeit Justinians andeutet³, wird im wesentlichen durch das kanonische Recht unter dem Aspekt seines Rechtssatzes „*mala fides superveniens nocet*“ vorbereitet⁴ und durch die Doktrin des *Usus modernus*⁵ vollendet⁶. Dieser Stand ist 1852 zugrunde zu legen.

Die Trennung beider Institute ist ein Produkt der sog. Historischen Rechtsschule und eines der wesentlichen Ergebnisse der intensiven Verjährungsdiskussion des 19. Jahrhunderts. Theoretischer Wegbereiter hierbei ist *Windscheid's* Monographie von 1856⁷, in der er die Verjährung nicht mehr auf das Klagerecht (*actio*) bezieht, sondern auf den Anspruch. Mit dem Wegfall der Klageverjährung ist auch der erwerbenden Verjährung als Einrede gegen die *rei vindicatio* die dogmatische Grundlage entzogen. Wie sehr sich *Windscheid's* Lehre durchgesetzt hat, zeigt das BGB: dort ist als Verjährung nur die Anspruchsverjährung geregelt; für die Ersitzung gelten Sondervorschriften in den §§ 900, 937–945, 1033 BGB. Das EGBGB enthält Übergangsvorschriften zur erwerbenden Verjährung nur noch für die Ersitzung des Eigentums und den Nießbrauch an einer beweglichen Sache (Art. 185), ansonsten zur Anspruchsverjährung in Art. 169.

Die Tatsache, daß heute noch Verfahren über diese Rechtsfragen durch drei Instanzen geführt werden, zeigt, daß die Entscheidung für die Lehre *Windscheid's* möglicherweise vorschnell gefallen ist⁸.

Das Bayerische Oberste Landesgericht geht von einer Zeitdauer von mindestens 40 Jahren aus. Das entspricht zumindest den kirchlichen Rechtsquellen und ist in der bayerischen Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts wohl eher die Untergrenze⁹. Allerdings werden in der gemeinrechtlichen Literatur auch kürzere Fristen diskutiert¹⁰, nach denen der Rechtserwerb im Jahr 1852 hätte vollendet sein können.

³ Hierzu *Coing*, a. a. O., S. 184; Ansatzpunkte bietet bereits das klassische Recht: Ulp. D. 39, 2, 1, 23; Paul. D. 39, 2, 2 pr. (je um 220 n. Chr.); Diocl. C. 3, 34, 7. Die Frist von 40 Jahren und die Verallgemeinerung der klassischen *vetustas* taucht auf im Reskript des oströmischen Kaisers *Anastasius C* 7, 39, 4, 1. (um 400).

⁴ Innozenz III, X, 2, 26, 20; Bonifaz VIII., VI^o, 2, 13, 1 (dort auch 40 Jahre Frist für den Erwerb weltlichen Guts).

⁵ Etwa *Stryk*, *Usus Modernus*, Zu D. 44, 3, § 1, 2 sowie 4 unter Hinweis auf Innozenz III, X, 5, 40, 26; ebenso *Kreittmayr*, *Compendium Codicis Bavarici, Codex Civilis, part. II cap. IV* §§ 9, 10.

⁶ Kritisch aber *Christian Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, § 452 (Trennung sei „rathsamer“, um das „Römische Recht genauer zu verstehen“). Beweggrund ist offenbar die Lösung vom kanonischen Erfordernis der *bona fides* auch bei der *praescriptio extinctiva*.

⁷ Die *Actio des Römischen Civilrechts*, vom Standpunkte des heutigen Rechts, S. 37 ff., 45.

⁸ Die Bedeutung der Lehre *Windscheid's* liegt eher im metatheoretischen Überbau für die in der Diskussion des 19. Jahrhunderts bereits erarbeiteten Ergebnisse; in diesem Sinne bereits *Windscheid's* Rezensent *Zimmermann*, *Heidelberger Kritische Zeitschrift* 5 (1859), 461/479 f.

⁹ Vgl. *Paul Roth*, a. a. O.

4. Vor allem aber beweist das BayObLG mit dieser Entscheidung eindrucksvoll die enge Verbundenheit von Recht, Geschichte und kultureller Identität. Wer da meint, mit Privatrecht könne man so hantieren wie mit einer Marktordnung für Bananen, dem sei die Entscheidung zur Lektüre empfohlen.

Notar a. D. *Dr. Oliver Vossius*, München

¹⁰ Hierzu *Theodos. C.* 7, 39, 3 (30 Jahre) sowie weitere Nachweise bei *Coing*, a. a. O., S. 185.

12. BGB §§ 2033, 2353; GBO §§ 35, 40, 82, 82 a; GBV § 15 (*Grundbuchberichtigung bei unbekanntem Miterben*)

1. Übertragen einzelne Erben des im Grundbuch eingetragenen Erblassers ihre Erbteile auf einen Dritten, so setzt die Berichtigung des Grundbuchs die Voreintragung aller Erben voraus.
2. Ein Miterbe ist grundsätzlich nicht berechtigt, einen Erbschein zum Nachweis der Erbfolge nach einem anderen Miterben zu beantragen. Eine Ausnahme kommt nur dann in Frage, wenn der Miterbe die Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstücks zu dem Zwecke betreibt, die Gemeinschaft aufzuheben.
3. Ein verstorbener Erbe des eingetragenen Erblassers kann grundsätzlich nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung seiner „unbekannten Erben“ ist ausnahmsweise unter anderem dann zulässig, wenn andernfalls eine nur einheitlich mögliche Grundbuchberichtigung nicht durchführbar wäre.
4. Das Berichtigungszwangsverfahren und die Berichtigung des Grundbuchs von Amts wegen kommen auch dann in Betracht, wenn ein Beteiligter bereits den Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt hat. Ein solches Vorgehen des Grundbuchamts wird vor allem dann veranlaßt sein, wenn der Berichtigungsantrag ohne die Mitwirkung eines anderen Beteiligten keinen Erfolg haben kann, weil der Antragsteller den Nachweis der Rechtsnachfolge (hier den Erbschein hinsichtlich der Erbfolge nach einem Miterben) nicht selbst beschaffen kann.

BayObLG, Beschluß vom 9. 6. 1994 — 2 Z BR 52/94 = BayObLGZ Nr. 31 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Ruprecht Kamlah*, Erlangen und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Pensionist A. R. ist seit dem 14. 4. 1969 als Eigentümer von Grundstücken im Grundbuch eingetragen. Er war Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika, wohnte im Staate New York und ist dort am 23. 9. 1979 verstorben. Er wurde hinsichtlich seines Grundbesitzes in Deutschland von neun Miterben mit Anteilen zwischen 9/40 und 9/160 beerbt. Zwei der Erben, K. R. und J. R., sind inzwischen gleichfalls verstorben. Die Erben von J. R., der nach dem Vortrag der Beteiligten gleichfalls in den Vereinigten Staaten lebte und dort gestorben ist, sind noch nicht bekannt.

Fünf der Miterben, sowie die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin des Miterben K. R., übertrugen mit notariellen Urkunden vom 14. 9. 1992 ihre Anteile am Nachlaß des A. R. auf die Beteiligten zu 1.

Das Grundbuchamt hat den vom Urkundsnotar im Namen aller Beteiligten beantragten Vollzug der notariellen Urkunden (Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbteilsübertragungen) mit Zwischenverfügung vom 19. 10. 1992 beanstandet: Voraussetzung für die Eintragung sei, daß die Erbfolge nach A. R. insgesamt eingetragen werde. Ein entsprechender Antrag sei bisher nicht gestellt. In diesem Zusammenhang sei auch die Erbfolge nach J. R. nachzuweisen; dessen Eintragung würde das Grundbuch unrichtig machen.

Der Urkundsnotar hat daraufhin beglaubigte Abschrift des Erbscheins für den inländischen Nachlaß des A. R. vom 30. 6. 1992 sowie den Antrag der Beteiligten zu 2, das Grundbuch bezüglich der Erbfolge zu berichtigen, vorgelegt. Er hat angeregt, die Miterben, die ihren Erbteil übertragen haben, nicht einzutragen, und weiter mitgeteilt, daß der Nachweis der Erbfolge nach J. R. noch nicht vorliege.

Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge nach Ablauf der in der Zwischenverfügung gesetzten Frist am 5. 1. 1994 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben dagegen Erinnerung eingelegt. Hilfsweise haben sie nunmehr auch beantragt, statt des verstorbenen J. R. dessen unbekannte Erben in das Grundbuch einzutragen; weiter haben sie angeregt, ein Berichtigungsverfahren nach § 82 a GBO einzuleiten.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel, dem Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben, mit Beschluß vom 8. 3. 1994 zurückgewiesen. Die Beteiligten zu 1 haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt dazu, daß die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben werden und die Sache an das Grundbuchamt zurückverwiesen wird.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Das Grundbuchamt müsse die Rechte an Grundstücken richtig und vollständig ausweisen. Die Eintragung eines Verstorbenen würde es unrichtig machen; sie sei deshalb nicht zulässig. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Vorinstanzen verengen die rechtliche Würdigung im wesentlichen auf die Feststellung, daß ein Verstorbener nicht in das Grundbuch eingetragen werden könne. Dies wird der Problematik des Falles nicht gerecht. Die Beteiligten haben die Berichtigung des Grundbuchs bezüglich der Erbfolge nach A. R. und der Erbteilsübertragungen beantragt; hilfsweise haben sie die Berichtigung von Amts wegen gem. § 82 a GBO angeregt. Die Vorinstanzen hätten auch ohne diese Anregung prüfen müssen, ob bei Eintragung der Erbfolge nach A. R. das Grundbuch auch hinsichtlich der Erbfolge nach J. R. gem. §§ 82, 82 a GBO berichtigt werden kann. Das Grundbuchamt wird diese Frage nunmehr zu klären haben. Sollte eine Ermittlung der Erben in diesem Verfahren nicht möglich sein, sind ausnahmsweise die unbekannteten Erben des J. R. in das Grundbuch einzutragen.

a) Die Übertragung von Erbteilen (§ 2033 Abs. 1 BGB) ist, wenn ein Grundstück zum Nachlaß gehört, im Wege der Berichtigung in das Grundbuch einzutragen, weil sich der Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs vollzieht (BGH DNotZ 1969, 623; BayObLG NJW-RR 1987, 398 [= Mitt-BayNot 1987, 87 = DNotZ 1987, 365] m. w. N., *Meikel/Böttcher* GBR 7. Aufl. § 22 Rdnr. 37). Das Grundbuch kann nur so berichtigt werden, daß gleichzeitig alle Miterben eingetragen werden, denn es muß den neuen Rechts-

zustand insgesamt richtig wiedergeben. Da nicht der einzelne Miterbe, sondern die Erbengemeinschaft in ihrer Gesamtheit „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ wird, ist § 40 Abs. 1 GBO auf die Übertragung eines Erbteils nicht anwendbar und die Voreintragung der Erben, die ihren Anteil am Nachlaß übertragen haben, nicht entbehrlich (KG OLGE 1, 302; OLG Hamm DNotZ 1966, 744/747; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. Rdnr. 3, *Meikel/Sieveling* Rdnr. 6, *Güthe/Triebel* GBR 6. Aufl. Rdnr. 3, jeweils zu § 40; *Haegle/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 962); der Anregung der Beteiligten davon abzusehen, kann das Grundbuchamt somit nicht nachkommen.

b) Die Beteiligte zu 2 als Erbesebin des eingetragenen Eigentümers hat dementsprechend beantragt, das Grundbuch gemäß dem Erbschein vom 30. 6. 1992 zu berichtigen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann jedoch die Erbfolge nicht durch die beglaubigte Abschrift der Erbscheinsausfertigung nachgewiesen werden. Vielmehr muß die Ausfertigung selbst vorgelegt werden. Statt dessen genügt auch die Bezugnahme auf die Nachlaßakten, die bei demselben Amtsgericht geführt werden (BGH DNotZ 1982, 159/162 [= MittBayNot 1981, 237]).

(1) Aus dem Erbschein ergibt sich, daß der Miterbe J. R. nachverstorben ist; das Grundbuchamt hat es zu Recht abgelehnt, ihn in das Grundbuch einzutragen. Denn das Grundbuch hat den derzeitigen Rechtszustand wiederzugeben; die Eintragung eines Verstorbenen ist nicht zulässig (KG KGJ 25 A 113; 36 A 226; KG Rpfleger 1975, 133; *Horber/Demharter* § 19 Rdnr. 98; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 3347 m. w. N.). Die soweit ersichtlich einzige Ausnahme der Rechtsprechung von diesem Grundsatz (KG JFG 10, 208/211) ist mit der Bestimmung des § 130 ZVG und den Besonderheiten des Zwangsversteigerungsverfahrens, vor allem mit der Notwendigkeit begründet worden, das Ergebnis der Versteigerung einheitlich im Grundbuch zu verlautbaren. Auch die von *Hagen* (Rpfleger 1975, 389) in seiner Kritik an der Entscheidung des Kammergerichts (Rpfleger 1975, 133) vorgeschlagene weitere Ausnahme hängt mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren, nämlich der Regelung des § 779 ZPO zusammen und scheidet hier gleichfalls aus.

Auch bei mehrfacher Erbfolge ist der inzwischen verstorbene Erbe des eingetragenen Erblassers nicht in das Grundbuch aufzunehmen; die mehrfache Rechtsnachfolge außerhalb des Grundbuchs ergibt sich nur aus den Eintragungsvermerken in Spalte 4 der ersten Abteilung (Grundlage der Eintragung).

(2) Die Beteiligten haben in der Begründung zur Erinnerung durch ihren Verfahrensbevollmächtigten hilfsweise beantragt, statt des Verstorbenen J. R. dessen „unbekannte Erben“ in das Grundbuch einzutragen. Die Vorinstanzen haben sich mit diesem Antrag nicht auseinandergesetzt; sie hätten die Frage, ob die Eintragung der unbekannteten Erben ausnahmsweise rechtlich zulässig ist, auch ohne einen ausdrücklichen Antrag prüfen müssen, sofern die Erben des J. R. nicht gem. §§ 82, 82 a GBO festgestellt werden können.

(aa) Wie ein Berechtigter im Grundbuch zu bezeichnen ist, ergibt sich aus § 15 GBV. Diese Bestimmung ist nicht zwingend; es ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß auch Eintragungen zugunsten von unbekannteten Erben oder von unbekannteten Berechtigten möglich

sind (BGH DNotZ 1961, 485/486; KG KGJ 36 A 229; 40 A 37; OLG Dresden OLGE 6, 474/475; OLG Hamm Rpfleger 1989, 17; *Horber/Demharter* Anhang zu § 44 Rdnr. 42; KEHE/*Eickmann* § 15 GBV Rdnr. 2). Dies und die Notwendigkeit für eine solche Eintragung ergibt sich zum Teil unmittelbar oder mittelbar aus gesetzlichen Vorschriften: Gem. § 126 Abs. 2 Satz 2, § 128 Abs. 1 Satz 1 ZVG kann es notwendig werden, in das Grundbuch eine Sicherungshypothek für einen unbekanntem Berechtigten einzutragen (*Zöller/Stöber* ZVG 13. Aufl. § 126 Rdnr. 4.2). Aus § 2162 Abs. 2, § 2178 BGB folgt, daß eine Vormerkung zur Sicherung eines Vermächtnisanspruchs auch für einen noch unbekanntem Berechtigten eingetragen werden kann; überhaupt darf die Sicherung von Rechten oder Ansprüchen durch die Eintragung einer Sicherungshypothek oder einer Vormerkung nicht daran scheitern, daß die Erben eines verstorbenen Berechtigten noch nicht bekannt sind (vgl. BGH DNotZ 1961, 485/486; OLG Hamm Rpfleger 1989, 17). Soweit sich die Zulässigkeit und Notwendigkeit für die Eintragung unbekannter Personen nicht schon aus gesetzlichen Bestimmungen ergibt, wird insbesondere bei unbekanntem Erben aber ganz überwiegend zur Voraussetzung einer solchen Bezeichnung nicht nur gemacht, daß sich der Berechtigte nicht ermitteln läßt, sondern auch, daß die Eintragung notwendig ist und ein zur Verfügung über das Recht berechtigtes Organ (Pfleger für unbekanntem Beteiligte, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker) vorhanden ist (KG KGJ 34 A 276/279; 42 A 220/223 f.; *Güthe/Triebe* § 15 GBV Rdnr. 2 und 17; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 808). Verfügt das Organ über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück oder Grundstücksrecht, ist die Eintragung der unbekanntem Erben gem. § 40 Abs. 1 und 2 GBO ohnehin entbehrlich; erwirbt es ein Recht an einem Grundstück für den Nachlaß, sind die unbekanntem Erben und nicht das handelnde Organ als Berechtigte in das Grundbuch einzutragen (BGH DNotZ 1961, 485; OLG Hamm Rpfleger 1989, 17).

(bb) Diese Voraussetzungen für die Eintragung der unbekanntem Erben sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Erwerb von Erbteilen geschieht außerhalb des Grundbuchs, hängt also nicht von der Eintragung der Übertragung ab. Das gleiche gilt für eine etwaige Verpfändung des Erbteils (*Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 974). Wollten die Beteiligten zu 1 gem. § 2040 Abs. 1 BGB als Erbteilserwerber zusammen mit den Miterben, deren Anteile sie nicht erworben haben, über das Nachlaßgrundstück verfügen, könnte ihnen die Eintragung der unbekanntem Erben des J. R. nichts helfen; die Bestellung eines Nachlaßpflegers (§ 1960 BGB) oder eines Pflegers für unbekanntem Beteiligte (§ 1913 BGB) bliebe erforderlich.

(cc) Dennoch kann der Antrag, das Grundbuch hilfsweise durch Eintragung der unbekanntem Erben des J. R. zu berichtigen, nicht zurückgewiesen werden. Das Interesse der Beteiligten zu 1 als Erbteilserwerber an der Berichtigung des Grundbuchs ergibt sich einmal aus dem allgemeinen Grundsatz, daß das Grundbuch nicht auf Dauer vom wirklichen Rechtszustand abweichen soll; wie aus der Regelung der §§ 82, 82 a und 83 GBO folgt, besteht daran, soweit es um die Eintragung des Eigentümers geht, auch ein öffentliches Interesse (vgl. *Horber/Demharter* §§ 82 ff. Rdnr. 1; *Meikel/Ebeling* § 82 Rdnr. 1). Das Interesse der Beteiligten zu 1 an der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbteilsübertragungen ergibt sich weiter aus den Gefahren, die ihnen wegen des öffentlichen Glaubens des Erb-

scheins (§ 2366 BGB) drohen können, solange das Grundbuch nicht durch die Eintragung der Erbteilsübertragungen und die damit zwangsläufig verbundene Eintragung der Erben berichtigt ist. Aufgrund des Erbscheins — in dem Erbteilsübertragungen nicht verlautbart werden — könnten die Miterben, denen infolge der Erbteilsübertragungen keine Berechtigung an dem Nachlaßgrundstück mehr zusteht, weiterhin zusammen mit den übrigen Miterben oder einem für die unbekanntem Erben oder die Erbserben bestellten Pfleger gem. § 2366 BGB wirksam über das Grundstück verfügen; die Übereignung des Grundstücks könnte gem. § 40 Abs. 1 GBO auch ohne Voreintragung der Erbfolge im Grundbuch vollzogen werden. In diesem Fall könnte das Recht der Beteiligten zu 1 an dem Grundstück verloren gehen, ohne daß sie dabei mitwirken.

c) Vor der Eintragung der unbekanntem Erben des J. R. wird das Grundbuchamt aber nach §§ 82, 82 a GBO vorzugehen haben.

Die Beteiligte zu 2 als Erbserbin des A. R. und die Beteiligten zu 1 als Erbteilserwerber können die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Erbfolge nach J. R. nicht erreichen, solange kein Erbschein erteilt ist (vgl. § 35 GBO; § 85 FGG); eine öffentliche Verfügung von Todes wegen ist offensichtlich nicht vorhanden. Das Recht der Beteiligten, gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO die Berichtigung des Grundbuchs nach dem Erblasser A. R. zu beantragen, erstreckt sich zwar auch auf die Eintragung der Erben des J. R. als Erbserben des noch eingetragenen A. R.; der vorliegende Fall unterscheidet sich insoweit vom Fall KG JFG 14, 418/420, wo bereits die erste Erbfolge im Grundbuch verlautbart worden war. Den Beteiligten fehlt aber das Recht, einen Erbschein nach J. R. gem. § 2353 BGB zu beantragen; einem Miterben des Erblassers wird das Antragsrecht für den Erbschein nach einem anderen Miterben nur für den Fall zugestanden, daß er die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung des Grundstücks betreiben will (vgl. §§ 180, 181 Abs. 3, § 17 Abs. 1 und 3 ZVG; LG Essen Rpfleger 1986, 387; *Staudinger/Promberger* § 2353 Rdnr. 122; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 84 Rdnr. 3; *Zeller/Stöber* § 181 Rdnr. 5.4 und 5). Begründet wird dabei das Antragsrecht mit der entsprechenden Anwendung von § 792 ZPO. In allen anderen Fällen steht den Miterben ein Antragsrecht nicht zu. Die Beteiligten können somit den zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Erbfolge nach J. R. erforderlichen Nachweis gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht selbst beschaffen.

(2) Hier greift nun die Regelung der §§ 82, 82 a GBO ein. Das Grundbuchamt hat die Anregung, ein Grundbuchberichtigungsverfahren gem. § 82 a GBO einzuleiten, nicht verbeschieden; die Beteiligten hätten eine ablehnende Entscheidung mit Rechtsmitteln angreifen können (vgl. KG JFG 14, 418/421; *Horber/Demharter* §§ 82 ff. Rdnr. 23). Im Rahmen des Berichtigungsantrags hätte das Grundbuchamt aber ohnehin prüfen müssen, ob es hinsichtlich der Erbfolge nach J. R. das Verfahren nach den §§ 82, 82 a GBO durchführt. Dies wird gerade dann angezeigt sein, wenn ein Berichtigungsantrag ohne die Mitwirkung von Mitberechtigten, die an dem Antragsverfahren nicht beteiligt sind, keinen Erfolg haben kann (vgl. KG JFG 14, 418 ff.).

(3) Das Grundbuchamt wird zunächst nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen haben, ob die Berichtigung

des Grundbuchs gem. § 82 GBO durchgeführt werden kann. Aus den Nachlassakten A. R. könnten sich Hinweise auf das anzuwendende Recht und auf die Erben von J. R. ergeben; das Grundbuchamt hat die Erben grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln (vgl. KG a. a. O. S. 423; *Meikel/Ebeling* § 82 Rdnr. 14). Ist dies nicht möglich, oder verspricht die Anwendung des Berichtigungszwangs (§ 82 GBO, § 33 FGG) keine Aussicht auf Erfolg, etwa weil sich die gesetzlichen Erben im Ausland aufhalten (vgl. *Horber/Demharter* § 82 ff. Rdnr. 2; *Meikel/Ebeling* § 82 a Rdnr. 5), wird das Grundbuchamt zu prüfen haben, ob das Grundbuch gem. § 82 a GBO von Amts wegen berichtigt werden kann. Sollte auch dies nicht möglich sein, wird es schließlich das Grundbuch dahin zu berichtigen haben, daß es zusammen mit den noch lebenden Erben des A. R. und den Beteiligten zu 1 die unbekanntenen Erben des J. R. in das Grundbuch einträgt.

13. WEG §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 1; BGB § 1010 (*Gebrauchsregelung für Duplex-Garage nach § 15 WEG*)

Eine Benutzungsregelung für die beiden Stellplätze einer Duplex-Garage kann auch dann, wenn es sich um ein im Miteigentum stehendes Teileigentum handelt, nach § 15 Abs. 1 WEG getroffen und im Grundbuch eingetragen werden (Klarstellung zu BayObLGZ 1974, 466/470 [= MittBayNot 1974, 216 = DNotZ 1976, 28]).

BayObLG, Beschluß vom 21. 7. 1994 — 2 Z BR 56/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 38 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Eine Wohnungsbaugesellschaft erstellte auf ihrem Grundstück eine Doppelstockgarage und begründete nach § 8 WEG Wohnungseigentum. Es wurde u. a. ein Miteigentumsanteil von 4/1000 gebildet, verbunden mit dem Sondereigentum an dem Duplex-Stellplatz in der Tiefgarage, im Aufteilungsplan mit G 3/G 4 bezeichnet.

Mit Vertrag vom 15. 1. 1993 ließ die Eigentümerin den Beteiligten zu 2 in Gütergemeinschaft die Wohnung Nr. 6 und einen ideellen Hälfteanteil am Duplex-Stellplatz G 3 / G 4 auf. Außerdem wurde ihnen von der Verkäuferin gemäß einer entsprechenden Bestimmung in der Teilungserklärung das ausschließliche Nutzungsrecht an dem unteren Stellplatz zugewiesen. Mit Vertrag vom 18. 3. 1993 ließ die Eigentümerin den Beteiligten zu 1 zum Miteigentum je zur Hälfte die Wohnung Nr. 2 und einen ideellen Hälfteanteil an dem Duplex-Stellplatz G 3 / G 4 auf; ihnen wurde das ausschließliche Nutzungsrecht an dem oberen Stellplatz zugewiesen. Die Verkäuferin bewilligte, die Nutzungsregelung als Inhalt des jeweiligen Sondereigentums an der Duplex-Garage G 3 / G 4 in das Grundbuch einzutragen.

Die Beteiligten haben jeweils beantragt, die Auflassung der Miteigentumsanteile an der Duplex-Garage G 3 / G 4, die Löschung der entsprechenden Auflassungsvormerkung, die Eintragung des Nutzungsrechts und näher bezeichnete Grundschulden im Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat die Anträge mit Beschluß vom 18. 1. 1994 abgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht durch Beschluß vom 22. 3. 1994 zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung der Entscheidungen des Landgerichts und des Grundbuchamts und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Bei einer Doppelstockgarage sei, wie das Bayerische Oberste Landesgericht im Jahre 1974 (BayObLGZ 1974, 466 [= MittBayNot 1974, 216 = DNotZ 1976, 28]) entschieden habe, der einzelne Stellplatz kein sonderrechtsfähiger Raum, sondern nur ein Teil einer dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Garage dienenden beweglichen Einrichtung. Er könne daher dem einzelnen Wohnungseigentümer nur zur Sondernutzung gem. § 15 Abs. 1 WEG zugewiesen werden, wenn die Garage gemeinschaftliches Eigentum bleibe; stehe die Garage im Teileigentum mehrerer, könne eine solche Regelung nur nach § 1010 BGB getroffen werden. . . .

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das vom Landgericht und vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die vereinbarte Gebrauchsregelung im Sinn des § 15 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des jeweiligen Sondereigentums der Beteiligten im Grundbuch eingetragen werden.

Eine Benutzungsregelung für die beiden Stellplätze einer Doppelstockgarage kann wirksam außer nach § 1010 BGB auch gem. § 15 Abs. 1 WEG getroffen werden, wenn das Teileigentum mehreren als Miteigentum nach Bruchteilen gehört (LG München I MittBayNot 1971, 242; LG München II MittBayNot 1988, 78; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 2836; *Staudenmaier* BWNNotZ 1975, 170/172; *Ertl* DNotZ 1988, 4/11; a. A. LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 163; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. § 3 Rdnr. 36 und § 5 Rdnr. 17; *Stumpp* MittBayNot 1971, 10/12).

a) An Doppelstockgaragen als solchen kann Sondereigentum gebildet werden (BayObLGZ 1974, 466/470; *Weitnauer* § 5 Rdnr. 17). Offenbleiben kann, da hier nicht entscheidungserheblich, ob an je einem der beiden Stellplätze Sondereigentum begründet werden kann.

Das Sondereigentum an einer Doppelstockgarage steht in der Regel im Miteigentum von Bruchteileigentümern (§ 1008 BGB). Die Miteigentümer nach Bruchteilen können unter sich die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands regeln (§§ 745, 746 BGB). Eine solche Verwaltungs- und Benutzungsregelung wirkt gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger nur dann, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 Abs. 1 BGB); es handelt sich insoweit um eine Belastung des Anteils eines Miteigentümers zugunsten der übrigen Miteigentümer. Diese Belastung ist als Beschränkung des (Mit-)Eigentumsrechts in Abt. II des Grundbuchs einzutragen (BayObLG DNotZ 1982, 250 f. [= MittBayNot 1980, 209]). Offenbleiben kann, ob die Eintragung gem. § 1010 Abs. 1 BGB den Nachteil hat, daß eine Eintragung der in der Praxis vorkommenden Verbindung der Gebrauchsregelung mit einer Regelung über die Lasten- und Kostentragung nicht möglich ist (vgl. dazu BayObLG Rpfleger 1993, 59 f. [= MittBayNot 1992, 333 = DNotZ 1993, 391]; *Ertl* DNotZ 1988, 4/11; *Palandt/Bassenge* BGB 53. Aufl. § 1010 Rdnr. 3). Keiner Entscheidung bedarf auch die vom LG München I (MittBayNot 1971, 242) aufgeworfene Frage, ob der Weg einer Eintragung nach § 1010 Abs. 1 BGB umständlicher ist als der nach § 15 Abs. 1, 10 Abs. 2 WEG. Jedenfalls ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Möglichkeit, eine Gebrauchsrege-

lung nach § 1010 BGB als Belastung in Abt. II des Grundbuchs einzutragen, die Möglichkeit der Eintragung einer Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs ausschließen soll.

b) Nach § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist somit eine Gebrauchsregelung hinsichtlich des Sondereigentums ausdrücklich zulässig. In der Regel wird es sich zwar bei solchen Gebrauchsregelungen um Gebote oder Verbote bestimmter Nutzungsarten handeln (vgl. *Palandt/Bassenge* § 15 WEG Rdnr. 4). Auch eine Gebrauchsregelung, wie sie hier vereinbart wurde, ist aber vom Wortlaut des § 15 Abs. 1 WEG gedeckt.

Zwar kann für eine Regelung, die den Gebrauch des Sondereigentums zum Gegenstand hat, der Begriff Sondernutzungsrecht nicht herangezogen werden; dies ist aber für die hier zu entscheidende Rechtsfrage ohne Belang. Unter einem Sondernutzungsrecht versteht man nämlich das durch Vereinbarung begründete Recht eines Wohnungseigentümers, Teile oder auch das gesamte gemeinschaftliche Eigentum unter Ausschluß aller übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch allein gebrauchen zu dürfen (*BayObLGZ* 1981, 56/58 [= *MittBayNot* 1981, 135]; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. Anhang zu § 3 Rdnr. 21). Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um den Alleingebrauch am gemeinschaftlichen Eigentum.

Auch nach dem Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 WEG ist es nicht ausgeschlossen, nach dieser Vorschrift eine Gebrauchsregelung für eine im Teileigentum mehrerer stehende Duplex-Garage zu treffen. Zwar bilden die Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft als solche keine Wohnungseigentümergeinschaft. Das Wohnungseigentumsrecht der Miteigentümer einer Duplex-Garage besteht aber nicht nur in dem jeweiligen Sondereigentum an dieser Garage, sondern ist durch den jeweiligen Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört, in das Gemeinschaftsverhältnis aller Wohnungseigentümer eingebunden (*BGH Rpfleger* 1987, 106 f. [= *MittBayNot* 1987, 84 = *DNotZ* 1988, 24]; *Ertl DNotZ* 1988, 11). Dies rechtfertigt es, § 15 Abs. 1 WEG, wie es auch von dessen Wortlaut her zulässig ist, als Rechtsgrundlage für eine Gebrauchsregelung an einer Duplex-Garage heranzuziehen, wenn sie Teileigentum mehrerer ist. Die Auffassung des Landgerichts, bei einer Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG müßten Streitigkeiten zwischen den Bruchteilseigentümern unter Beteiligung aller Wohnungseigentümer ausgetragen werden, und zwar entgegen deren Interessenlage, trifft nicht in jedem Fall zu. Nach allgemeiner Meinung sind nämlich dann, wenn von einzelnen Maßnahmen nur ein bestimmter Teil von Wohnungseigentümern berührt wird und die Interessen der übrigen Miteigentümer hiervon in keiner Weise betroffen waren, nur diese Wohnungseigentümer am Verfahren beteiligt (*BGHZ* 115, 253/255 f.; vgl. auch *BayObLGZ* 1983, 320/323 m. w. N.; *BayObLG DNotZ* 1985, 414 f.; *WE* 1992, 26).

c) Der Senat hat entschieden (*BayObLGZ* 1974, 466/470), daß der einzelne Stellplatz einer Doppelstockgarage einem einzelnen Wohnungseigentümer zur Sondernutzung zugewiesen werden kann, und zwar gem. § 15 Abs. 1 WEG, wenn die Garage selbst gemeinschaftliches Eigentum ist,

oder nach 1010 BGB, wenn sie Teileigentum mehrerer ist. Diese Entscheidung ist nicht nur von den Vorinstanzen, sondern überwiegend auch im Schrifttum so verstanden worden, daß damit eine wohnungseigentumsrechtliche Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG nur dann in Betracht kommt, wenn der Duplex-Stellplatz im Gemeinschaftseigentum steht. Ob die Entscheidung diesen Inhalt hat, braucht nicht entschieden zu werden; jedenfalls würde der Senat insoweit nicht daran festhalten.

14. BGB § 881, GBO § 45 (*Eintragung eines Rangvorbehalts*)

Das BayObLG legt dem BGH die folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vor:

Genügt zur Eintragung eines Rangvorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht die Angabe von Betrag und Zinssatz, oder ist zusätzlich die Angabe des Zeitpunktes erforderlich, von dem an die Verzinsung erfolgen soll?

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluß vom 22. 7. 1994, 2 Z BR 64/94 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Klaus Gerlach*, Füssen

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind Eigentümer je zur Hälfte eines Miteigentumsanteiles an einem Grundstück. Mit notarieller Urkunde vom 27. 12. 1993 ließen sie dem Beteiligten zu 2 diesen Miteigentumsanteil auf.

In der notariellen Urkunde räumte der Beteiligte zu 2 seinem Bruder ein dingliches Vorkaufsrecht ein. Inhalt des Vorkaufsrechts soll unter anderem folgende Bestimmung sein:

Der Erwerber behält sich das Recht vor, im Range vor dem Vorkaufsrecht Grundpfandrechte bis zu einem Betrag in Höhe von DM 1.000.000,— samt Zinsen und Nebenleistungen bis zu insgesamt 20% jährlich im Grundbuch eintragen zu lassen.

Die Eintragung der Auflassung sowie des Vorkaufsrechts mit dem bezeichneten Inhalt wurde bewilligt.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung vom 3. 3. 1994 unter anderem deshalb beanstandet, weil in der Eintragungsbewilligung für den Rangvorbehalt der Anfangszeitpunkt der Zinsen und Nebenleistungen nicht angegeben ist. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht durch Beschluß vom 14. 4. 1994 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Der Senat hält die weitere Beschwerde für unbegründet.

An der Zurückweisung sieht er sich jedoch durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 19. 6. 1989 (*Rpfleger* 1989, 401 = *DNotZ* 1990, 743) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher gem. § 79 Abs. 2, 3 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Diese hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob dann, wenn die Bewilligung eines Rangvorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht keine ausdrücklichen Angaben zum Zeitpunkt des Zinsbeginns enthält, die Auslegung zweifelsfrei ergibt, daß der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung der Tag sein soll, an dem das vorbehaltene Grundpfandrecht in das Grundbuch eingetragen wird. Im Gegensatz zum Oberlandesgericht Frankfurt möchte der Senat diese Frage verneinen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

2. Nach Ansicht des Senats hält die Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Bei der Eintragung eines Rangvorbehalts gem. § 881 Abs. 1, 2 BGB muß der Umfang des vorbehaltenen Rechts genau bestimmt sein; dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 881 Abs. 1 BGB, unabhängig davon aber auch aus dem das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. hierzu *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. Anhang zu § 13 Rdnr. 5). Der für die Eintragung eines Vorbehalts für ein verzinsliches Grundpfandrecht in das Grundbuch (vgl. § 881 Abs. 2 BGB) erforderlichen Eintragungsbewilligung muß der Höchstbetrag von Kapital, Zinsen und sonstigen Nebenleistungen eindeutig entnommen werden können. Darüber hinaus muß sich aus der Eintragungsbewilligung aber auch der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung zweifelsfrei ergeben, weil auch er zum Inhalt des vorbehaltenen Rechts gehört. Diese im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz erforderlichen Angaben zum Inhalt des vorbehaltenen Rechts müssen sich grundsätzlich nicht ausdrücklich aus der Eintragungsbewilligung ergeben. Diese ist nämlich einer Auslegung zugänglich. Es genügt daher, daß sich die erforderlichen Angaben, insbesondere einzelne von ihnen, durch Auslegung der Eintragungsbewilligung zweifelsfrei feststellen lassen. Dies alles entspricht allgemeiner Meinung und wird von niemandem ernsthaft in Zweifel gezogen.

b) Strittig ist jedoch in Rechtsprechung und Schrifttum, ob der Eintragungsbewilligung für einen Rangvorbehalt zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts, die keine Angabe über den Zinsbeginn enthält, durch Auslegung ein eindeutiger Anfangszeitpunkt für die Verzinsung entnommen werden kann. Bei einem verzinslichen Grundpfandrecht kann der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung vor der Eintragung, aber auch danach liegen. Die Festlegung des maßgebenden Zeitpunkts obliegt der Einigung des Grundstückseigentümers und des Gläubigers im Sinn des § 873 Abs. 1 BGB und muß sich aus der grundbuchrechtlich erforderlichen, aber auch ausreichenden Eintragungsbewilligung ergeben. Enthält diese keine Angaben zum Anfangszeitpunkt für eine Verzinsung, so ist zunächst zu prüfen, ob sich dieser durch Auslegung ermitteln läßt. Bei der Auslegung ist entsprechend § 133 BGB auf Sinn und Wortlaut abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt; dabei dürfen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (allg. Meinung; vgl. BGHZ 113, 378 [= DNotZ 1991, 88]; BayObLG Rpfleger 1993, 189; DNotZ 1989, 568 [= MittBayNot 1988, 231]; *Horber/Demharter* § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Eine Auslegung kommt aber nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (*Horber/Demharter* a. a. O.). Dies ist nach Ansicht des Senats hier nicht der Fall.

(1) Das Landgericht Aachen (Rpfleger 1986, 89 [= MittBayNot 1986, 132]), hat im Jahr 1985 entschieden, die Eintragungsbewilligung für einen Rangvorbehalt zugunsten eines verzinslichen Grundpfandrechts müsse ebenso wenig wie die Eintragungsbewilligung für ein verzinsliches Grundpfandrecht eine ausdrückliche Angabe über den Anfangszeitpunkt der Verzinsung enthalten. Im einen wie im anderen Fall ergebe die Auslegung, daß die Verzinsung mit der Eintragung des Grundpfandrechts, also mit dessen Entstehung, beginnen solle. . . .

Das Landgericht Aachen mißt damit dem Umstand keine Bedeutung bei, daß im Fall der Bewilligung eines Rangvorbehalts als zumindest auch naheliegender Zeitpunkt der der Eintragung des Vorbehalts in das Grundbuch in Betracht kommen kann. . . .

Das Oberlandesgericht Frankfurt (Rpfleger 1989, 401) hat sich der Ansicht des Landgerichts Aachen angeschlossen. Das Oberlandesgericht Frankfurt spricht zwar nur von dem „Tag der Eintragung“ als dem maßgebenden Zeitpunkt, ohne ausdrücklich zu sagen, daß damit die Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts und nicht die des Rangvorbehalts gemeint ist. Ganz offensichtlich geht die Entscheidung jedoch von der Eintragung des Grundpfandrechts aus. Das Oberlandesgericht Frankfurt meint, es fehlten jegliche Anhaltspunkte dafür, daß die Beteiligten an die Möglichkeit eines Zinsbeginns vor oder nach der Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts gedacht hätten. . . .

Wie das Landgericht Aachen und das Oberlandesgericht Frankfurt hat am 21. 2. 1994 auch das Landgericht Dresden (Rpfleger 1994, 292, mit kritischer Anmerkung von *Hintzen*) entschieden.

(2) Der Auffassung der Landgerichte Aachen und Dresden sowie des Oberlandesgerichts Frankfurt haben sich Teile des Schrifttums angeschlossen (vgl. z. B. *Palandt/Bassenge* BGB 53. Aufl. § 881 Anm. 2; *KEHE/Eickmann* GBR 4. Aufl. § 45 Rdnr. 24). In anderen Erläuterungsbüchern wird zu der Frage auch in den nach der Entscheidung des Landgerichts Aachen erschienenen Auflagen weder Stellung genommen, noch das Problem überhaupt angesprochen (vgl. z. B. *Erman/Hagen* BGB 8. Aufl. 1993 Rdnr. 2, *Staudinger/Kutter* BGB 12. Aufl. 1989, Rdnr. 8, jeweils zu § 881). Ein anderer Teil des Schrifttums ist der Meinung, die Auslegung führe in der Regel nicht zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis; der Anfangszeitpunkt der Verzinsung müsse daher in der Eintragungsbewilligung ausdrücklich angegeben werden; geschehe dies nicht, sei der Erlaß einer Zwischenverfügung geboten (*Haegeler/Schöner/Stöber* GBR 10. Aufl. Rdnr. 2136; das in Rdnr. 2132 abgedruckte Muster enthält jedoch gleichwohl keine Angaben über den Anfangszeitpunkt der Verzinsung; *Horber/Demharter* § 45 Rdnr. 38; *Meikel/Böttcher* GBR 7. Aufl. § 45 Rdnr. 176). *Kutter* (DNotZ 1990, 744) ist zwar der Meinung, daß im Weg der Auslegung ein eindeutiger Anfangszeitpunkt für die Verzinsung festgestellt werden könne, hält aber im Gegensatz zu den Landgerichten Aachen und Dresden sowie zum Oberlandesgericht Frankfurt nicht den Zeitpunkt der Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts für den maßgebenden Zeitpunkt, sondern den der Beurkundung des Grundpfandrechts. . . .

Von *Soergel/Stürner* (BGB 12. Aufl. Nachträge § 881 Rdnr. 7) wird zwar ebenfalls die Meinung vertreten, der maßgebende Zeitpunkt könne durch Auslegung ermittelt werden; zugleich wird aber in Zweifel gezogen, ob der vom Oberlandesgericht Frankfurt angenommene Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts maßgebend sein könne; dem Zeitpunkt der Beurkundung des vorbehaltenen Grundpfandrechts wird der Vorzug gegeben. Hierzu ist zu sagen, daß bei Bestehen solcher Zweifel die notwendige Schlußfolgerung sein muß, die Auslegung führe nicht zu einem zweifelsfreien Ergebnis und könne folglich nicht geeignet sein, den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes zu genügen.

Der Senat ist der Auffassung, daß im Weg der Auslegung der Anfangszeitpunkt der Verzinsung nicht eindeutig und zweifelsfrei festgelegt werden kann, also eine ausdrückliche Angabe in der Eintragungsbewilligung erforderlich ist.

(3) Diese Ansicht wird schon dadurch bestätigt, daß im Schrifttum (*Kutter, Soergel/Stürner*, jeweils a. a. O.) und in der Rechtsprechung (Landgerichte Aachen und Dresden, Oberlandesgericht Frankfurt, jeweils a. a. O.) unterschiedliche Zeitpunkte als nächstliegende Bedeutung genannt werden. Dies belegt, daß durch Auslegung ein eindeutiges und zweifelsfreies Ergebnis nicht gefunden werden kann. Ernsthaft in Betracht kommt als maßgebender Zeitpunkt nicht nur die Beurkundung oder Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts, sondern insbesondere auch der Zeitpunkt der Eintragung des Rangvorbehalts. Dabei spielt der Gedanke eine Rolle, daß ebenso wie bei der Höhe des Kapitals und der Zinsen der Vorbehalt nicht in vollem Umfang ausgenützt werden muß. Weil damit ohne nähere Angaben in der Eintragungsbewilligung auch durch Auslegung der maßgebende Zeitpunkt nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, ist es notwendig, daß die Eintragungsbewilligung eines Rangvorbehalts für ein verzinliches Grundpfandrecht Angaben zum Beginn der Verzinsung enthält.

(4) In diesem Zusammenhang muß auch die Frage gestellt werden, was die rechtlichen Folgen der Eintragung eines Rangvorbehalts sind, bei dem der Zeitpunkt des Verzinsungsbeginns nicht angegeben ist. Obwohl *Böttcher (Meikel/Böttcher a. a. O.)* die Meinung vertritt, der Anfangszeitpunkt der Verzinsung müsse in der Eintragungsbewilligung angegeben werden, worauf gegebenenfalls durch eine Zwischenverfügung hinzuweisen sei, hält er bei Eintragung eines Rangvorbehalts ohne eine solche Angabe den Zeitpunkt der Eintragung des vorbehaltenen Grundpfandrechts für maßgebend. Dies ist widersprüchlich. Die Eintragungsbewilligung und die Eintragung sind nämlich nach den gleichen Grundsätzen auszulegen. Maßgebend ist in beiden Fällen die nächstliegende Bedeutung des Erklärten oder Eingetragenen für einen unbefangenen Betrachter (*Horber/Demharter* § 19 Rdnr. 28 und § 53 Rdnr. 2, jeweils mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Wenn bei einer Eintragungsbewilligung ohne Angabe eines Zeitpunkts für den Verzinsungsbeginn der Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts nicht eindeutig als maßgebender Zeitpunkt durch Auslegung ermittelt werden kann, muß dies auch für die Eintragung ohne Angabe eines Verzinsungsbeginns gelten. Fehlt eine Angabe zum Verzinsungsbeginn, ist die Eintragungsbewilligung oder eine Eintragung insoweit nicht ausreichend bestimmt. Bei der Eintragung ist die rechtliche Folge, daß insoweit eine inhaltlich unzulässige Eintragung vorliegt (*Horber/Demharter* § 53 Rdnr. 49). Die inhaltliche Unzulässigkeit wird aber grundsätzlich nur die Verzinsung erfassen, so daß im übrigen ein wirksamer Vorbehalt für ein, allerdings unverzinsliches, Grundpfandrecht vorliegt (vgl. § 139 BGB; *Horber/Demharter* § 53 Rdnr. 58). In diesem Fall kann § 1119 BGB nicht entsprechend angewandt werden, weil sich diese Bestimmung nicht mit dem Verzinsungsbeginn, sondern nur mit der Höhe der Zinsen befaßt.

(5) Nicht entschieden zu werden braucht, ob an der seit der Entscheidung RGZ 136, 233 allgemein vertretenen Ansicht festgehalten werden kann, wonach bei der Bewilligung eines verzinlichen Grundpfandrechts, die den Anfangszeitpunkt der Verzinsung nicht angibt, im Weg der Auslegung der Tag

der Eintragung des Grundpfandrechts als Anfangszeitpunkt anzunehmen ist. Der Senat neigt dazu, dies zu bejahen. Der entscheidende Unterschied zu der Bewilligung eines Rangvorbehalts für ein verzinliches Grundpfandrecht liegt darin, daß hier auch der Tag der Eintragung des Rangvorbehalts in das Grundbuch als naheliegende Bedeutung der Bewilligung in Betracht kommt, so daß der Tag der Eintragung des Grundpfandrechts nicht mehr als nächstliegende Bedeutung angesehen werden kann.

3. Der Senat möchte von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt bei Auslegung der §§ 881, 133 BGB abweichen. Die genannten Vorschriften hat das Grundbuchamt bei seiner Entscheidung über den Eintragungsantrag anzuwenden; sie betreffen damit das Grundbuchrecht im Sinn des § 79 Abs. 2 GBO (BGH NJW 1989, 1093 [= MittBayNot 1989, 87]; *Horber/Demharter* § 79 Rdnr. 9).

Der Senat kann daher nicht selbst über die weitere Beschwerde entscheiden; diese muß vielmehr dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt werden.

15. BGB § 891; EGBGB Art. 233 § 11 Abs. 5 (*Nachweis des Güterstandes bei Bodenreformland*)

Handelt es sich bei dem Grundbesitz um Bodenreformland, ist die Vermutung des § 891 BGB für Alleineigentum des eingetragenen Eigentümers durch Art. 233 § 11 Abs. 5 EGBGB eingeschränkt. Das Grundbuchamt trifft deswegen eine Pflicht zur Prüfung der güterrechtlichen Verhältnisse des eingetragenen Berechtigten zum Ablauf des 15. 3. 1990.
(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Rostock, Beschluß vom 5. 5. 1994 — 3 W 21/94 —

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch von D. ist als Eigentümerin eingetragen die Beteiligte. Die Eintragung erfolgte auf Antrag des Rates des Kreises vom 8. 9. 1964 am 12. 9. 1964. In der 1. Abteilung ist ein Bodenreformvermerk nach Art. 6 der Verordnung über die Bodenreform vom 5. 9. 1945 am 13. 7. 1946 eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 20. 11. 1992 überließ die Beteiligte an die weiteren Beteiligten das Grundstück. Die Beteiligten vereinbarten die Auflassung und für die Beteiligte Eintragung eines lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauchsrechts.

Der Notar überreichte dem Grundbuchamt ein von ihm an die Meldeverwaltung Sch. gerichtetes Anschreiben, in dem er um eine gesiegelte Bestätigung darüber bat, ob die Übergeberin zum 15. 3. 1990 bereits verwitwet war oder nicht. Auf diesem Schreiben war vermerkt, daß die genannte Person am 15. 3. 1990 bereits verwitwet war.

Mit Zwischenverfügung vom 8. 9. 1993 gab das Grundbuchamt den Beteiligten auf, den Nachweis der Verheiratung bzw. Nichtverheiratung des Eigentümers vom Zeitpunkt des 15. 3. 1990 durch Heiratsurkunde bzw. Bescheinigung der Meldebehörde in grundbuchmäßiger Form zu erbringen.

Der gegen diesen Beschluß eingelegten Erinnerung, die die formularmäßige Nachfrage nach dem Personenstand für nicht rechtmäßig erklärte und darauf hinwies, daß keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die 92jährige Frau noch verheiratet wäre, half der Grundbuchrichter nicht ab. Der Nichtabhilfebeschluß vom 1. 10. 1993 des Amtsgerichts erklärt die Siegelung der Auskunft der Meldebehörde für erforderlich. Da es sich um eine Veräußerung von Bodenreformland handele, müsse sichergestellt sein, daß die Beteiligte am 15. 3. 1990 ledig oder verwitwet gewesen sei.

Beschwerde und weitere Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet. Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt der weiteren Beschwerde, daß die Vermutung des § 891 BGB für die Richtigkeit des Grundbuches auch für das Grundbuchamt gelte (vgl. statt aller BayOLG 1967, 295, 297; NJW-RR 1989, 718 [= MittBayNot 1989, 209 = DNotZ 1990, 739]). Indessen ergibt sich aus dem Grundbuch selbst, daß es sich bei dem zu übertragenden Grundstück um Bodenreformland handelt. Bis zum Inkrafttreten des 2. Vermögensrechtsänderungsgesetzes am 22. 7. 1992 war streitig, ob die eingetragene Person tatsächlich Eigentümer des Bodenreformlandes war oder die Treuhandanstalt (vgl. *Böhringer*, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, S. 156). Der Gesetzgeber hat mit dem 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz den eingetragenen Eigentümer von Bodenreformland nunmehr zum Eigentümer gemacht (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 Art. 233 EGBGB), jedoch lediglich zu hälftigem Bruchteileigentümer, wenn er am 15. 3. 1990 verheiratet war und die Ehe vor dem Wirksamwerden des Beitritts dem gesetzlichen Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des FGB unterlag (§ 11 Abs. 5 Art. 233 EGBGB). Damit hat der Gesetzgeber den Rechts-erwerb des am 15. 3. 1990 verheirateten und im Grundbuch als Eigentümer von Bodenreformland Ausgewiesenen eingeschränkt (vgl. *Keller* MittBayNot 1993, S. 72). Daraus folgt, daß die Vermutung des § 891 BGB in diesen Fällen dem eingetragenen Berechtigten nicht in vollem Umfange zugute kommt (a. A. *Keller*, a. a. O.).

Infolgedessen hat der eingetragene Alleineigentümer, dessen Alleineigentum aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 11 Abs. 5 Art. 233 EGBGB zweifelhaft ist, dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO seine Alleinberechtigung nachzuweisen.

Hierzu bedarf es lediglich noch der Vorlage einer Bescheinigung des Meldeamtes. Nach der Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden hat der Standesbeamte u. a. Scheidungen der für den Hauptwohnsitz des Betroffenen zuständigen Meldebehörde mitzuteilen (§ 211 Abs. 7 i. V. m. § 98), sowie die Eheschließung (§ 98) und Sterbefälle (§ 349). Damit kann der eingetragene Alleineigentümer von der Meldebehörde die entsprechenden Urkunden erlangen.

Das von dem Notar vorgelegte Schriftstück genügt diesen Anforderungen nicht. (*Wird ausgeführt.*)

16. BGB §§ 883, 894, GBO §§ 22, 29 (*Löschung einer Vormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis*)

1. An den Unrichtigkeitsnachweis dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden.
2. Zum Unrichtigkeitsnachweis als Löschungsgrund für eine Vormerkung.

(*Leitsätze des Einsenders*)

AG München — Grundbuchamt —, Beschluß vom 22. 6. 1994, mitgeteilt von Notar *Dr. Günter Promberger*, Dachau

Aus dem Tatbestand:

Zu Urkunde vom 12. 1. 1994 überließen die Beteiligten zu 1. den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz an den Beteiligten zu 2. Sie beantragten die Löschung der in Abteilung II eingetragenen Auflassungsvormerkung bezüglich einer Teilfläche für S. Die Rechtspflegerin beim Amtsgericht München — Grundbuchamt — verlangte eine Bewilligung der Erben des Herrn S., da ihrer Meinung nach die Unrichtigkeit des Grundbucheintrages nicht nachgewiesen ist. Hiergegen richtet sich die Erinnerung des Urkundsnotars, welcher die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Der eingelegte Rechtsbehelf ist als Rechtspflegererinnerung gem. § 11 Abs. 2 RpfLG statthaft und auch im übrigen zulässig. Er hat in der Sache Erfolg. Es ist nämlich offenkundig, daß die Eintragung in Abteilung II laufende Nr. 1 unrichtig ist. Eine solche Offenkundigkeit im Sinne des § 29 GBO liegt dann vor, wenn aus der Gesamtheit der dem Grundbuchamt vorliegenden Unterlagen klar und zweifelsfrei erkennbar ist, daß der Grundbucheintrag nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Eben dies ist hier gegeben:

Der Anspruch war nach der vorgelegten Bewilligungs-urkunde befristet in seiner Geltendmachung bis zum 1. 1. 1936. Danach sollte er erlöschen. Zwar ist das Nichtgebrauchmachen von diesem Anspruch als solches nicht erwiesen, doch liegt hierfür der Beweis des ersten Anscheins dadurch vor, daß nach nahezu 60 Jahren keinerlei gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruches erfolgt ist. Unabhängig davon ob — wie der Urkundsnotar vorbringt — der Anspruch mittlerweile verjährt ist, ist er auf jeden Fall verwirkt, da der Berechtigte den Verpflichteten über längere Zeit schuldhaft darüber im unklaren gelassen hat, ob von dem Anspruch noch Gebrauch gemacht werden wird. An den Nachweis der Unrichtigkeit dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere kann statt der Widerlegung ganz entfernter Möglichkeiten von den nach der allgemeinen Erfahrung regelmäßig ausgegangen werden (LG München I, MittBayNot 1988, 43). Dies führt hier zu der Annahme, daß innerhalb der in der Bewilligungs-urkunde festgehaltenen Frist kein Gebrauch von dem Anspruch gemacht wurde.

17. BGB §§ 242, 1353 (*Ausgleichsanspruch bei Scheitern der Ehe bei Gütertrennung*)

Hat ein Ehegatte bei Gütertrennung durch seine Mitarbeit im Betrieb des Ehepartners dessen Vermögen vermehrt, so kann ihm nach dem Scheitern der Ehe ein Ausgleichsanspruch zustehen (Fortführung von BGHZ 84, 361 [= DNotZ 1983, 180]).

BGH, Urteil vom 13. 7. 1994 — XII ZR 1/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die 1938 geborene Klägerin beendete 1955 ihre Schulausbildung mit der mittleren Reife. Danach begann sie eine Gärtnerlehre. Einen qualifizierten Berufsabschluß hat sie nicht. Im Februar 1957 heiratete sie den Beklagten. Der 1934 geborene Beklagte arbeitete damals in dem Baumschulbetrieb seines Vaters als Geselle. Kurze Zeit später machte er die Meisterprüfung. Im Jahre 1959 erklärte er auf Betreiben seines Vaters dem Amtsgericht gegenüber gemäß Art. 8 Abs. 1 des Gleichberechtigungsgesetzes, daß für die Ehe

Gütertrennung gelten solle, und ließ dies in das Güterrechtsregister eintragen. Seit 1960 betrieb der Beklagte gemeinsam mit seinem Vater die Baumschule in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Der Vater blieb allerdings weiterhin Eigentümer des gesamten Anlage- und Umlaufvermögens. Nach dem Tode des Vaters im Jahre 1961 führte der Beklagte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit seiner Mutter fort, die seinen Vater allein beerbt hatte. Im Jahre 1971 wurde der Beklagte nach Abschluß eines Überlassungsvertrages mit der Mutter Alleininhaber des Betriebes und Alleineigentümer der dazugehörigen Grundstücke. Ab 1971 erweiterte er die zum Betrieb gehörenden Gebäude. 1976 erwarb er von einem Onkel im Wege einer gemischten Schenkung gegen eine geringe Gegenleistung eine Landwirtschaftsfläche hinzu. Im Jahre 1966 hatte er bereits eine landwirtschaftliche Fläche von ca. 2,4 ha gekauft.

Die Parteien haben drei Kinder (geboren 1957, 1958 und 1968). Die Klägerin hat den Haushalt allein versorgt und zusätzlich in dem Betrieb des Beklagten mitgearbeitet. Das Ausmaß dieser Mitarbeit wird von den Parteien unterschiedlich geschildert.

Im Mai 1989 haben sich die Parteien endgültig getrennt. Durch Urteil vom 15. 2. 1991, das seit 29. 3. 1991 rechtskräftig ist, wurde ihre Ehe geschieden. In einer Vereinbarung der Parteien vom 7. 2. 1990 hat sich der Beklagte verpflichtet, an die Klägerin bis zum 31. 12. 1993 eine monatliche Unterhaltsrente von 1.750 DM und zusätzlich einmalig einen Betrag von 20.000 DM zu zahlen.

Nach dieser Unterhaltsvereinbarung soll sich die Höhe des Unterhalts ab 1. 1. 1994 nach den gesetzlichen Regeln richten.

Zwischen den Parteien ist streitig, welchen Wert der Baumschulbetrieb des Beklagten zur Zeit der Trennung der Parteien hatte und wie sich dieser Wert entwickelt hat, seit der Beklagte den Betrieb übernommen hat.

Die Klägerin behauptet, sie habe durch ihre Arbeitskraft einen entscheidenden Beitrag zum Aufbau des Betriebes zu seiner während der Ehe zuletzt erreichten Größe und der damit verbundenen beträchtlichen Wertsteigerung geleistet. Sie verlangt mit der Klage die Zahlung von 250.000 DM (zuzüglich Zinsen) als Ausgleich dafür, daß sich der gesamte — nach ihrer Darstellung gemeinsam erarbeitete — Wertzuwachs im Vermögen des Beklagten befinde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat durch „Versäumnis- und Schlußurteil“ die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision der Klägerin führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

1. . . .

2. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, daß rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen Ehegatten auch dann vorliegen können, wenn es nicht zu dem Abschluß eines typischen bürgerlich-rechtlichen Vertrages (wie Schenkung, Darlehen, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag) gekommen ist. Er hat die sog. unbenannte Zuwendung unter Ehegatten nicht dem Recht der Schenkung unterstellt, sondern ein ehebezogenes Rechtsgeschäft eigener Art angenommen, aus dem sich — insbesondere bei Gütertrennung — nach dem Scheitern der Ehe entsprechend den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Ausgleichsansprüche ergeben können, wenn die Beibehaltung der Vermögensverhältnisse, die durch die Zuwendung eines Ehegatten an den anderen herbeigeführt worden sind, dem benachteiligten Ehegatten nicht zuzumuten ist (vgl. zuletzt Senatsurteile vom 15. 2. 1989 — IV b ZR 105/87 [= MittBayNot 1989, 157 = DNotZ 1989, 704] und vom 17. 1. 1990 — XII ZR 1/89 [= MittBayNot 1990, 178 = DNotZ 1991, 492] — BGHR BGB § 1353 unbenannte Zuwendung 1 und 3).

Arbeitsleistungen, die ein Ehegatte zugunsten seines Ehepartners erbringt und mit denen er dessen Vermögen steigert, können allerdings begrifflich nicht als Zuwendungen und damit auch nicht als ehebezogene Zuwendungen angesehen werden. Unter „Zuwendung“ versteht das Bürgerliche Gesetzbuch nämlich nur die Übertragung von Vermögenssubstanz (BGHZ 84, 361, 364 ff. [= DNotZ 1983, 180] m. N.; MünchKomm/Kollhosser, BGB 2. Aufl. § 516 Rdnr. 2 und 3), nicht das Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitskraft. Das bedeutet aber nicht, daß solche Arbeitsleistungen — anders als ehebezogene Zuwendungen nach dem Scheitern der Ehe — nicht zu einem familienrechtlichen Ausgleichsanspruch führen können. Wirtschaftlich betrachtet stellen sie ebenso eine geldwerte Leistung dar wie die Übertragung von Vermögenssubstanz. Der Bundesgerichtshof hat deshalb nach Scheitern der Ehe einen Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bejaht, wenn ein Ehegatte bei Gütertrennung für den Ausbau des im Eigentum des anderen stehenden Familienwohnheims in erheblichem Umfang Arbeitsleistungen erbracht hat. Da die erbrachten Arbeitsleistungen sowohl über erwiesene Gefälligkeiten als auch über etwa im Rahmen der Unterhaltspflicht oder der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft geschuldete Beistandsleistungen weit hinausgingen, könne in dem Verhalten der Parteien der schlüssige Abschluß eines besonderen familienrechtlichen Vertrages gesehen werden, dessen Geschäftsgrundlage durch das Scheitern der Ehe entfallen sei (BGHZ a. a. O. S. 367 ff). An dieser Entscheidung ist festzuhalten. Die Literatur ist ihr, was das Ergebnis betrifft, überwiegend gefolgt (vgl. *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht 2. Aufl. § 1414 BGB Rdnr. 23 m. N.; *FamK-Rolland/Brudermüller*, § 1356 Rdnr. 51 bis 53 m. N.; *Soergel/Lange*, BGB 12. Aufl. § 1356 Rdnr. 30; *Schulte*, ZGR 1983, 437, 440, 443; vgl. auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht 4. Aufl. § 19 V 6 und *Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 6. Aufl. Rdnr. 518 S. 349; kritisch *Olzen*, JR 1982, 495 und *Tiedtke*, JZ 1984, 1078, 1085). Bedenken werden vor allem geltend gemacht gegen die dogmatische Begründung: Für das stillschweigende Zustandekommen eines entsprechenden familienrechtlichen Vertrages gebe es keine hinreichenden Anhaltspunkte, im übrigen erschöpfe sich seine Bedeutung darin, daß seine Geschäftsgrundlage beim Scheitern der Ehe entfallt (so *Olzen* a. a. O.; ähnlich aber auch *Soergel/Lange* a. a. O. und *Johannsen/Henrich/Jaeger* a. a. O. m. w. N.).

Demgegenüber ist jedoch auf die Erwägungen zu verweisen, die (auch) der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Rechtsfigur der ehebezogenen Zuwendungen zugrunde liegen. Nach dieser gefestigten Rechtsprechung erfolgen Zuwendungen unter Ehegatten auch dann, wenn nicht eine besondere Gegenleistung vereinbart ist, in der Regel nicht unentgeltlich (mit der Folge, daß es sich nicht um Schenkungen handelt), weil sie nach der übereinstimmenden Vorstellung der Ehegatten um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben (vgl. Senatsurteil vom 17. 1. 1990 — XII ZR 1/89 — FamRZ 1990, 600, 601 m. N. [= MittBayNot 1990, 178 = DNotZ 1991, 492]). Einen vergleichbaren Inhalt hat die in BGHZ 84 a. a. O. angenommene stillschweigende Vereinbarung der Ehegatten über die ohne Gegenleistung erbrachten Arbeitsleistungen. Erbringt — insbesondere bei Gütertrennung — ein Ehepartner Arbeitsleistungen, die lediglich das Ver-

mögen des anderen mehr und deren Umfang über das hinausgeht, was er im Rahmen der unter Ehegatten bestehenden gegenseitigen Beistands- und Unterstützungspflicht (vgl. hierzu nachfolgend unter 4 a) oder seiner Unterhaltspflicht schuldet, so ist — wie bei der Zuwendung von Vermögenssubstanz — in der Regel davon auszugehen, daß diese Arbeitsleistungen nach einer stillschweigenden Übereinkunft der Ehegatten zur Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben. Das gilt nicht nur, wenn durch die (Mit-)Arbeit bestimmte Vermögensgegenstände — wie in dem in BGHZ 84, 361 entschiedenen Fall ein Familienheim — geschaffen werden; vielmehr kann das auch für den Fall in Betracht kommen, daß ein Ehegatte sonst in besonderem Maße durch persönliche Leistungen das Vermögen des anderen vermehrt. Allerdings wird hier ein auf den schlüssigen Abschluß eines entsprechenden familienrechtlichen Vertrages gerichteter Parteiwille der Ehegatten regelmäßig nur feststellbar sein, wenn die Mitarbeit von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit ist oder gar die Beschäftigung einer anderen Arbeitskraft erspart. Gelegentliche oder kurzzeitige Hilfeleistungen genügen nicht (vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen* a. a. O. § 20 III 7 = S. 223). Dagegen kann es nicht auf die Art der Tätigkeit, insbesondere darauf ankommen, ob es sich um eine selbständige Tätigkeit oder um eine solche handelt, die gleichwertig neben der Tätigkeit des anderen Ehegatten steht; vielmehr kommt ein familienrechtlicher Vertrag der vorgenannten Art ebenso in Betracht, wenn es um einfache und untergeordnete Tätigkeiten geht (a. a. O.). Es steht der Annahme eines solchen durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Vertrages auch nicht entgegen, daß der Ehegatte seine Leistungen — anders als bei einem Dienstvertrag — ohne Entlohnung erbringt. Denn die geschuldete Gegenleistung braucht nicht in einem bestimmten, insbesondere periodisch zu gewährenden Lohn oder Gehalt zu bestehen, sondern kann auch in einer irgendwie gearteten Beteiligung an den Ergebnissen der gemeinsamen Arbeit liegen. Dabei werden Ehegatten während bestehender Ehe vielfach auf eine Abrechnung und förmliche Begleichung ihrer Entgeltansprüche keinen Wert legen, sondern darauf vertrauen, daß sie im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft in einer ihren Verhältnissen entsprechenden Weise an den gemeinsam erarbeiteten Überschüssen teilhaben und auf diese Weise in den Genuß der Früchte ihrer Arbeit gelangen (vgl. auch BGHZ 8, 249, 253; *Johannsen*, WM 1978, 502, 504; *Gernhuber/Coester-Waltjen* a. a. O. S. 224 f.). Hiernach liegt die Annahme eines stillschweigend geschlossenen familienrechtlichen Vertrages über die Art und Weise der Kooperation (*Gernhuber/Coester-Waltjen* a. a. O. § 19 V und § 20 III; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 115, 261, 265) besonders nahe, wenn — wie vorliegend für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist — die Mitarbeit des einen Ehegatten im Betrieb des anderen über Jahrzehnte hin erfolgte und die soziale Absicherung des mitarbeitenden Ehegatten, insbesondere seine Altersversorgung, im wesentlichen durch den Betrieb gewährleistet werden sollte.

3. Im Scheitern der Ehe liegt ein Wegfall der Geschäftsgrundlage, die für die Mitarbeit maßgeblich war (BGHZ 84, 361, 368 m. N.). Die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kann — wie bei ehebedingten Zuwendungen —, jedenfalls bei Gütertrennung und wenn im Rahmen der Vereinbarung dafür keine andere Regelung vorgesehen ist, zu einem Ausgleichsanspruch führen. Ob und in welcher Form ein solcher Ausgleichs-

anspruch gegeben ist, hängt — ebenfalls wie bei ehebedingten Zuwendungen — von den besonderen Umständen des Falles ab, insbesondere der Dauer der Ehe, dem Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Arbeitsleistungen, der Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung und von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Parteien (BGHZ 84, 361). Ist danach auch unter Berücksichtigung der vereinbarten Gütertrennung die Aufrechterhaltung des bestehenden Vermögensstandes für den Ehegatten, der ohne eigene Vermögensmehrung Leistungen erbracht hat, unzumutbar, so hat ein billiger Ausgleich dafür zu erfolgen, daß die erwartete Beteiligung an dem gemeinsamen Erwerb und die Mitnutzung der Früchte der gemeinsamen Arbeit für die Zukunft entfällt. Im gesetzlichen Güterstand, in dem die Vermögensmehrung ohnehin als Zugewinn regelmäßig auszugleichen ist, wird ein solcher Ausgleichsanspruch allenfalls ganz ausnahmsweise in Betracht kommen (BGHZ 84, 361, 369).

Bei der Bemessung der Ausgleichsforderung kann auch berücksichtigt werden, in welchem Umfang der Betrieb durch die Mitarbeit des am Betrieb nicht beteiligten Ehegatten Arbeitskosten erspart hat. Die Höhe der ersparten Arbeitskosten begrenzt den Ausgleichsanspruch nach oben. Ferner kann der Ausgleich auf jeden Fall nur in einer Beteiligung an dem Betrag bestehen, um den das Vermögen des anderen Ehegatten zum Zeitpunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch vermehrt war.

4. a) Das Berufungsgericht hält es für zweifelhaft, ob die von der Klägerin behauptete Arbeitsleistung das Maß der von ihr gem. §§ 1353, 1356, 1360 BGB unentgeltlich zu erwartenden Mitarbeit überschritten habe. Es beurteilt die Frage, in welchem Umfang die Klägerin verpflichtet war, im Betrieb des Beklagten mitzuarbeiten, ausschließlich danach, ob die Mitarbeit der Ehefrau in solchen Betrieben üblich ist. Das ist, wie die Revision zu Recht rügt, für die Zeit nach 1977 nicht der richtige Ausgangspunkt. § 1356 Abs. 2 a. F. BGB, der eine Mitarbeitspflicht im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten im Rahmen der Üblichkeit vorsah, ist durch das 1977 in Kraft getretene 1. Eherechtsreformgesetz aufgehoben worden. Eine Mitarbeitspflicht kann sich seither nur noch aus der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1 BGB) oder aus ihrer Pflicht (§ 1360 BGB), durch ihre Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, ergeben (vgl. *Soergel/Lange* BGB 12. Aufl. § 1353 Rdnr. 23; *Staudinger/Hübner* BGB 12. Aufl. § 1353 Rdnr. 80; *MünchKomm/Wacke* BGB 3. Aufl. § 1356 Rdnr. 19 ff.).

In der Literatur ist allerdings streitig, ob sich durch die geänderte Begründung für die Pflicht eines Ehegatten zur Mitarbeit der Umfang dieser Verpflichtung entscheidend verändert hat (vgl. die Nachweise bei *Staudinger/Hübner* a. a. O.). Diese Frage kann für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits offenbleiben. Die Klägerin hat über Jahre hin einen Fünf-Personen-Haushalt ohne Hilfe geführt und drei Kinder großgezogen. Sie hat unter Beweis antritt vorgetragen, daß sie daneben wie eine volle Arbeitskraft oder zumindest annähernd wie eine solche im Betrieb des Beklagten mitgearbeitet hat. Das Berufungsgericht hat keine gegenteiligen Feststellungen getroffen. Für die revisionsrechtliche Beurteilung ist deshalb die Darstellung der Klägerin zugrunde zu legen. Danach ist davon auszugehen, daß die Mitarbeit das nach den §§ 1353 Abs. 1, 1360 BGB geschuldete Maß weit überschritten hat. Die Mitarbeit der

Klägerin ist deshalb, wenn die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, geeignet, einen Ausgleichsanspruch zu begründen.

b) Auch die besonderen Umstände des Falles legen es nahe, einen Ausgleichsanspruch zu bejahen. Die Parteien waren mehr als dreißig Jahre miteinander verheiratet. Der Beklagte verfügt — wenn auch die Einzelheiten streitig sind — über ein beträchtliches Vermögen, während die Klägerin vermögenslos oder zumindest nahezu vermögenslos ist. Der Beklagte besitzt einen florierenden Betrieb, der es ihm ermöglicht, mit Hilfe seiner Arbeitskraft ein gutes Einkommen zu erzielen. Die Klägerin ist demgegenüber, auch im Alter, auf Unterhaltszahlungen des Beklagten angewiesen. Nach der Durchführung des Versorgungsausgleichs verfügte sie über Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von rund 400 DM.

c) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß ein Ausgleich regelmäßig nur dann zu erfolgen hat, wenn „beim Scheitern der Ehe die Früchte der geleisteten Arbeit in Gestalt einer meßbaren Vermögensmehrung beim anderen Ehegatten noch vorhanden sind“ (BGHZ 84, 361, 368 m. N.). Das gilt insbesondere deshalb, weil durch den Ausgleichsanspruch nicht die geleistete Mitarbeit nachträglich entlohnt werden, sondern der den Ausgleich fordernde Ehegatte an dem gemeinsam Erarbeiteten angemessen beteiligt werden soll. Daraus kann man aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht herleiten, der den Ausgleich verlangende Ehegatte müsse im einzelnen darlegen und beweisen, daß das Mehreinkommen, das die Familie durch seine Mitarbeit im Betrieb erzielt hat, nicht zur Steigerung des Lebensstandards der Familie verwendet worden, sondern in den Betrieb investiert worden ist. Solange die Ehe intakt ist, werden Ehegatten sich regelmäßig nur überlegen, welchen Anteil des gemeinsam erarbeiteten Ertrages sie für den Unterhalt der Familie ausgeben können und wollen und welchen Anteil sie in den Betrieb investieren wollen, um den zukünftigen Unterhalt der Familie zu sichern. Sie werden sich keine Gedanken darüber machen, ob gerade der durch die Mitarbeit der Ehefrau erzielte höhere Ertrag investiert oder zur Steigerung des Lebensstandards der Familie verwendet wird. Dann ist es aber auch nicht angemessen, im Falle des Scheiterns der Ehe für die zurückliegenden Jahre eine solche Differenzierung nachträglich zu verlangen. Wenn die Mitarbeit des den Ausgleich verlangenden Ehegatten im Betrieb des anderen Ehegatten zu einer Einkommenssteigerung geführt hat und wenn in der Zeit, in der der den Ausgleich verlangende Ehegatte mitgearbeitet hat, der Wert des Betriebes gesteigert worden ist, dann ist regelmäßig davon auszugehen, daß die Mitarbeit zu dieser Steigerung beigetragen hat. Welcher Anteil an der Steigerung der Mitarbeit zuzurechnen ist, kann nur nach den Besonderheiten des Falles, und zwar regelmäßig durch eine Schätzung nach § 287 ZPO, beurteilt werden. Der Anteil hängt u. a. davon ab, wie umfangreich und wie qualifiziert die Mitarbeit war und welche Bedeutung sie für das Funktionieren des Betriebes hatte. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es sich bei dem Betrieb des Beklagten um einen landwirtschaftlichen Familienbetrieb handelt. Gerade in einem solchen Betrieb kann die Mitarbeit der Ehefrau des Betriebsinhabers von besonderer Bedeutung und entsprechendem Wert sein. . . .

18. BGB §§ 2269, 2303, 2075, 134, 138 (*Zulässigkeit einer Pflichtteils Klausel*)

Zur Wirksamkeit der Pflichtteils Klausel eines gemeinschaftlichen Testaments, wenn die Ehegatten ihre Kinder aus früheren Ehen zu Schlußerben einsetzen und nur ein Ehepartner vermögend ist.

BayObLG, Beschluß vom 9. 6. 1994 — 1 Z BR 117/93 = BayObLGZ 1994 Nr. 32 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die im Jahr 1992 verstorbene Erblasserin war zweimal verheiratet. Aus ihrer ersten, durch den Tod des Ehemanns im Jahr 1944 aufgelösten Ehe sind die Beteiligten zu 1 und 2 hervorgegangen. Ihr zweiter Ehemann, mit dem sie seit 1956 kinderlos verheiratet gewesen war, ist 1976 verstorben. Dessen Töchter aus seiner ersten, im Jahr 1953 geschiedenen Ehe sind die Beteiligten zu 3 und 4.

Die Erblasserin hat mit ihrem zweiten Ehemann zu notarieller Urkunde vom 1. 4. 1966 ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Dessen Abschnitt II lautet:

Wir setzen uns hiermit im Wege des gemeinschaftlichen Testaments gegenseitig zu einzigen und ausschließlichen Erben ein.

Zu Erben des Längerlebenden von uns bestimmen wir meine, des Ehemanns, Kinder aus erster Ehe und meine, der Ehefrau, Kinder aus erster Ehe zu unter sich gleichen Bruchteilen. . . .

Pflichtteilsberechtigte des Zuerstversterbenden von uns erhalten auf Verlangen lediglich den gesetzlichen Pflichtteil als Vermächtnis. Es ist jedoch unser Wunsch, daß Pflichtteilsansprüche erst beim Tode des Längerlebenden von uns geltend gemacht werden. Wer von unseren Kindern bzw. Stiefkindern diesem Wunsche zuwiderhandelt, soll auch beim Tode des Längerlebenden von uns, nur seinen gesetzlichen Pflichtteil bzw. nichts mehr erhalten.

Bei der Testamentseröffnung nach dem Tod des Ehemanns waren die Beteiligten zu 3 und 4 anwesend. Beide haben in der Folgezeit mit der Erblasserin wegen Pflichtteilsansprüchen verhandelt und jeweils Zahlungen von rund 140 000 DM erhalten.

Nach dem Tod der Erblasserin haben die Beteiligten zu 1 und 2 beim Nachlaßgericht einen Erbschein beantragt, wonach sie je zur Hälfte Erben ihrer Mutter geworden seien. Sie haben die Ansicht vertreten, die Beteiligten zu 3 und 4 hätten nach dem Tod ihres Vaters ihren Pflichtteil geltend gemacht und seien deshalb von der Erbfolge ausgeschlossen. Die Beteiligten zu 3 und 4 haben entgegen, die Pflichtteils Klausel sei unwirksam und sie seien zu je 1/4 Miterben geworden. Das Vermögen der Eheleute stamme im wesentlichen von ihrem Vater. Nach seinem Tod hätten sie den Pflichtteil verlangen müssen, um sicherzustellen, daß sie überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhielten.

Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 3. 3. 1993 die Erteilung eines Erbscheins entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 1 und 2 angekündigt. Die hiergegen von der Beteiligten zu 3 eingelegte Beschwerde und weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

Das Nachlaßgericht habe zu Recht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, einen Vorbescheid zu erlassen. Dieser sei auch inhaltlich zutreffend. Die Erblasserin sei aufgrund des Testaments vom 1. 4. 1966 von den Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte beerbt worden. Die Beteiligten zu 3 und 4 hätten ihr Erbrecht als Schlußerben dadurch verwirkt, daß sie nach dem Tod ihres Vaters den Pflichtteil in Anspruch genommen hätten. (*Wird ausgeführt.*)

2. Diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

...

c) Das Landgericht hat ebenso wie das Nachlaßgericht die Bestimmungen des formwirksam errichteten gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2265, 2231 Nr. 1, § 2232 Satz 1 BGB) ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, daß die Ehegatten alle Kinder aus ihren früheren Ehen gem. § 2269 Abs. 1 BGB zu Schlußerben des zuletzt versterbenden Ehepartners eingesetzt, die Erbinsetzung jedoch davon abhängig gemacht hätten, daß die für den ersten Erbfall getroffene Regelung hingenommen werde. Damit stand die Schlußerbeneinsetzung der Kinder des zuerst versterbenden Ehegatten unter der auflösenden Bedingung (§ 2075 BGB, vgl. BayObLGZ 1990, 58/60 m. w. N. [= MittBayNot 1990, 251]), daß sie der in Abschnitt II Abs. 3 des Testaments enthaltenen Pflichtteils Klausel nicht zuwiderhandelten. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Rechtswirkungen dieser Pflichtteils Klausel seien eingetreten und deswegen die Erbinsetzung der Töchter des vorverstorbenen Ehemanns entfallen. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

aa) Gegen die Wirksamkeit einer letztwilligen Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, daß dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlaß ungeschmälert verbleibe und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlußerben gestört werde, bestehen grundsätzlich keine Bedenken (BayObLGZ 1990, 58/60 m. w. N. [= MittBayNot 1990, 251]). Das Landgericht hat geprüft, ob besondere Umstände gegen die Gültigkeit der im Testament vom 1. 4. 1966 enthaltenen Pflichtteils Klausel sprechen. Dabei hat es berücksichtigt, daß diese Pflichtteils Klausel Stiefkinder betrifft, bei denen es in erster Linie darauf ankommt, ob sie aus dem Nachlaß des jeweiligen Stiefelternteils überhaupt etwas erhalten sollen (vgl. BGH FamRZ 1991, 796). Neben der Tatsache, daß die zu Schlußerben eingesetzten Kinder jeweils nur gegenüber einem der testierenden Ehegatten pflichtteilsberechtigt waren, hat das Landgericht auch den weiteren von der Rechtsbeschwerde hervorgehobenen Umstand in Betracht gezogen, daß der Nachlaß zum überwiegenden Teil aus dem Vermögen des Ehemanns stammte. Das Landgericht hat angenommen, die Pflichtteils Klausel verstoße weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Dies ist frei von Rechtsfehlern.

(1) Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist von dem Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht, der unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG steht (BGHZ 111, 36/37 m. w. N. [= MittBayNot 1990, 245]). Die Schranken der Testierfreiheit gegenüber allgemein als unangemessen empfundenen Verfügungen von Todes wegen liegen in den Vorschriften des Pflichtteilsrechts, durch die den nächsten Angehörigen des Erblassers ein Mindestanteil an seinem Vermögen gesichert wird (BGH a. a. O. und FamRZ 1983, 53/54 [= DNotZ 1984, 42]). Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler die Regelung des gemeinschaftlichen Testaments vom 1. 4. 1966 dahin ausgelegt, daß die leiblichen Kinder des erstversterbenden Ehegatten im Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Pflichtteils Klausel nach ihrem Elternteil den gesetzlichen Pflichtteil und beim zweiten Erbfall aus dem Nachlaß des Stiefelternteils nichts mehr erhalten sollen. Es hat zutreffend

festgestellt, daß die Grenzen der Testierfreiheit von einer solchen Regelung nicht überschritten werden.

(2) Die Schranke des § 138 BGB kann eine erbrechtliche Zurücksetzung nächster Angehöriger in dem Bereich unterhalb der Schwelle des Pflichtteilsrechts nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen abwehren (BGHZ 111, 36/40 [= MittBayNot 1990, 245]). Einen solchen Ausnahmefall hat das Landgericht zu Recht nicht angenommen. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung wäre erforderlich, daß darin eine unredliche, also verwerfliche Gesinnung des Erblassers zum Ausdruck käme; die Auswirkungen der letztwilligen Verfügung auf die zurückgesetzten Familienangehörigen sind zu berücksichtigen (BGH FamRZ 1983, 53/54 [= DNotZ 1984, 42]). Das Beschwerdegericht ist davon ausgegangen, daß es der Wille der testierenden Ehegatten war, nicht nur dem Überlebenden von ihnen den Nachlaß zunächst ungeschmälert zukommen zu lassen, sondern auch — wie alle Beteiligten übereinstimmend vortragen — alle vier Kinder hinsichtlich der Erbfolge gleichzustellen. Beides sind Motive, die üblicherweise für die Anordnung einer Pflichtteils Klausel bestimmend sind (vgl. *Olshausen* DNotZ 1979, 707/719 f.; *Lübbert* NJW 1988, 2706/2709) und in keiner Weise eine verwerfliche Gesinnung erkennen lassen.

Die angestrebte gleichmäßige Verteilung des Gesamtvermögens unter allen vier Kindern läßt sich nicht erreichen, wenn Abkömmlinge des Erstversterbenden nach dessen Tod den Pflichtteil geltend machen. Da das Testament vor einem Notar errichtet wurde, ist davon auszugehen, daß die testierenden Ehegatten diese Möglichkeit in Betracht gezogen und sich dafür entschieden haben, für diesen Fall dem Schutz des Überlebenden den Vorrang vor der Gleichbehandlung aller Kinder einzuräumen. Dies kann nicht als eine unangemessene Benachteiligung der Töchter des vermögenden Ehemanns gewertet werden. Die Rechtsbeschwerde meint, wegen der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse beider Ehegatten und der daraus folgenden unterschiedlichen Höhe der Pflichtteilsansprüche ihrer jeweiligen Abkömmlinge habe von vornherein keine Chancengleichheit zwischen den Schlußerben bestanden. Der Vater der Beteiligten zu 3 und 4 war jedoch nicht verpflichtet, „Chancengleichheit“ zwischen seinen Abkömmlingen und seinen Stiefkindern herzustellen. Es genüge, daß der Pflichtteilsanspruch seiner Abkömmlinge gewahrt blieb.

bb) Das Landgericht hat festgestellt, die Beteiligten zu 3 und 4 hätten nach dem Tod ihres Vaters unter Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe und nach Einholung eines Schätzungsgutachtens zum Wert des vorhandenen Grundvermögens Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, die von der Erblasserin schließlich auch erfüllt worden seien. Diese Tatsachenwürdigung des Beschwerdegerichts kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler nachgeprüft werden (BayObLGZ 1990, 58/61 [= MittBayNot 1990, 251] und ständige Rechtsprechung). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor. Das Gericht der Tatsacheninstanz hat durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, ob sich das Verhalten eines Pflichtteilsberechtigten tatbestandlich als „Verlangen“ des Pflichtteils oder „Geltendmachung“ von Pflichtteilsansprüchen darstellt (BayObLG a. a. O.; *Lübbert* NJW 1988, 2706/2710).

Das Landgericht hat dies bejaht, weil die Beteiligten zu 3 und 4 mit der Erblasserin über Pflichtteilsansprüche verhandelt und die von ihr auf den Pflichtteil geleisteten Zah-

lungen entgegengenommen haben. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2269 Rdnr. 13, *Lübbert* a. a. O.). Dem mit der Pflichtteils Klausel verfolgten Willen des Testierenden, dem überlebenden Ehegatten den Nachlaß ungeschmälert zu erhalten, widerspricht es, wenn der Nachlaß zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen herangezogen werden muß. Ob die Töchter sich geweigert haben, die von ihrer Stiefmutter gewünschte Abfindungserklärung zu unterzeichnen, ist unter den gegebenen Umständen ebensowenig von Bedeutung wie die Frage, ob die Erblasserin selbst den Anstoß zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegeben hat.

(cc) Das Landgericht hat festgestellt, die Beteiligten zu 3 und 4 hätten die Anordnungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 1. 4. 1966 gekannt und wissentlich dagegen verstoßen. Dieses Verhalten der Beteiligten zu 3 und 4 hat es zutreffend als Zuwiderhandlung gegen die Pflichtteils Klausel gewertet, die den Wegfall ihrer auflösend bedingten Einsetzung als Schlußerben zur Folge hatte (§ 2075 BGB, vgl: BayObLGZ 1990, 58/62 f.). Die Beteiligten zu 3 und 4 sind daher nicht Miterben nach ihrer Stiefmutter geworden; der vom Nachlaßgericht angekündigte Erbschein, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben je zur Hälfte ausweisen soll, gibt die Erbrechtslage zutreffend wieder.

19. GG Art. 103 Abs. 1, BayVerf Art. 97 Abs. 1; GBO § 51; BGB § 2113 (*Löschung eines Nacherbenvermerks*)

1. Soll ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk im Weg der Grundbuchberichtigung gelöscht werden, ist den Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren.
2. Erbt jemand als Vorerbe einen Anteil an einer Erbengemeinschaft, die Miteigentümerin eines Grundstücks ist, so wird das Grundbuch, soweit der Nacherbenvermerk eingetragen ist, jedenfalls dann unrichtig, wenn der Vorerbe Alleineigentümer wird und weitere Miterbenanteile auch im Weg der Erbfolge hinzugeworben hat.

BayObLG, Beschluß vom 15. 6. 1994 — 2 Z BR 44/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 34 —, mitgeteilt von Notar *Heinz Weidner*, Bamberg und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer eines Grundstücks waren ursprünglich die Geschwister M. in Bruchteilsgemeinschaft eingetragen. Diese bestand aus den Miteigentümerinnen Kunigunde R. und Barbara R. zu je $\frac{1}{4}$ sowie der aus Johann, Paul, Otto und Heinrich M. sowie Kunigunde R. und Barbara R. bestehenden Erbengemeinschaft als Miteigentümerin zu $\frac{1}{2}$. Im Jahr 1960 ging der $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil von Kunigunde R. und deren Anteil an der Erbengemeinschaft im Weg der Erbfolge auf die aus Johann, Paul, Otto und Heinrich M. sowie Barbara R. bestehende Erbengemeinschaft über. Die Miterbenanteile von Johann M. erbte im Jahr 1961 seine Ehefrau, die Beteiligte zu 1, als Vorerbin; Nacherbe ist der gemeinsame Sohn von Johann M. und der Beteiligten zu 1; die Nacherbfolge wurde im Grundbuch vermerkt; der Nacherbe ist am 3. 1. 1991 gestorben und von den Beteiligten zu 2 beerbt worden.

Im Jahr 1975 gingen der $\frac{1}{4}$ -Miteigentumsanteil von Barbara R. und deren Anteile an den Erbengemeinschaften im Weg der Erbfolge auf ihren Ehemann Erhard R. über. Dieser erwarb im Jahr 1976 die Miterbenanteile von Otto und Heinrich M. hinzu. Im Jahr

1978 gingen die Miterbenanteile und der Miteigentumsanteil von Erhard R. im Weg des Erbgangs auf dessen zweite Ehefrau, die Beteiligte zu 1, über. Diese erwarb schließlich die Miterbenanteile von Paul M. noch hinzu. Sie ist jetzt als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen.

In Abteilung II ist folgendes vermerkt:

Hinsichtlich des Anteils der ... (= Beteiligte zu 1) an der Erbengemeinschaft ist Nacherbfolge angeordnet. Nacherbe hinter der ... (= Beteiligte zu 1) ist beim Tode der Vorerbin der ... (= Nacherbe). Eingetragen an dem früheren Bruchteil der Erbengemeinschaft M. am ...

In der Veränderungsspalte ist vermerkt:

Zu dem Nacherbenvermerk wird klargestellt: Der Nacherbenvermerk erstreckt sich lediglich auf die Erbanteile, die die nunmehrige Alleineigentümerin ... (= Beteiligte zu 1) aufgrund Erbscheins ... von Johann M. geerbt hat; eingetragen am ...

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, im Weg der Grundbuchberichtigung den Nacherbenvermerk zu löschen. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung die Löschungsbewilligung des Nacherben verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 hatte Erfolg; sie führte zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Anders als in den vom Bundesgerichtshof in der Vergangenheit entschiedenen Fällen lägen hier die Voraussetzungen dafür, gegenüber der Beteiligten zu 1 den Schutz des Nacherben zurücktreten zu lassen, nicht vor; § 2113 BGB sei entsprechend anzuwenden. ...

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Gegenstand des Verfahrens vor dem Grundbuchamt ist der Antrag der Beteiligten zu 1, den Nacherbenvermerk im Weg der Grundbuchberichtigung gem. § 22 GBO zu löschen. Der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk schützt den Nacherben davor, daß Verfügungen des Vorerben infolge gutgläubigen Erwerbs entgegen § 2113 Abs. 1, 2 BGB wirksam werden (*Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. § 51 Rdnr. 31). Mit der Löschung des Nacherbenvermerks entfielen diese Schutzwirkung. Die Löschung ist damit geeignet, die Rechtsstellung des Nacherben zu beeinträchtigen. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Nacherben an dem auf die Löschung des Nacherbenvermerks gerichteten Verfahren zu beteiligen und ihm rechtliches Gehör zu gewähren (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BayVerf). Bei dem Grundbuchberichtigungsverfahren handelt es sich zwar um ein Antragsverfahren; es unterscheidet sich aber von den Antragsverfahren, in denen aufgrund einer Bewilligung eine Eintragung im Grundbuch vorgenommen wird, dadurch, daß derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist (vgl. § 19 GBO), nicht durch seine Bewilligung die Grundlage der Eintragung schafft. Die Eintragung, hier die Löschung, wird vielmehr aufgrund Unrichtigkeitsnachweises vorgenommen. Daß der Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG im Antragsverfahren nicht gilt und der Antragsteller den lückenlosen Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit zu führen hat, ist kein ausreichender Grund, von der Gewährung rechtlichen Gehörs abzusehen. Der Senat hält es daher für notwendig, in einem auf die Löschung des Nacherbenver-

merks gerichteten Verfahren dem Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren, ihn also am Verfahren zu beteiligen (OLG Hamm Rpfleger 1984, 312; *Horber/Demharter* § 1 Rdnr. 49, § 22 Rdnr. 49; *Meikel/Bühler* GBR 7. Aufl. § 51 Rdnr. 162). Soweit der Entscheidung BayObLGZ 1956, 54/61 [= DNotZ 1956, 304] eine andere Rechtsansicht zugrundeliegt, hält der Senat daran nicht fest.

Der Nacherbe ist inzwischen gestorben. Im Hinblick auf § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB ist sein Nacherbenrecht damit auf seine Erben, die Beteiligten zu 2, übergegangen. Ihnen ist jedenfalls vor einer Löschung des Nacherbenvermerks rechtliches Gehör zu gewähren. . . .

Der Senat . . . hat daher die unterbliebene Beteiligung der Erben des Nacherben im Rechtsbeschwerdeverfahren nachgeholt.

b) Die Beteiligte zu 1 unterliegt im Hinblick auf die Nacherfolge keiner Verfügungsbeschränkung mehr. Der Nacherbenvermerk kann damit gelöscht werden, ohne daß eine Bewilligung der Erben des Nacherben erforderlich wäre (vgl. § 22 GBO). Die Zwischenverfügung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts sind deshalb aufzuheben.

(1) Der Bundesgerichtshof hat eine auch nur entsprechende Anwendung des § 2113 Abs. 2 BGB und damit auch des § 51 GBO für den Fall verneint, daß ein Ehegatte den anderen, mit dem er in allgemeiner Gütergemeinschaft lebte, als Vorerbe beerbt (BGHZ 26, 378; BGH NJW 1964, 768 [= DNotZ 1965, 350] und — unter Aufgabe von BGH NJW 1970, 943 [= DNotZ 1970, 412] — BGH Rpfleger 1976, 205 [= MittBayNot 1976, 74 = DNotZ 1976, 554]). Der Schutz des Nacherben, den die genannten Gesetzesbestimmungen bezwecken, wurde mit der Überlegung zurückgestellt, die entsprechende Anwendung von § 2113 Abs. 2 BGB auf Gesamtgutsgegenstände würde zwangsläufig dazu führen, daß auch der dem überlebenden Ehegatten schon bisher zu eigenem Recht zustehende Gesamtgutsanteil der Verfügungsbeschränkung unterworfen würde. Der 1. Zivilsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat sich dieser Rechtsprechung in seinem Beschluß vom 9. 3. 1981, insoweit nicht abgedruckt in BayObLGZ 1981, 69, MDR 1981, 583 und BWNotZ 1981, 62, angeschlossen. Aufgrund der gleichen Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Vorerben und dem des Nacherben hat der Bundesgerichtshof sodann in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1977 (Rpfleger 1978, 52 [= MittBayNot 1978, 62]) die entsprechende Anwendung des § 2113 BGB auch im Fall der Erbengemeinschaft, also bei Beerbung eines Miterben durch den anderen als Vorerbe verneint; dabei wurde der Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in den Vordergrund gestellt und auf eine weitere Differenzierung verzichtet. Im Schrifttum ist diese Rechtsprechung im wesentlichen ohne Widerspruch aufgenommen worden (*Palandt/Edenhofer* BGB 53. Aufl. Rdnr. 2, *Staudinger/Behrends* BGB 12. Aufl. Rdnr. 13 f., *Erman/Hense/M. Schmidt* BGB 9. Aufl. Rdnr. 10, *MünchKomm/Grunsky* BGB 2. Aufl. Rdnr. 3, *Soergel/Harder* BGB 12. Aufl. Rdnr. 3 f., jeweils zu § 2113; *Horber/Demharter* Rdnr. 3, 41, *KEHE/Eickmann* GBR 4. Aufl. Rdnr. 7, *Meikel/Bühler* Rdnr. 59, jeweils zu § 51; *Haegle/Schöner/Stöber* GBR 10. Aufl. Rdnr. 3482; kritisch: *Ludwig* Rpfleger 1987, 155).

(2) Das Oberlandesgericht Köln (Rpfleger 1987, 60) hat die Grundgedanken der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs auch auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts angewendet, nämlich auf den Fall, daß ein BGB-Gesellschafter seinen einzigen Mitgesellschafter als Vorerbe beerbt (noch weitergehend *Haegle* Rpfleger 1977, 50). Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Hamm (Rpfleger 1985, 21 [= MittBayNot 1984, 260]) die Meinung vertreten, diese Rechtsprechung sei auf den Fall nicht anzuwenden, daß einer von mehreren Miterben von einem anderen als Vorerbe beerbt wird. Der Grund, den Schutz des Nacherben hintanzustellen, liege in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen darin, daß nach dem jeweiligen Erbfall eine einzige Person Rechtsträger der gesamten Vermögensmasse sei und zwangsläufig ihr bisher freies Verfügungsrecht über ihren eigenen Anteil entfele, wenn der Schutzzweck des § 2113 BGB zum Zug käme; demgegenüber sei hier nach wie vor eine aus mehreren Personen bestehende Erbengemeinschaft Rechtsträger der Vermögensgegenstände.

Ob dann, wenn man sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anschließt, auch dieser Rechtsansicht gefolgt werden könnte, erscheint zweifelhaft. Ausschlaggebend dafür, den Schutz des Nacherben hinter den Interessen des Vorerben zurücktreten zu lassen, ist nämlich nicht der Gesichtspunkt, daß nur noch eine einzige Person Rechtsträger (hier: Grundstückseigentümer) ist; entscheidend ist vielmehr, daß eine Person in der Verfügung auch hinsichtlich des ihr bisher aus eigenem Recht zustehenden Anteils an einem zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenstand beschränkt würde. Dabei wird der Überlegung kein Raum gegeben, daß der spätere Vorerbe hinsichtlich der Verfügung über seinen eigenen Anteil an einem solchen Gegenstand schon vor dem Erbfall dadurch beschränkt war, daß er nur zusammen mit dem Miterben über den Gegenstand verfügen konnte, und daß an die Stelle der Mitwirkungspflicht des Miterben nunmehr die des Nacherben getreten ist. Wenn dieser Gesichtspunkt aber keine Rolle spielt, dann muß auch ohne Bedeutung bleiben, daß bei einer Verfügung über das Grundstück andere Personen, nämlich die übrigen Miterben, mitwirken müssen; im Gegenteil würden auch diese von der Verfügungsbeschränkung des Vorerben gem. § 2113 BGB betroffen (s. dazu LG Aachen Rpfleger 1991, 301). Dies könnte dafür sprechen, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erst recht auf den vom Oberlandesgericht Hamm entschiedenen Fall anzuwenden.

(3) Es braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden, ob dem Oberlandesgericht Hamm gefolgt werden könnte (ablehnend *Erman/Hense/M. Schmidt* Rdnr. 10, *Soergel/Harder* Rdnr. 4, jeweils zu § 2113). Ein Sachverhalt, wie er vom Oberlandesgericht Hamm entschieden wurde, liegt nämlich hier nicht vor. Als die Beteiligte zu 1 im Jahr 1961 die Miterbenanteile von Johann M. als Vorerbin erbt, hatte sie noch keinen eigenen gesamthänderisch gebundenen Anteil an einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück. Erst danach erwarb sie teils durch Kauf, teils durch Erbgang die übrigen Miterbenanteile und den 1/4-Miteigentumsanteil von Barbara R. Die übrigen, später hinzu erworbenen Miterbenanteile unterlagen von vornherein keiner Verfügungsbeschränkung gem. § 2113 BGB. Die Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des von Johann M. erworbenen Miterbenanteils hätte aber, wenn man sie zum Tragen kommen ließe, die Wirkung, daß die Beteiligte zu 1 auch hinsichtlich der später erworbenen Anteile an dem Miteigentumsanteil von 3/4 betroffen wäre. Hinsichtlich

des 1/4-Miteigentumsanteils von Barbara R. besteht dagegen keine Beschränkung; über ihn kann die Beteiligte zu 1 jedenfalls unbeschränkt verfügen.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob nach den der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrundeliegenden Gedanken der Schutz des Nacherben nicht nur dann zurücktreten muß, wenn von der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB vor Eintritt des Erbfalls bereits vorhandene, sondern auch dann, wenn erst nach Eintritt des Erbfalls erworbene Anteile am Gesamthandsvermögen betroffen würden. Die Interessenlage ist in beiden Fällen grundsätzlich die gleiche. Man könnte allenfalls einwenden, es könne nicht in die Hand des Vorerben gelegt werden, daß durch Hinzuerwerb von Miterbenanteilen der Schutz des Nacherben vereitelt wird. Dieser Gesichtspunkt greift aber dann nicht, wenn — wie hier — Miterbenanteile jedenfalls auch im Weg der Erbfolge erlangt werden.

(4) Der Senat greift die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung aus dem Jahr 1977 (Rpfler 1978, 52 [= MittBayNot 1978, 62]) angesprochenen Gedanken der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auf, die eine weitere Differenzierung nicht geboten erscheinen lassen. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könnte entgegengehalten werden, daß der Gesamthandsberechtigte schon vor dem Erbfall in der freien Verfügung über seinen Anteil an einem zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenstand (hier: Grundstück) durch die für eine zulässige Verfügung über den Gegenstand insgesamt erforderliche Mitwirkungspflicht des anderen Gesamthandsberechtigten beschränkt war (vgl. § 719 Abs. 1, § 1419 Abs. 1, § 2033 Abs. 2 BGB); insoweit ändert sich nichts wesentliches, wenn er diesen mit der Beschränkung durch eine Nacherbfolge beerbt; an die Stelle der Mitwirkungspflicht des bisherigen Gesamthandsberechtigten tritt dann die des Nacherben. Trotz dieser Bedenken schließt sich der Senat der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ihrer Grundlinie an und hält sie auch auf den vorliegenden Fall für anwendbar. Soll die Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB dann nicht zum Tragen kommen, wenn sie sich zwangsläufig auch auf bereits vorhandene Anteile am Gesamthandsvermögen erstrecken würde, muß dies auch gelten, wenn sie erst nachher hinzuerworbene Anteile erfassen würde. Offenbleiben kann dabei, ob dies nur dann gilt, wenn weitere Miterbenanteile im Weg der Erbfolge hinzuerworben werden und ob Voraussetzung ist, daß der Gesamthandsgegenstand, hier das Grundstück, im Alleineigentum des Vorerben steht.

Nicht entschieden zu werden braucht, ob das Grundbuch bereits durch die Eintragung des Nacherbenvermerks unrichtig geworden ist. Nach der Eintragung hat die Beteiligte zu 1 weitere Miterbenanteile, teilweise auch im Weg der Erbfolge, hinzuerworben; inzwischen ist sie Alleineigentümerin des Grundstücks. Jedenfalls jetzt erweist sich damit, weil der Schutz des Nacherben und dessen Erben zurückzutreten hat, das Grundbuch als unrichtig, soweit es den Nacherbenvermerk ausweist.

20. BGB §§ 1946, 1923 (*Erbausschlagung für nasciturus*)

Eltern können bereits für die Leibesfrucht (nasciturus) eine Erbschaft ausschlagen.

OLG Oldenburg, Beschluß vom 26. 1. 1994 — 5 W 9/94 —

Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen haben zu Recht angenommen, daß die Ausschlagung der Erbschaft durch seine Eltern auch für den zu diesem Zeitpunkt bereits erzeugten aber noch nicht geborenen Antragsteller wirksam war.

Die Frage, ob Eltern bereits für die Leibesfrucht (nasciturus) eine Erbschaft ausschlagen können, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist ein Ausschlagungsrecht vor Geburt bislang verneint worden (KGJ 34, 79; AG Recklinghausen, Rpfler 1988, 106; AG Schöneberg und LG Berlin, Rpfler 1990, 362; *Palandt/Edenhofer*, BGB, ab 50. Aufl., § 1946 Rdnr. 2; *AK-Derleder*, BGB, § 1946 Rdnr. 2; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 3. Aufl., § 8 III 1 b, S. 152 FN 37). Dem ist jetzt das Oberlandesgericht Düsseldorf (*richtig: Stuttgart*) mit überzeugender Begründung in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur entgegengetreten (Rpfler 1993, 157 [= MittBayNot 1993, 221 = DNotZ 1993, 458]; *MünchKomm-Leipold*, BGB, ab 2. Aufl., § 1923 Rdnr. 19; *Soergel-Stein*, BGB, 12. Aufl., § 1946 Rdnr. 2; *Linde BWNotZ* 1988, 54; *Peter Rpfler* 1988, 107). Auch der erkennende Senat ist der Auffassung, daß die in § 1923 Abs. 2 BGB dargestellte Rechtsposition des nasciturus die Fähigkeit zur Ausschlagung eines Erbrechts mit umfaßt.

Die Fiktion des § 1923 Abs. 2 BGB soll — bedingt durch den Vonselbsterwerb des Erben unmittelbar mit dem Tod des Erblassers (*Lange*, Erbrecht, 1962, § 4 VII 2 b a, S. 34) und mit dem Ziel der Gleichstellung der Leibesfrucht mit den bereits lebenden Geschwistern (*Lange/Kuchinke*, Erbrecht, a. a. O., S. 64) — dem werdenden Menschen für den Fall seiner Geburt die Möglichkeit einer Erbenstellung schaffen. Die Wahrung dieser Rechtsposition ist u. a. in § 1912 Abs. 2 BGB den künftigen Eltern übertragen, wobei das Fürsorgebedürfnis allein vom Interesse der Leibesfrucht abhängig ist (*Palandt/Diedrichsen*, BGB, 52. Aufl., § 1912 Rdnr. 3). Dieses Fürsorgebedürfnis bezieht das Ausschlagungsrecht mit ein. Daß § 1946 BGB lediglich von „dem Erben“ spricht, kann aus Gründen der Gesetzestechnik und Gesetzessystematik erklärt werden; entgegen *Derleder* a. a. O. ist daraus aber jedenfalls nicht ein vom Gesetzgeber vorgenommener Ausschluß des Erbausschlagungsrechts für den nasciturus abzuleiten.

Den frühesten Zeitpunkt für die Ausschlagung legt § 1946 BGB auf den Eintritt des *Erbfalls*. Daß der *Erbanfall* damit nicht immer zeitgleich verbunden sein muß, sondern erst später liegen kann, ist für die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung unschädlich. Die Entstehungsgeschichte zeigt, daß der Gesetzgeber von der zunächst vorgesehenen Ausschlagungsmöglichkeit erst nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist bewußt abgerückt ist und sie auf den Zeitpunkt des Erbfalls vorverlegt hat, um die sonst mit der Verhinderung der Erben, sich sofort zu entscheiden, vielfältig einhergehende unnötige Bevormundung zu vermeiden (*Planck/Flad*, BGB, 4. Aufl., § 1946 Anm. 1 m. w. N. aus der Entstehungsgeschichte). Eine solche Bevormundung ist aber aus der Interessensicht des nasciturus ebenso unnötig wie in allen anderen Fällen, in denen Erbfall und

Erbanfall zeitlich auseinanderfallen. Im Gegenteil kann die frühzeitige Ausschlagung sehr in seinem Interesse liegen — worauf das Oberlandesgericht Stuttgart unter Bezugnahme auf *Peter* a. a. O. zu Recht hinweist —, um so der Gefahr vorzubeugen, daß eine gebotene Ausschlagung wie z. B. bei überschuldeten Nachlässen infolge der Geburtsereignisse zu seinen Lasten vergessen wird. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Vertretungsberechtigten die Ausschlagung bis zur Geburt verweigert werden soll, wenn diese bereits erkannt haben, daß eine Annahme nicht in Betracht kommt. Mit dem Beginn des Laufs der Ausschlagungsfrist hat dieses — wie das Kammergericht a. a. O. in einem obiter dictum angenommen hat — nichts zu tun.

Dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Zulassung der Erbausschlagung vor dem Erbanfall entspricht auch die Interessenlage des nasciturus. Seine Rechtsposition bedarf insoweit auch der Fürsorge in Bezug auf die Prüfung einer etwaigen Erbausschlagung. Die Möglichkeit, daß diese Fürsorge durch die Vertretungsberechtigten nicht interessengerecht ausgeübt wird, ist von den Zeitpunkt der Zulässigkeit der Ausschlagungserklärung unabhängig; ein wirksamer Schutz läßt sich mit der Herausziehung des Zeitpunktes auf die Geburt nicht erreichen. Ein kurzzeitiges Herausschieben von Mißbrauchsmöglichkeiten kann die Aberkennung des zur Wahrnehmung der Rechte des nasciturus aus seiner erbrechtlichen Position bis hin zur Ausschlagung ab Eintritt des Erbfalls nicht begründen. Die vorgeburtliche Ausschlagungsmöglichkeit dient vielmehr auch dem Schutz seiner aus dieser Rechtsposition sich ergebenden Interessen, für deren optimale Wahrung auch der frühzeitige Verzicht auf die Erbmöglichkeit erforderlich sein kann. Darüber haben aber die Vertretungsberechtigten zu entscheiden, ohne daß es insoweit einer zeitlichen Bevormundung durch den Gesetzgeber bedarf, die dann wiederum eine — wie ausgeführt vom Gesetz nicht bezweckte sachlich nicht zu rechtfertigende — unterschiedliche Behandlung im Verhältnis zu den bereits lebenden Geschwistern zur Folge hätte.

Handels- und Gesellschaftsrecht

21. LwAnpG § 44 Abs. 1; Abs. 6 (*Auskunftsanspruch eines ausgeschiedenen LPG-Mitglieds*)

1. Das zur Berechnung eines Abfindungsanspruchs eines ausgeschiedenen Mitglieds einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft sich ergebende Auskunfts- und Einsichtsrecht bestimmt sich nach den von der Rechtsprechung für Personengesellschaften entwickelten Grundsätzen. Danach steht dem ausgeschiedenen Mitglied ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht in alle maßgebenden Unterlagen zu.
2. Für die Vermögensauseinandersetzung der LPG ist das nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung ermittelte Eigenkapital unter Zugrundelegung der tatsächlichen Werte der einzelnen Vermögensgegenstände maßgeblich.

(Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Beschluß vom 24. 11. 1993 — BLw 57/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin war Mitglied der Antragsgegnerin. Das Mitgliedschaftsverhältnis ist durch Kündigung spätestens mit Wirkung zum 10. 4. 1991 beendet worden. Zu diesem Zeitpunkt befand sich die Antragsgegnerin bereits in Liquidation. Die Liquidationseröffnungsbilanz lag bei der Vollversammlung am 2. 7. 1992 sowie zwei Wochen vorher zur Einsichtnahme aus.

Die Antragstellerin verlangt von der Antragsgegnerin zwecks Ermittlung eines Abfindungsanspruchs Auskunft unter anderem

„unter Vorlage diesbezüglicher Belege, Wertgutachten und Verträge bzw. Fotokopien hiervon . . . über die von ihr getätigten Verkäufe von

1 Brennerei, gelegen in K.

Vieh (Kühe) im Herbst 1990,

diverse Gegenstände, Ausrüstungen sowie bauliche Anlagen an die Agrargenossenschaft GmbH K.“

Das Landwirtschaftsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Die — zugelassene — Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

II. 3. b) Um einen ihm zustehenden Abfindungsanspruch berechnen zu können, hat jedes ausscheidende und ausgeschiedene LPG-Mitglied ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht in die für seinen Abfindungsanspruch maßgebenden Unterlagen. Das Einsichtsrecht verschafft ihm die Möglichkeit, sich selbst ein Bild über die Grundlagen zu machen, die für die Ermittlung des Abfindungsanspruchs von Bedeutung sind. Insoweit gelten die von der Rechtsprechung für das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Personengesellschaft entwickelten Grundsätze (BGH, Urteil vom 17. 4. 1989, II ZR 258/88, ZIP 1989, 768 [= MittBayNot 1989, 225 = DNotZ 1991, 910]) entsprechend. Da der Abfindungsanspruch sich nach dem Anteil am Eigenkapital richtet und das Eigenkapital aufgrund der Bilanz zu ermitteln ist, die nach Beendigung der Mitgliedschaft als ordentliche Bilanz aufgestellt werden muß (§ 44 Abs. 6 LwAnpG), ist im allgemeinen diese die für die Berechnung des Abfindungsanspruchs maßgebliche Grundlage, in die das Mitglied Einsicht nehmen darf. Hierauf ist das Auskunfts- und Einsichtsrecht jedoch nicht beschränkt, weil die „ordentliche Bilanz“ den kaufmännischen Bewertungsvorschriften und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung entsprechen muß (§§ 243, 252 f. HGB; *Schweizer/Thöne*, Recht der landwirtschaftlichen Betriebe 1993, 87 f.). Um dies prüfen zu können, hat das Mitglied deswegen das Recht, alle Unterlagen einzusehen, die hierfür von Bedeutung sind. Das können die Vorbilanzen, Jahresabschlußberichte, Prüfberichte, Bücher und einzelne Papiere sein. Auch Unterlagen über in der Vergangenheit abgeschlossene Geschäfte, wie Kaufverträge, Einzelbelege oder Wertgutachten über einen Geschäftsgegenstand gehören hierzu, wenn sie zur Prüfung benötigt werden, ob das in der maßgebenden Bilanz ausgewiesene Eigenkapital dem nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung ermittelten tatsächlichen Wert aller Vermögensgegenstände entspricht. Denn für die Vermögensauseinandersetzung sind die so ermittelten tatsächlichen Werte und nicht die reinen Buchwerte maßgebend (*Schweizer/Thöne* a. a. O. S. 91). Dies ergibt sich aus der Zielsetzung des Landwirtschaftsanpassungsgesetzes, die Mitglieder an dem tatsächlich vorhandenen Vermögen der Genossenschaft und nicht nur an dem „betriebswirtschaftlich zu ermittelnden Ertragswert“ (*Behr*, AgrarR 1993, Sonderheft LwAnpG, S. 37, 38) zu beteiligen. Ist aber eine Abfindung nach bloßen „bilanzpolitisch“ gestaltbaren (*Behr* a. a. O.)

Buchwerten unzulässig, hat das abfindungsberechtigte Mitglied Anspruch auf Einsicht in alle Unterlagen, die zur Ermittlung dieser tatsächlichen Werte von Bedeutung sind. Hierzu gehören auch die Schriftstücke über den Verkauf eines Vermögensgegenstandes, weil es für den Bestand des noch vorhandenen Vermögens von Bedeutung ist, ob der Gegenstand zum Nachteil der Genossenschaft unter Wert veräußert wurde und dieser deswegen ein Schadensersatzanspruch zusteht, der in die Bilanz aufzunehmen wäre.

Nach alledem hat die Antragstellerin Anspruch auf die begehrte Auskunft. Entgegen der von der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung kann sie diesen Anspruch schon deswegen außerhalb der Hauptversammlung geltend machen, weil sie seit 10. 4. 1991 nicht mehr Mitglied der Antragsgegnerin ist und es ihr gar nicht möglich war, in den späteren Vollversammlungen Auskunft zu verlangen. Im übrigen bezieht sich das von der Rechtsbeschwerde in Bezug genommene, auf die Generalversammlung beschränkte, Auskunftsrecht in der Genossenschaft regelmäßig nur auf die zur Verhandlung oder Entscheidung anstehenden Tagesordnungspunkte (*Lang/Weitmüller/Metz*, GenG 32. Aufl. § 43 Rdnr. 41). Hängt dagegen, wie hier, die Ausübung wichtiger Mitgliedschaftsrechte von der Erteilung einer bestimmten Auskunft ab, kann diese auch im Genossenschaftsrecht außerhalb der Generalversammlung verlangt werden, so daß es offenbleiben kann, ob die Grundsätze des Genossenschaftsrechts insoweit bei der LPG überhaupt Anwendung finden.

Die Auskunft ist schließlich auch schriftlich durch Vorlage der begehrten Urkunden oder entsprechender Fotokopien hiervon zu erteilen. Nur so wird die Antragstellerin in den Stand gesetzt, ggf. unter Hinzuziehung eines Sachverständigen prüfen zu können, ob und inwieweit ihr ein Abfindungsanspruch zusteht. Insofern besteht ein Unterschied zu jenen Auskünften, die in der Generalversammlung der Genossenschaft grundsätzlich nur mündlich zu erteilen sind (vgl. *Lang/Weitmüller/Metz* a. a. O. Rdnr. 44).

22. BGB §§ 276, 823; GmbHG § 64 (*Haftung für Konkursverschleppung nicht auf „Quotenschaden“ begrenzt*)

1. Ein Geschäftsführer haftet unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß nicht deswegen persönlich für eine Verbindlichkeit der GmbH, weil er zugunsten der Gesellschaft Sicherheiten aus seinem eigenen Vermögen zur Verfügung gestellt hat. (*Nur Leitsatz.*)
2. Die (Neu-)Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen — nicht durch den „Quotenschaden“ begrenzten — Schadens, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind (insoweit Aufgabe von BGHZ 29, 100).
3. Zur Frage der Beweislast in Fällen der Haftung des Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen die Konkursantragspflicht.

BGH, Urteil vom 6. 6. 1994 — II ZR 292/91 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte ist Geschäftsführer und seit 1985 Alleingesellschafter der im Mai 1981 mit einem Stammkapital von 50.000,— DM gegründeten S. Handels-GmbH (im folgenden: GmbH). Im Dezember 1985 und Januar 1986 bestellte er im Namen der GmbH bei der Klägerin Waren im Gesamtwert von 98.236,22 DM. Die Klägerin lieferte die Gegenstände unter Eigentumsvorbehalt im Januar und Februar 1986. Auf Antrag des Beklagten vom 27. 3. 1986 wurde am 25. 4. 1986 das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Die Klägerin, die auf die Warenlieferungen keine Bezahlung erhielt, erlangte durch Aussonderung Waren im Wert von 7.960,11 DM zurück.

Wegen der Restforderung von 90.276,11 DM, mit der sie nach ihrer Behauptung im Konkurs ausfallen wird, nimmt die Klägerin den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Sie hat behauptet, die GmbH sei bereits 1985 überschuldet und zahlungsunfähig gewesen; der Beklagte habe dies, als er die Waren bestellte, gewußt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten mit der Begründung zur Schadensersatzleistung verurteilt, er habe unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß als Vertreter der GmbH persönlich dafür einzustehen, daß er die Klägerin nicht, wie es erforderlich gewesen wäre, darüber aufgeklärt habe, daß angesichts der damaligen angeschlagenen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft die Zahlung des Kaufpreises nicht gesichert sei. . . .

2. Diesem rechtlichen Ausgangspunkt, der allerdings im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht, vermag der Senat nicht zu folgen. (*Wird ausgeführt.*)

bb) Auf die dogmatische Begründbarkeit der Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Interesses insgesamt in Zweifel ziehende Kritik ist hier nicht weiter einzugehen. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles ist nur von Bedeutung, ob sich unter diesem Gesichtspunkt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH begründen läßt. Das ist jedenfalls unter den hier gegebenen Voraussetzungen zu verneinen. (*Wird ausgeführt.*)

b) Die Verurteilung des Beklagten läßt sich auch nicht auf den Gesichtspunkt der Vertreterhaftung wegen Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens stützen. (*Wird ausgeführt.*)

II. Die Klage ist gleichwohl nicht abweisungsreif, weil sich die Haftung des Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG ergeben kann.

1. Nach § 64 Abs. 1 GmbHG hat der Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft unverzüglich („ohne schuldhaftes Zögern“) zu beantragen. Die Vorschrift ist, worüber seit langem Einigkeit besteht, ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger. Die sich daraus ergebende Haftung des Geschäftsführers ist jedenfalls gegenüber denjenigen Gläubigern, die ihre Forderung bereits vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem der Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, auf den Betrag beschränkt, um den sich die Konkursquote, die sie bei rechtzeitiger Konkursanmeldung erhalten hätten, durch Verzögerung der Antragstellung ver-

ringert (sog. Quotenschaden; grundlegend BGHZ 29, 100, 102 ff.). Der Geschäftsführer hat den auf diese Weise errechneten Gesamtgläubigerschaden zu ersetzen, und zwar, wenn ein Konkursverfahren stattfindet, durch Zahlung in die Konkursmasse (vgl. *K. Schmidt*, GesR, 2. Aufl. § 36 II 5 b S. 903). Da hierbei auf den Zeitpunkt des Eintritts der Konkursantragspflicht abgestellt wird, war zunächst zweifelhaft, ob auch Gläubiger, die ihre Forderung erst später erworben haben, in den Schutzbereich der Vorschrift einbezogen sind. Diese Frage ist, wie seit der genannten Grundsatzentscheidung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 16. 12. 1958 außer Streit ist, zu bejahen. Auch die Neugläubiger, die, jedenfalls soweit es sich um Vertragsgläubiger handelt, bei rechtzeitiger Konkursanmeldung gar keinen Schaden erlitten hätten, sollen danach indessen nur den Quotenschaden ersetzt erhalten; für dessen Berechnung soll der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem die jeweilige Forderung entstanden ist (BGHZ 29, 100, 104 ff., 107; BGHZ 100, 19, 23 ff.; BGH, Urteil vom 22. 1. 1962 — III ZR 198/60, WM 1962, 527, 530, vom 18. 6. 1979 — VII ZR 84/78, NJW 1979, 2198, insoweit in BGHZ 75, 23 nicht abgedruckt, und vom 8. 10. 1987 — IX ZR 143/86, WM 1987, 1431, 1432; ferner beiläufig das eine Aktiengesellschaft betreffende Urteil des erkennenden Senats vom 11. 11. 1985, BGHZ 96, 231, 237 [= DNotZ 1986, 368]; vgl. aber auch BGHZ 75, 96, 106: „Schutzgesetz . . . jedenfalls insoweit . . ., als sich durch die Verzögerung der Konkurseröffnung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert haben“). Auch das Bundesarbeitsgericht ist dieser Rechtsprechung gefolgt (Urteil vom 24. 9. 1974 — 3 AZR 589/73, NJW 1975, 708 und vom 17. 9. 1991 — 3 AZR 521/90, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht).

Das gleiche gilt für den überwiegenden Teil des Schrifttums (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. § 64 Rdnr. 48 f.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 7. Aufl. § 64 Rdnr. 35 f.; *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl. § 64 Rdnr. 24 — ohne eigene Stellungnahme —; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl. § 64 Rdnr. 13; *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl. § 64 Rdnr. 26 m. w. N.; zu § 92 Abs. 2 AktG: *Mertens*, KK, 2. Aufl. § 92 Rdnr. 52; *Meyer-Landrut*, GroßKomm. [1973] § 92 Anm. 9; unklar dagegen *Hefermehl*, in: *Gesler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, 1973-74, § 92 Rdnr. 24; zweifelnd *Roth*, GmbHG, 2. Aufl. § 64 Anm. 3.1). Auch die Gegenansicht — Ersatz des vollen den „Neugläubigern“ infolge des Kontrahierens mit einer konkursreifen GmbH entstandenen Schadens — ist aber immer vertreten worden und bis zur Wiederaufnahme der kontroversen Diskussion im Anschluß an die die jetzige Entscheidung vorbereitenden Beschlüsse des Senats vom 1. 3. 1993 (ZIP 1993, 763) und vom 20. 9. 1993 (ZIP 1993, 1543) nicht verstummt (*Winkler*, MDR 1960, 185, 186 f.; *Lambsdorff/Gilles*, NJW 1966, 1551 f.; *Kühn*, NJW 1970, 589, 590 ff.; *Lindacher*, DB 1972, 1424 f.; *Gilles/Baumgart*, JuS 1974, 226, 227 f.; *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1988, S. 403 ff.; *Stapelfeld*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 166 ff.). Auch zu den dem § 64 GmbHG entsprechenden Konkursantragsvorschriften für die anderen juristischen Personen mit beschränktem Haftungsvermögen wird teilweise eine Pflicht zu vollem Schadensausgleich gegenüber den Neugläubigern angenommen (*Staudinger/Coing*, BGB 12. Aufl. § 42 Rdnr. 10; *Müller*, GenG, 1976, § 99 Rdnr. 9; zu § 92 Abs. 2 AktG: *Meyer-Landrut*, FS *Barz*, 1974, S. 271, 277 ff.;

zweifelnd *Medicus*, Bürgerliches Recht, 16. Aufl. Rdnr. 622; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, GenG, 12. Aufl. § 99 Rdnr. 4). *Hopt* (*Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl. § 130 a Anm. 3 A) sieht in dem auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung eingeschränkten Haftungsumfang „eine wesentliche Schwäche“ der Haftungsregelung des § 130 a HGB.

2. Der erkennende Senat, auf den die Zuständigkeit zur Entscheidung über Ansprüche aus unerlaubter Handlung durch Verletzung von gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetzen vom VI. Zivilsenat übergegangen ist, hält mit Zustimmung der von dieser Rechtsprechungsänderung betroffenen Zivilsenate des Bundesgerichtshofs — nämlich des III., des VII. und des IX. Zivilsenats — sowie des 3. Senats des Bundesarbeitsgerichts den Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht des § 64 Abs. 1 GmbHG für verpflichtet, den Gläubigern, die infolge des Unterbleibens des Konkursantrags mit der GmbH in Geschäftsbeziehung treten und ihr Kredit gewähren, den ihnen dadurch entstehenden Schaden über den sogenannten Quotenschaden hinaus zu ersetzen.

a) Durch die dem Geschäftsführer einer GmbH auferlegte Konkursantragspflicht werden, wie gesagt, nicht nur die bei Eintritt der Konkursreife bereits vorhandenen Gesellschaftsgläubiger (die „Altgläubiger“), sondern auch die erst später neu hinzukommenden (die „Neugläubiger“) geschützt. Diese wären, wenn der Geschäftsführer seiner Pflicht nachgekommen wäre, nicht in die Gläubigerstellung gelangt; sie hätten mit der Gesellschaft keinen Vertrag mehr geschlossen, ihr keinen Kredit gewährt und damit keinen Schaden erlitten. Die Ursache für diesen Schaden liegt in dem Verstoß gegen die Schutzvorschrift des § 64 Abs. 1 GmbHG. Das hat nach allgemeinen Schadensersatzregeln zur Folge, daß der dem Vertragspartner auf diese Weise rechtswidrig und schuldhaft zugefügte Schaden zu ersetzen ist (vgl. *Staudinger/Coing* a. a. O. § 42 Rdnr. 10). Daß demgegenüber die Altgläubiger nur bis zur Höhe der bei rechtzeitiger Konkursantragstellung erzielbaren Konkursquote entschädigt werden, ist kein Grund dafür, die Neugläubiger ebenso zu behandeln. Bis zu dem nach § 64 Abs. 1 GmbHG maßgebenden Zeitpunkt ist kein Konkursdelikt begangen worden; eine vorher eingetretene Entwertung der zu diesem Zeitpunkt bereits begründeten Forderungen fällt, soweit ein Anspruch nicht auf einer anderen Rechtsgrundlage besteht, in den Risikobereich der davon betroffenen Gläubiger. Insoweit ist diesen kein auf dem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht beruhender Schaden entstanden. Eine Ungleichbehandlung beider Gläubigergruppen (*Fleck*, GmbHR 1974, 224, 235; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 64 Rdnr. 49) läßt sich darin, daß jedem Gläubiger der gerade ihm entstandene Schaden ersetzt wird, nicht erkennen.

Die Begrenzung des Ersatzanspruchs auf den Quotenschaden wird — auch — damit begründet, daß die Neugläubiger, weil sie erst durch die Anbahnung von vertraglichen Beziehungen zur GmbH zu Gläubigern werden, mit ihrem Einzelschaden keine individuell abgrenzbare Gruppe von Betroffenen, sondern Teil des Rechtsverkehrs und damit der Allgemeinheit seien, die als solche in den von § 64 Abs. 1 GmbHG gewährten Schutz nicht einbezogen sei (so *Ulmer*, ZIP 1993, 771; dagegen *Wiedemann*, EWIR 1993, 583, 584; *K. Schmidt*, NJW 1993, 2934; *Lutter*, DB 1994, 129, 135). Es geht indessen hier nicht um den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG — daß die Neugläubiger von ihm erfaßt werden, steht außer Streit —, sondern um den

Umfang des den Neugläubigern zu ersetzenden Schadens. Wenn dieser Ersatzanspruch hinter dem zurückbleiben soll, was sich aus allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ergibt, so läßt sich das allenfalls damit begründen, daß ein solcher Individualschaden nicht vom objektiven Schutzzweck des § 64 Abs. 1 GmbHG erfaßt werde.

b) Der Normzweck der gesetzlichen Konkursantragspflichten besteht darin, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 64 Rdnr. 1). Daran hat der Gesetzgeber in schadensersatzrechtlicher Hinsicht zunächst nur die Sanktion geknüpft, daß die Geschäftsführer nach § 64 Abs. 2 GmbHG verpflichtet sind, „Zahlungen“, die sie nach Eintritt der Konkursreife unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet haben, der Gesellschaft zu ersetzen. Nach herrschender Meinung sind damit über reine Geldzahlungen hinaus alle Leistungen gemeint, die das Gesellschaftsvermögen schmälern, wobei streitig ist, ob auch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten dazu gehört (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 64 Rdnr. 39 f. und *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 64 Rdnr. 22, jeweils m. w. N.; im hier interessierenden Zusammenhang ausführlich *Wilhelm*, ZIP 1993, 1833, 1835 f.). Der Bundesgerichtshof hat aus dieser sich unmittelbar aus dem GmbH-Gesetz ergebenden Rechtslage geschlossen, daß ein weitergehender Schutz der Gläubiger nicht gewollt gewesen sei; das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit und die Kreditwürdigkeit eines anderen werde, so ist im Urteil vom 16. 12. 1958 ausgeführt, im Geschäfts- und Wirtschaftsleben nicht besonders geschützt (BGHZ 29, 100, 106). Für Gläubiger einer Rechtsperson, deren Gesellschafter nicht mit ihrem ganzen Vermögen haften, bestehe zwar ein Bedürfnis nach einem weitergehenden Schutz der Gläubiger. Es gebe jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß der Gesetzgeber durch § 64 Abs. 1 GmbHG über das Ziel hinaus, das zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderliche Gesellschaftsvermögen zu erhalten, die Gläubiger auch davor habe bewahren wollen, einer überschuldeten Gesellschaft noch Kredit zu geben oder überhaupt noch mit ihr in Geschäftsbeziehungen zu treten.

Aus den Materialien zum GmbH-Gesetz läßt sich insoweit wenig herleiten. Der Deutsche Handelstag hatte im Gesetzgebungsverfahren gefordert, die im Hinblick auf „das kapitalistische Moment der neuen Gesellschaftsform“ befürwortete Konkursantragspflicht dadurch sicherzustellen, daß der Zuwiderhandelnde mit seinem gesamten Vermögen in die Haftung für die Gesellschaftsschulden eintrete bzw. daß er den Gesellschaftsgläubigern persönlich für jeden einzelnen Ausfall an ihren Forderungen hafte (Amtl. Ausgabe des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, S. 136, 137). Auch die preußischen Handelskammern hatten als Sanktion für die verspätete Stellung des Konkursantrags eine direkte Haftung für alle Ausfälle, die die Gläubiger im Konkurs erleiden, verlangt. Der Gesetzgeber ist diesen Forderungen zwar nicht nachgekommen, sondern hat es bei dem durch § 64 Abs. 2 GmbHG geschaffenen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer belassen (vgl. dazu auch *Flume*, ZIP 1994, 337, 339). Indessen war bei Erlass des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 das Bürgerliche Gesetzbuch noch nicht in Kraft

getreten, und die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB existierte noch nicht (darauf weisen *Medicus*, WuB II C. § 64 GmbHG 1.94, und *Wilhelm*, ZIP 1993, 1834, 1835 zutreffend hin). Die Frage, welche Schadensersatzansprüche sich aus dieser Bestimmung für die durch verspätete Konkursantragstellung geschädigten Gläubiger ergeben, kann nicht ohne weiteres mit dem Hinweis auf die — begrenzten — Ansprüche beantwortet werden, die vor der Einführung jener Vorschrift gesetzlich vorgesehen waren. Die bisherige Rechtsprechung und der Teil des Schrifttums, der ihr folgt, sehen als das „den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz“ (§ 823 Abs. 2 BGB) ausdrücklich oder der Sache nach nur Absatz 2, nicht dagegen Absatz 1 des § 64 GmbHG an, und zwar auch, soweit diese letztere Bestimmung als Schutzgesetz bezeichnet wird (nachdrücklich in diesem Sinne *Gerd Müller*, GmbHR 1994, 209; Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 2 GmbHG; vgl. auch *Canaris*, JZ 1993, 649, 650); jedenfalls sollen beide Absätze der Vorschrift eine „einheitliche Schutzrichtung“ haben (*K. Schmidt*, NJW 1993, 2934). Unter dieser Voraussetzung ist in der Tat nur der allen Gläubigern gleichmäßig entstandene Masseverkürzungsschaden zu ersetzen, und die Neugläubiger werden dann tatsächlich nur insoweit zu in den Schutz einbezogenen „Gläubigern“, als sie sich der GmbH gegenüber schon vertraglich gebunden haben (*Ulmer*, ZIP 1993, 771); denn nur in dieser Eigenschaft haben sie ein Anrecht auf Befriedigung aus dem als Konkursmasse zu erhaltenden Gesellschaftsvermögen. Eigentliches und ausschließliches Schutzgut des § 64 GmbHG ist aus dieser Sicht das Vermögen der Gesellschaft, dessen Erhaltung durch Absatz 2 dieser Vorschrift gesichert werden soll (zutreffend *Flume*, ZIP 1994, 337, 339). Die von der Verkürzung der Masse betroffenen Gesellschaftsgläubiger erleiden danach lediglich einen „Reflexschaden“, und die Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB besteht dann in diesem Zusammenhang lediglich darin, daß sie jenen mittelbaren Schaden — zudem auch dort, wo im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer § 43 Abs. 2 GmbHG versagt, wie insbesondere beim Alleingesellschafter — außerhalb des Konkurses selbständig geltend machen können (*Gerd Müller*, ZIP 1993, 1531, 1536; *ders.*, GmbHR 1994, 209, 210). Dem über § 64 Abs. 2 GmbHG hinausreichenden Zweck des Absatzes 1 der Vorschrift, konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsvermögen aus dem Rechtsverkehr zu entfernen, wird damit eine Schutzwirkung zugunsten der mit einer solchen Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tretenden Personen versagt. Jener weitergehende Zweck des § 64 Abs. 1 GmbHG schützt dann überhaupt nicht den einzelnen Geschäftspartner einer konkursreifen GmbH, sondern ausschließlich die Allgemeinheit in ihrem — öffentlichen — Interesse an der Beseitigung einer solchen Gesellschaft. Dies ist gemeint, wenn gesagt wird, die Neugläubiger fielen nicht in den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG (*Ulmer*, ZIP 1993, 771).

c) Eine solche Begrenzung des mit den Konkursantragspflichten bewirkten Schutzes wird deren Bedeutung nicht gerecht. Für juristische Personen mit beschränkter Haftungsmasse besteht nicht nur der zusätzliche Konkursgrund der Überschuldung; nur für sie gibt es auch überhaupt eine — von ihren Organen zu erfüllende — Pflicht zur Konkursanmeldung. Das beruht darauf, daß die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ihre Legitimation verloren hat, wenn dieses Vermögen vollständig verwirtschaftet ist. Die Konsequenz be-

steht nach dem Gesetz nicht in einer nunmehr einsetzenden persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern darin, daß die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen durch Konkursanmeldung für eine rechtzeitige Beseitigung der Gesellschaft zu sorgen haben. Die Konkursantragspflicht ergänzt damit den mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz; zusammen mit diesen stellt sie die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar (*K. Schmidt*, ZIP 1988, 1497; *ders.*, NJW 1993, 2934; *Stapelfeld* a. a. O. S. 171). Wegen dieses Zusammenhangs ist es verfehlt, eine über den Quotenschaden hinausgehende Haftung des Geschäftsführers — der im übrigen nicht notwendig auch Gesellschafter sein muß — gerade als dem Prinzip der Haftungsbeschränkung widersprechend zu bezeichnen (so *Bauder*, BB 1993, 2473 f.).

Als Instrument des Gläubigerschutzes muß das Gebot der rechtzeitigen Konkursantragstellung schadensersatzrechtlich — und nicht nur strafrechtlich — so sanktioniert sein, daß dieser Schutz wirksam ist. Das ist bei Begrenzung der Geschäftsführerhaftung auf den Quotenschaden und Ausschluß der Ersatzpflicht für darüber hinausgehende Individualschäden nicht der Fall. Die Berechnung jenes Quotenschadens bereitet „beängstigende Schwierigkeiten der Schadensschätzung“ (*K. Schmidt*, JZ 1978, 661, 665), die sich, soweit es um die erst nach dem Zeitpunkt der Konkursreife hinzukommenden Gläubiger geht, noch verstärken (vgl. dazu *Hachenburg/Ulmer* a. O. § 64 Rdnr. 54). Der damit zusammenhängende Aufwand ist so groß, daß er in der Praxis als nicht lohnend angesehen wird. Die Quotenberechnung ist als eine „juristische Spielerei“ (*Gerd Müller*, GmbHR 1994, 209, 212) bezeichnet worden, die „ebenso ästhetisch anziehend wie praktisch undurchführbar“ sei (*Schanze*, AG 1993, 380). Die Frage, ob eine die Konkursanmeldung betreffende Pflichtverletzung vorlag, war deshalb auf der Grundlage der bisherigen Rechtspraxis zu § 64 GmbHG, soweit es um unmittelbare Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger ging, „nicht bedeutsam“ (*Bauder*, BB 1993, 2472, 2473). Die Begrenzung der Haftung auf den Quotenschaden hat die Konkursantragsvorschriften als Haftungsnormen weitgehend außer Kraft gesetzt; es ist, soweit ersichtlich, kein Prozeß bekannt geworden, in dem von vornherein ein auf den Ersatz des Quotenschadens begrenzter Anspruch jemals ernstlich verfolgt worden wäre (*Mertens*, FS *Herrmann Lange*, 1992, S. 561, 577).

Auf der anderen Seite besteht, wie schon der VI. Zivilsenat im Urteil vom 16. 12. 1958 zum Ausdruck gebracht hat — darauf ist weiter oben bereits hingewiesen worden — ein Bedürfnis nach einem individuellen Schutz der durch Konkursverschleppungen geschädigten Gläubiger (BGHZ 29, 100, 106). Rechtsprechung und Wissenschaft haben versucht, diesem Bedürfnis durch Haftungsarbestände außerhalb der Konkursantragsvorschriften Rechnung zu tragen. Dazu gehören die jedenfalls in diesem Zusammenhang dogmatisch nicht haltbare, an der falschen Stelle ansetzende und die in Betracht kommenden Fälle nicht richtig erfassende Vertreterhaftung wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses (oben I) und der in unmittelbarer Nähe der Konkursverschleppungsarbestände ansetzende Vorschlag, eine Vertrauenshaftung des Geschäftsführers im Stadium der Insolvenz der Gesellschaft einzuführen (s. dazu oben I 2 b). Es ist ferner, wie bereits erwähnt (oben I 2 a, b unter I), erwogen worden, in den Fällen der Fortführung einer Konkursreifen GmbH eine Haftung der die Gesellschaft beherr-

schen, an ihr unternehmerisch beteiligten Gesellschafter anzunehmen (*Roth*, GmbHR 1985, 137, 139 ff.). Dies alles zeigt, daß die gläubigerschützende Bedeutung des § 64 Abs. 1 GmbHG unter dem Aspekt der Haftungsnorm des § 823 Abs. 2 BGB zu gering eingestuft wird, wenn man annimmt, die Gesellschaftsgläubiger seien, soweit sie über den „Gesamtgläubigerschaden“ hinausgehende individuelle Schäden erleiden, als Teil der Allgemeinheit durch die Konkursantragspflicht nicht geschützt. Den Neugläubigern ist deshalb gegen die Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht ein Anspruch auf Ausgleich des Schadens zuzubilligen, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind (ebenso für das österreichische Recht OGH, Beschluß vom 10. 12. 1992, ZIP 1993, 1871, 1874; vgl. auch *Karolius*, Recht der Wirtschaft [Festerr.] 1994, 100 f.). Die neueren Vorschriften der §§ 130 a, 177a HGB für offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, an denen keine unbeschränkt haftende natürliche Person beteiligt ist, stehen einem solchen Verständnis der Konkursantragsvorschriften nicht entgegen; der sich aus § 823 Abs. 2 BGB ergebende Schadensersatzanspruch der Gläubiger besteht neben demjenigen der Gesellschaft, der in § 130 a Abs. 3 HGB geregelt ist (*Baumbach/Duden/Hopf* a. O. § 130 a Anm. 3 C).

d) Die Haftung des Geschäftsführers für die durch die Konkursverschleppung verursachten Gläubigerschäden bedeutet für diesen keine unzumutbare Belastung. Die Haftung setzt Verschulden voraus; fahrlässiges Verhalten genügt (BGHZ 75, 96, 111; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 64 Rdnr. 52 m. w. N.; a. A. *Schulze-Osterloh* in: *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 64 Rdnr. 27). Der Geschäftsführer hat die Entscheidung darüber, ob er die Konkursöffnung beantragen muß, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers zu treffen. Als solcher ist er verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise wird er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand verschaffen müssen (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 64 Rdnr. 52; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 64 Rdnr. 28). Stellt sich dabei eine rechnerische Überschuldung heraus, dann muß er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine positive Fortbestehensprognose stellt (BGHZ 119, 201, 214; vgl. dazu auch *Schüppen*, DB 1994, 197, 199). Gibt es begründete Anhaltspunkte, die eine solche Prognose rechtfertigen, so kann das Unternehmen weiterbetrieben werden. Hierbei ist dem Geschäftsführer ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen; vor allem kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters an. Notfalls muß sich der Geschäftsführer fachkundig beraten lassen (*Lutter*, DB 1994, 129, 135). Hält er sich an diese Anforderungen, die für den Geschäftsführer einer mit einem beschränkten Haftungsvermögen ausgestatteten Gesellschaft eigentlich selbstverständlich sind, dann ist das Risiko, wegen verspäteter Konkursantragstellung belangt zu werden, nicht unzumutbar groß. Die Gefahr, daß sich ein seriöser Geschäftsführer durch die drohende Haftung von aussichtsreichen Sanierungsmaßnahmen abhalten läßt, braucht nicht ernstlich befürchtet zu werden. Für solche Sanierungsversuche gilt, soweit sie vertretbar sind, die Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG (vgl. dazu BGHZ 75, 96, 107 ff.; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 64 Rdnr. 15). Die Quote der masselosen GmbH-Konkurse, die bei etwa 75% liegen soll

(K. Schmidt, NJW 1993, 2935), zeigt, daß in vielen Fällen eine frühere Konkursanmeldung geboten wäre und keine voreilige Unternehmensbeendigung bedeuten würde.

Den Beweis für das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Konkursantragspflicht hat grundsätzlich der Gläubiger zu erbringen. Steht fest, daß die Gesellschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt rechnerisch überschuldet war, so ist es allerdings Sache des Geschäftsführers, die Umstände darzulegen, die es aus damaliger Sicht rechtfertigten, das Unternehmen trotzdem fortzuführen. Hierzu ist er weit besser in der Lage als ein außenstehender Gläubiger, der in aller Regel von den für die Zukunftsaussichten der Gesellschaft maßgebenden Umständen keine Kenntnis haben wird. Dem Geschäftsführer ist die Darlegung dieser Umstände zumutbar, weil er, wie bereits gesagt, ohnehin zu einer laufenden Prüfung der Unternehmenslage verpflichtet ist. Ob über diese Verteilung der Darlegungslast hinaus der Geschäftsführer hinsichtlich der Fortbestehensprognose auch die Beweislast trägt (so Scholz/K. Schmidt a. a. O. § 63 Rdnr. 12 und § 64 Rdnr. 38; Hachenburg/Ulmer a. a. O. § 64 Rdnr. 19), ist dagegen zweifelhaft; das ist hier indessen nicht zu entscheiden. Mangelndes Verschulden hat freilich der Geschäftsführer zu beweisen (Senatsurteil vom 1. 3. 1993 — II ZR 61/93 [81/94] unter II 2 a m. w. N., zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. auch § 130 a Abs. 3 Satz 2 HGB).

e) Da es sich bei dem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann er nach Maßgabe des § 254 BGB durch ein Mitverschulden des Vertragspartners gemindert sein. Eine solche Mitverantwortung des Geschädigten für den bei ihm eingetretenen Schaden wird anzunehmen sein, wenn für ihn bei Abschluß des Vertrages erkennbare Umstände vorlagen, die die hierdurch begründete Forderung gegen die Gesellschaft als gefährdet erscheinen lassen mußten. Der Ansicht, daß als Anzeichen hierfür schon allein die Höhe des Stammkapitals der GmbH ausreichen könnte (vgl. dazu Flume, ZIP 1994, 337, 341), kann jedoch nicht zugestimmt werden. Denn damit würde das Risiko einer materiellen Unterkapitalisierung der Gesellschaft zumindest teilweise dem Gläubiger aufgebürdet. Das wäre im Hinblick auf die deliktische Haftung des Geschäftsführers nicht angemessen.

f) Der Anspruch des „Neugläubigers“ entspricht der Höhe nach seinem Vertrauensschaden, soweit dieser durch eine auf den Gläubiger entfallende Konkursquote nicht gedeckt ist. Zur Geltendmachung des Anspruchs ist auch während eines Konkursverfahrens der Gläubiger selbst befugt. Ob dazu daneben auch der Konkursverwalter nach § 64 Abs. 2 GmbHG berechtigt ist (vgl. Wilhelm, ZIP 1993, 1833, 1836, der offenbar eine ausschließliche Einziehungsbefugnis des Konkursverwalters, bezogen auf den Erfüllungsschaden des Gläubigers, annimmt; insoweit ebenso Wellkamp, DB 1994, 869, 873), ist hier nicht zu entscheiden.

III. Der Rechtsstreit ist unter dem Gesichtspunkt der unter II erörterten Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG nicht entscheidungsreif. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die GmbH sei seit 1984 überschuldet gewesen und der Beklagte habe dies bei Anwendung der von ihm zu fordernden kaufmännischen Sorgfalt erkennen können, ist, wie die Revision zu Recht rügt, nicht verfahrensfehlerfrei getroffen worden. . . .

23. BGB §§ 662 ff., 675, 705 ff., 723 Abs. 3 (Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen)

Treuhand und Unterbeteiligung an Gesellschaftsanteilen sind nicht einander ausschließende, zur Anwendung entweder des Auftrags- oder des Gesellschaftsrechts führende Rechtsinstitute. Entscheidend für die Einordnung ist vielmehr die inhaltliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses, wobei für eine gesellschaftsvertragliche Beziehung spricht, daß der hauptbeteiligte Gesellschafter nur einen Teil seines Anteils für den anderen Vertragsbeteiligten hält, im übrigen aber eigene Interessen in der Gesellschaft verfolgt.

BGH, Urteil vom 13. 6. 1994 — II ZR 259/92 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

24. AktG 1965 §§ 130 Abs. 2, 241 Nr. 2 (Nichtiges Hauptversammlungsprotokoll bei AG)

An einer ordnungsmäßigen Beurkundung des Hauptversammlungsbeschlusses (§ 130 Abs. 1 AktG) fehlt es auch dann, wenn bei Aufsichtsratswahlen in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift statt des Ergebnisses der Abstimmung nach Stimmen lediglich angegeben wird, welche Kapitalbeträge für und gegen einen bestimmten Wahlvorschlag gestimmt haben. Ein solcher Beurkundungsfehler führt grundsätzlich auch dann zur Nichtigkeit der Wahl gem. § 241 Nr. 2 AktG, wenn den Umständen nach kein Zweifel an der Annahme des Wahlvorschlages bestehen kann.

BGH, Urteil vom 4. 7. 1994 — II ZR 114/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH und der Allianz Versicherungs AG, München

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die sich u. a. mit der Verwertung von Filmrechten befaßt. In dem gegenwärtigen Rechtsstreit nimmt sie den Beklagten u. a. unter Berufung auf § 93 AktG auf Ersatz eines Darlehens in Höhe von 300.000,— DM nebst Zinsen in Anspruch, das dieser in seiner damaligen Funktion als Vorstandsmitglied der Klägerin der später in Vermögensverfall geratenen M. GmbH gewährt hatte. Nachdem die Klägerin in diesem Rechtsstreit bei Erhebung der Klage zunächst durch ihren Vorstand vertreten worden war, ist ihr am 14. 2. 1991 gewählter Aufsichtsrat unter Billigung der früheren Prozeßführung des Vorstands als gesetzlicher Vertreter in den Prozeß eingetreten. Auf der am 6. 2. 1992 abgehaltenen Hauptversammlung der Klägerin haben Neuwahlen zum Aufsichtsrat stattgefunden. Dabei sind dieselben Personen erneut zu Aufsichtsratsmitgliedern gewählt worden.

Die Klage hatte in der Hauptsache in beiden Vorinstanzen Erfolg. Die Revision führte zur Abweisung der Klage als unzulässig.

Aus den Gründen:

I. Dabei kommt es auf den Streit der Parteien, ob die Gewährung des Darlehens durch den Beklagten schuldhaft pflichtwidrig war, nicht an. Die Urteile der Vorinstanzen können schon aus prozessualen Gründen keinen Bestand haben. Die Klage ist unzulässig, weil die Klägerin in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht nach Maßgabe der Gesetze (§ 551 Nr. 5 ZPO) vertreten ist. Die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung der Aktiengesellschaft liegt bei Prozessen gegen ehemalige Vorstandsmitglieder nicht bei ihrem Vorstand, sondern ihrem Aufsichtsrat (vgl. Senatsurteil vom 22. 4. 1991 — II ZR 151/90, WM 1991, 941 = ZIP 1991,

796). Diese Vertretung kann der gegenwärtig amtierende Aufsichtsrat der Klägerin, der in dem zur Entscheidung stehenden Prozeß als ihr Vertreter auftritt, nicht wahrnehmen, weil er nicht wirksam in sein Amt berufen worden ist. Die am 6. 2. 1992 durchgeführten Aufsichtsratswahlen sind gem. § 241 Nr. 2 AktG wegen Verstoßes gegen das zwingende Beurkundungserfordernis des § 130 Abs. 2 AktG nichtig.

II. 1. Nach § 130 Abs. 1 AktG muß jeder Hauptversammlungsbeschluß durch eine notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet werden. In der Niederschrift ist u. a. das Ergebnis der Abstimmung anzugeben (§ 130 Abs. 2 AktG). Die Abstimmung wird nach Aktiennennbeträgen ausgeübt (§ 134 Abs. 1 Satz 1 AktG). Bei gleichmäßiger Stückelung bedeutet dies, daß jede Aktie gleichviele Stimmen, in der Regel eine Stimme, gewährt (vgl. statt aller *KK/Zöllner*, AktG § 134 Rdnr. 22). So ist es auch in der Satzung der Klägerin vorgesehen. Danach gewähren je 100,— DM Nennbetrag in der Hauptversammlung eine Stimme (§ 10 Abs. 1 Satz 1 der Satzung). Infolgedessen hätte bei korrekter Beurkundung des Wahlbeschlusses festgehalten werden müssen, wieviele Stimmen für und wieviele Stimmen gegen den Wahlvorschlag abgegeben worden sind (*KK/Zöllner* a. a. O. § 130 Rdnr. 34 m. w. N.; h. M.). Statt dessen hat der beurkundende Notar als Ergebnis der Abstimmung lediglich angegeben, welche Kapitalbeträge für und welche gegen den Wahlvorschlag gestimmt haben. Die Zustimmung einer Mehrheit des vertretenen Grundkapitals ist jedoch nur dann, und zwar neben und nicht anstelle des Stimmenverhältnisses, zu beurkunden, wenn der Beschluß für sein Zustandekommen neben der Stimmenmehrheit einer Mehrheit des vertretenen Grundkapitals bedarf (vgl. *Großkomm./Werner*, AktG 4. Aufl. § 130 Rdnr. 25). Damit fehlt es an einer ordnungsmäßigen Beurkundung des Ergebnisses der Abstimmung bei den Wahlen zum Aufsichtsrat der Klägerin mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit dieser Wahlen gem. § 241 Nr. 2 AktG.

2. Der vorliegende Fall erfordert keine abschließende Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Fehler dieser Art unter allen Umständen zur Annahme der Nichtigkeit der Wahl nach § 241 Nr. 2 AktG führen muß. Bei einfachen Verhältnissen, in denen sich die Zahl der abgegebenen Stimmen durch einfaches Nachrechnen ergibt, könnte diese Rechtsfolge unangemessen streng erscheinen. So könnte es etwa liegen, wenn alle Aktien bei gleichem Nennwert gleiches Stimmrecht besäßen. In einem solchen Fall steht auch bei Angabe der für und gegen den Antrag stimmenden Kapitalmehrheit und Kapitalminderheit das Ergebnis der Abstimmung nach Stimmen zweifelsfrei fest. Es beträgt bei einem Nennwert der ausgegebenen Aktien von gleichmäßig 100,— DM eins vom Hundert der angegebenen Kapitalziffern. Anders verhält es sich dagegen, wenn die einzelnen Aktien tatsächlich oder auch nur möglicherweise unterschiedliche Stimmkraft haben. In diesem Fall ist aus den in der Beurkundung gemachten Angaben über das Ergebnis der Abstimmung nach Kapitalverhältnissen weder unmittelbar noch mittelbar zu entnehmen, wieviele Stimmen für oder gegen den Antrag gestimmt haben. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin in ihrer Satzung (§ 10 Abs. 1 Satz 2) von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, das Stimmrecht nicht erst mit der vollständigen Einzahlung der Einlage (§ 134 Abs. 2 Satz 1 AktG), sondern schon mit der Leistung der gesetzlichen Mindesteinlage beginnen zu lassen (§ 134 Abs. 2 Satz 2 AktG). Unter dieser Voraussetzung gewährt

die gesetzliche Mindesteinlage von $\frac{1}{4}$ des Nennbetrages (§ 36 a Abs. 1 AktG) eine Stimme und bildet die Einheit, nach der das Stimmrecht der Aktien zu berechnen ist (§ 134 Abs. 2 Satz 3 AktG). Eine voll eingezahlte Aktie hätte mithin bei der Klägerin das 4-fache Stimmrecht einer Aktie vermittelt, auf die bis zum Zeitpunkt der Hauptversammlung nur die gesetzliche Mindestzahlung geleistet worden war. Infolgedessen kann dem Protokoll über die Aufsichtsratswahlen auf der Hauptversammlung der Klägerin vom 6. 2. 1992, das Angaben nur über das Stimmverhalten des vertretenen Grundkapitals enthält, weder entnommen werden, wieviele Stimmen bei der Beschlußfassung über die Aufsichtsratswahl überhaupt abgegeben worden sind, noch in welchen ziffernmäßigen Verhältnissen die für den Wahlvorschlag abgegebenen zu den gegen ihn abgegebenen Stimmen stehen. Auch den übrigen Angaben des Hauptversammlungsprotokolls nebst Anlagen ist dies nicht mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen. An diesem Befund ändert es entgegen der Ansicht der Revision nichts, daß die Klägerin im Aktienbuch eingetragene Namensaktien ausgegeben hat. Die Eintragung im Aktienbuch bewirkt nach § 67 Abs. 2 AktG lediglich, daß die eingetragene Person von der Aktiengesellschaft als Aktionär zu behandeln ist, besagt aber nichts darüber, ob und in welchem Umfang ein Stimmrecht besteht. Dies folgt bereits daraus, daß das Aktienbuch, wie sich aus § 67 Abs. 1 AktG ergibt, nicht dazu bestimmt ist, Eintragungen über die Leistung von Einlagen aufzunehmen.

3. a) Bei dieser Sachlage wäre die Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl vom 6. 2. 1992 wegen fehlender Beurkundung des Abstimmungsergebnisses gem. §§ 241 Nr. 2, 130 Abs. 2 AktG nur dann zu verneinen, wenn man der Ansicht des Reichsgerichts (RGZ 105, 373, 374 für einen die Art der Beschlußfassung betreffenden Mangel) folgte, daß eine Nichtigkeit nach den genannten Bestimmungen dann nicht eintritt, wenn den Umständen nach kein Zweifel über die Ablehnung oder Annahme des Antrags und die Ordnungsmäßigkeit der Beschlußfassung bestehen kann. Ein solcher Zweifel ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen. (*Wird ausgeführt.*)

b) Der Senat vermag sich jedoch der auch im aktienrechtlichen Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßenen (vgl. *KK/Zöllner* a. a. O. § 130 Rdnr. 33; *Geßler/Hefermehl/Eckardt*, AktG § 130 Rdnr. 79; *Großkomm./Barz*, AktG 3. Aufl. § 130 Anm. 15; weniger entschieden jetzt allerdings *Werner* in der 4. Aufl. dieses Kommentars § 130 Rdnr. 22; uneingeschränkt ohne Erwähnung der teilweise abweichenden Auffassung des RG für Nichtigkeit nach § 241 Nr. 2 AktG aber auch *Hüffer*, AktG § 130 Rdnr. 30; vgl. ferner KG JW 1933, 2465) Auffassung des Reichsgerichts nicht anzuschließen. Diese Auffassung kann sich zwar darauf berufen, daß der Zweck der in § 130 Abs. 2 AktG angeordneten Beurkundungspflicht darin besteht, etwaigen späteren Meinungsverschiedenheiten über die Annahme oder Ablehnung eines Antrags begegnen zu können. Gleichwohl erscheint es nicht tragbar anzunehmen, zwingende gesetzliche Formvorschriften brauchten nicht beachtet zu werden, wenn im Einzelfall ihr Zweck auf andere Weise erreicht werden kann. So hat es der Bundesgerichtshof bisher im allgemeinen abgelehnt, § 313 BGB allein deshalb nicht anzuwenden, weil die zugrundeliegenden gesetzgeberischen Motive aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zutrafen (vgl. etwa BGHZ 16, 334, 335; 53, 189, 194 f. [= *MittBayNot* 1970, 103]).

Eine vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Form muß grundsätzlich unabhängig davon gewahrt werden, ob der von der Vorschrift bezweckte Schutz, der lediglich Motiv, aber nicht Tatbestandsmerkmal ist (BGHZ 16, 335), im Einzelfall die Einhaltung erfordert. Für die Formvorschrift des § 130 Abs. 2 AktG kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Die rechtserheblichen tatsächlichen Vorgänge bei der Beschlußfassung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft sind nach Maßgabe des § 130 Abs. 2 AktG unabhängig davon zu protokollieren, ob dies angesichts der konkreten Kapital- und Abstimmungsverhältnisse zur Sicherung der Richtigkeit des abschließend festgestellten Ergebnisses der Beschlußfassung jeweils erforderlich ist oder nicht. Die Beurkundungspflicht kann nicht von dem Ausgang der Abstimmung im Einzelfall abhängen. Dies muß um so mehr gelten, als in nicht wenigen Fällen über die Frage, ob der Gang der Abstimmung sowie deren Ergebnis eine Beurkundung entbehrllich machen, unter den Beteiligten verschiedene Meinungen bestehen können. In diesen Fällen bliebe die Notwendigkeit der Beurkundung und damit die Wirksamkeit des nicht beurkundeten Beschlusses bis zu einer abschließenden richterlichen Entscheidung in der Schwebe. Eine Abschwächung des Beurkundungserfordernisses und der an seine Verletzung geknüpften gesetzlichen Sanktion aus Billigkeitsgründen widerspräche damit nicht nur der geltenden Gesetzeslage, die Ausnahmen der vom Reichsgericht angenommenen Art nicht vorsieht. Sie stünde auch im Widerspruch zur Wahrung des Erfordernisses der Rechtssicherheit.

III. Bei dieser Sachlage sind die Personen, welche in dem gegenwärtigen Rechtsstreit als Vertreter der Klägerin auftreten, am 6.2.1992 nicht wirksam in den Aufsichtsrat berufen worden. Sie sind deshalb nicht berechtigt, die Klägerin in diesem Prozeß zu vertreten, was zur Abweisung der Klage als unzulässig führen muß. . . .

25. DDR: TreuHG § 11; DDR: TreuHGDVO3 § 2 (*Gesetzliche Umwandlung volkseigener Güter der DDR*)

Volkseigene Güter der ehemaligen DDR, die bis zum 3.10.1990 nicht in das Eigentum der Länder oder Kommunen übertragen worden sind, sind zu diesem Zeitpunkt kraft Gesetzes in Kapitalgesellschaften im Aufbau umgewandelt worden.

BGH, Versäumnisurteil vom 6.7.1994 — VIII ZR 62/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist aus einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft (LPG) der DDR hervorgegangen. Sie lieferte an das volkseigene Gut W. (im folgenden: VEG W.) aufgrund eines am 19.1.1989 geschlossenen Rahmenvertrages Futtermittel.

Mit Schreiben vom 4.7.1990 vertrat der damalige Direktor des VEG W. gegenüber der Klägerin die Auffassung, daß das Vertragsgesetz der DDR mit dem Staatsvertrag über die Schaffung einer Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion vom 18.5.1990 hinfällig und das VEG W. deshalb an den Rahmenvertrag nicht mehr gebunden sei. Das VEG W. sei jedoch bereit, weiterhin Futtermittel im bisherigen Umfang von der Klägerin abzunehmen, wenn die Preise um 70% reduziert würden.

Darauffin fand am 10.8.1990 eine Besprechung statt, an der u. a. Vertreter des VEG W. und der Klägerin teilnahmen. Das Ergebnis dieser Besprechung ist zwischen den Parteien streitig. Die Klägerin hat vorgetragen, die Parteien hätten sich über neue, reduzierte Preise geeinigt. Die auf der Grundlage dieser Preisvereinbarung von 8. bis 12.1990 gelieferten Futtermittel seien jedoch nur teilweise bezahlt worden.

Am 13.8.1992 beschloß die Beklagte [*dem Kontext nach die Treuhandanstalt*] als — wie sie meinte — Alleingesellschafterin, das VEG W. als GmbH fortzusetzen. Sie ging dabei davon aus, daß das VEG W. zum 1.7.1990 nach dem Treuhandgesetz in eine GmbH im Aufbau umgewandelt und zum 30.6.1991 aufgelöst worden sei. Das Amtsgericht Neubrandenburg hat die aus diesem Gesellschafterbeschuß hervorgegangene Firma Gut F. GmbH W. am 17.9.1992 in das dort geführte Handelsregister eingetragen.

Mit der Klage macht die Klägerin den nach ihrer Ansicht aus den Lieferungen August bis Dezember 1990 noch offenen Zahlungsanspruch geltend. Sie ist der Auffassung, die Beklagte sei als Rechtsnachfolgerin des VEG W. passivlegitimiert. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht haben die Parteien den Rechtsstreit teilweise übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. In der mündlichen Verhandlung vom 6.7.1994 hat die Klägerin keinen Antrag gestellt. Die Beklagte hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Aus den Gründen:

I. Über die Revision war antragsgemäß nach §§ 331, 557 ZPO durch Versäumnisurteil zu entscheiden; das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, 79, 81 f).

II. Das Berufungsgericht bejaht die Passivlegitimation der Beklagten und begründet dies im wesentlichen damit, daß das VEG W. mit Inkrafttreten der 3. Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz am 4.9.1990, spätestens jedoch am 3.10.1990 seinen Status als juristisch selbständige Wirtschaftseinheit des DDR-Rechts verloren habe. Eine gesetzliche Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau habe zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Eine demnach nicht existente Gesellschaft habe weder aufgelöst noch durch Beschluß der Beklagten fortgesetzt werden können. Das VEG W. sei vielmehr in die endgültige Verwaltung der Beklagten übergegangen. Da die Beklagte den Geschäftsbetrieb des VEG W. fortgeführt habe, müsse sie für dessen Verbindlichkeiten jedenfalls über den Rechtsgedanken des § 419 BGB eintreten.

III. Dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Das VEG W. war eine in das Register der volkseigenen Wirtschaft der DDR eingetragene, juristisch selbständige Wirtschaftseinheit des DDR-Rechts und damit zwar nicht selbst Eigentümer der von ihm genutzten Vermögensgegenstände, aber jedenfalls deren Rechtsträger bzw. Fondsinhaber (*Busche* in *Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR*, Bd. I, B 200 TreuHG, § 1 Rdnr. 20 m. w. N.). An diesem Status hat sich mit dem am 1.7.1990 in Kraft getretenen Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens vom 17.6.1990 (GBl.DDR I 300; TreuHG) zunächst nichts geändert. Eine gesetzliche Umwandlung (§ 11 Abs. 1, Abs. 2 TreuHG) in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau (GmbH i. A.) konnte vorerst nicht stattfinden, weil volkseigene Güter und staatliche Forstwirtschaftsbetriebe hier

von gem. § 11 Abs. 3 letzter Anstrich TreuHG ausdrücklich ausgenommen wurden. Zwar sollte der Privatisierungsauftrag der Beklagten grundsätzlich auch für diese Wirtschaftseinheiten gelten (§ 1 Abs. 4, Abs. 6 TreuHG), von einer ex-lege-Umwandlung zum 1.7.1990 wurde aber deshalb abgesehen, weil den Ländern bzw. Kommunen ein Zugriffsrecht auf deren Vermögen gegeben werden sollte. Diese Absicht des damaligen DDR-Gesetzgebers fand Ausdruck in dem am 22. 7. 1990 in Kraft getretenen Gesetz über die Übertragung volkseigener Güter, staatlicher Forstwirtschaftsbetriebe und anderer volkseigener Betriebe der Land- und Forstwirtschaft in das Eigentum der Länder und Kommunen (GBl.DDR I 397; im folgenden: VEGÜbG oder Übertragungsgesetz vom 22. 7. 1990). Nach dessen § 1 Abs. 3 Satz 2, Satz 3 hing die Übertragung eines volkseigenen Gutes in das Eigentum der Länder/Kommunen von einem Beschluß des Parlaments der zugriffsberechtigten Gebietskörperschaft ab. Da hinsichtlich des VEG W. ein entsprechender Beschluß nicht gefaßt wurde, blieb sein Status als juristisch selbständige Wirtschaftseinheit jedenfalls bis zum Ablauf des 2. 10. 1990 unberührt. Danach war eine Eigentumsübertragung auf Länder oder Kommunen nicht mehr vorgesehen, weil das Übertragungsgesetz vom 22. 7. 1990 im Einigungsvertrag nicht ausdrücklich aufrechterhalten wurde und damit gemäß Art. 9 Einigungsvertrag am 3. 10. 1990 außer Kraft trat.

2. Der Auffassung des Berufungsgerichts, mit Inkrafttreten der 3. Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz (3. DVO/TreuHG) am 4. 9. 1990, spätestens jedoch zum 3. 10. 1990 habe das VEG W. „zu bestehen aufgehört“ und sei in die endgültige treuhänderische Verwaltung der Beklagten übergegangen, kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht verkennt den von ihm zur Begründung seiner Ansicht herangezogenen § 2 3. DVO/TreuHG, insbesondere dessen ihm mit dem Einigungsvertrag gegebenen Inhalt.

§ 2 i. v. m. § 1 3. DVO/TreuHG bekräftigt zunächst den grundsätzlich auch für die volkseigenen Güter geltenden Privatisierungsauftrag der Beklagten. Danach sollte die Privatisierung auf der Grundlage des § 1 Abs. 2 TreuHG und in entsprechender Anwendung der übrigen Bestimmungen des Treuhandgesetzes erfolgen, soweit eine Übertragung in das Eigentum der Länder oder Kommunen nicht vorgesehen ist. In dem Regelungszusammenhang mit dem damals noch geltenden Übertragungsgesetz vom 22. 7. 1990 konnte dies nur bedeuten, daß eine Privatisierung erst dann erfolgen durfte, wenn ein ablehnender Beschluß der zur Entscheidung über die Eigentumsübertragung berufenen kommunalen Parlamente vorlag. Bis dahin bestand hinsichtlich des rechtlichen Status der volkseigenen Güter eine Art Schwebezustand, dem auch dadurch Rechnung getragen wurde, daß deren Vermögen gem. § 1 3. DVO/TreuHG in die zeitweilige treuhänderische Verwaltung der Beklagten gegeben wurde. Erst dadurch bekam diese bzw. deren Unterabteilung „Treuhand Land- und Forstwirtschaft“ die Rechtsmacht, eine mögliche Übertragung auf die Länder/Kommunen, wie ihr mit § 1 Abs. 3 VEGÜbG aufgegeben, organisatorisch vorzubereiten. Der Schwebezustand endete am 3. 10. 1990. Zu diesem Zeitpunkt trat das Übertragungsgesetz vom 22. 7. 1990 außer Kraft. Damit entfiel nicht nur die Privatisierungseinschränkung des „soweit-Satzes“ in § 2 3. DVO/TreuHG, sondern auch der Grund, weswegen die volkseigenen Güter durch § 11 Abs. 3 letzter Anstrich TreuHG zunächst von der gesetzlichen Umwandlung in

Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Aufbau ausgenommen wurden, denn ein Zugriffsrecht der Länder/Kommunen auf die volkseigenen Güter bzw. deren Vermögen gab es nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland nicht mehr. Wenn vor diesem Hintergrund die 3. Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz im Einigungsvertrag (Anl. II, Kap. IV, Abschn. I Nr. 8) ausdrücklich als fortgeltendes Recht aufrechterhalten wurde und deren § 2 Satz 2 bezüglich der Art und Weise der nunmehr ausschließlich möglichen Privatisierung auf die „übrigen Bestimmungen des Treuhandgesetzes“ verweist, ist dem der Wille des Einigungsgesetzgebers zu entnehmen, die volkseigenen Güter gem. § 11 Abs. 1, Abs. 2 TreuHG der gesetzlichen Umwandlung in Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Aufbau zu unterwerfen. Mit der Aufrechterhaltung der 3. Durchführungsverordnung zum Treuhandgesetz im Einigungsvertrag hat die Verordnung einen eigenständigen, gesetzessrangigen Geltungsgrund erlangt, so daß ein möglicher, unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Stufenverhältnisses Gesetz/Verordnung relevanter Widerspruch, der darin gesehen werden könnte, daß § 2 Satz 2 3. DVO/TreuHG auf die übrigen Bestimmungen des Treuhandgesetzes verweist, dort aber in § 11 Abs. 3 letzter Anstrich die volkseigenen Güter von der ex-lege-Umwandlung ausdrücklich ausgenommen wurden, beseitigt ist (so auch: *Papier* in DtZ 1993, 290, 295 unter III 3 für die ähnliche Rechtslage bei der Rechtsnachfolge der staatlichen Forstbetriebe der DDR).

3. Das VEG W. ist daher mit dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland am 3. 10. 1990 in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau umgewandelt worden. Ob diese Umwandlung rückwirkend auf den 1. 7. 1990 erfolgte, bedarf hier keiner Entscheidung. Da die nach den §§ 19 – 21 TreuHG erforderlichen Gründungsmaßnahmen bis zum Ablauf des 30. 6. 1991 nicht ergriffen wurden, ist die „VEG W. GmbH i. A.“ zu diesem Zeitpunkt aufgelöst worden und in das Stadium der Liquidation übergegangen (§ 22 TreuHG). In der notariellen Gesellschafterversammlung vom 13. 8. 1992 hat die Beklagte als Alleingesellschafterin der in Liquidation befindlichen Gesellschaft die Fortführung als GmbH beschlossen. Dem stand aus Rechtsgründen nichts entgegen (BGHZ 8, 35; *Karsten Schmidt*, Die Handelsgesellschaft im Aufbau, in GmbHR 1992, 570, 572 unter III 3; *ders.* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 192; *Priester*, Gesellschaftsrechtliche Zweifelsfragen beim Umgang mit Treuhandunternehmen in DB 1991, 2373, 2375 unter II 2; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, 15. Aufl., § 60 Rdnr. 47 m. w. N.). Nachdem die von § 21 TreuHG geforderten Voraussetzungen erfüllt waren, wurde die so fortgesetzte Gesellschaft unter der Firma Gut F. GmbH W. am 17. 9. 1992 in das beim Amtsgericht N. geführte Handelsregister eingetragen.

Nach allem ist die Firma Gut F. GmbH W. Inhaberin der Rechte und Verbindlichkeiten des ehemaligen VEG W. geworden. Eine Rechtsnachfolge der Beklagten trat zu keinem Zeitpunkt ein, so daß die Klage wegen fehlender Passivlegitimation der Beklagten abzuweisen ist. Dies konnte der erkennende Senat selbst aussprechen, weil insoweit keine weiteren tatsächlichen Feststellungen erforderlich sind (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

26. GmbHG §§ 53, 54; AktG §§ 293 ff. (*Aufhebung eines Unternehmensvertrags zwischen zwei GmbH*)

Zur Aufhebung eines zwischen zwei GmbH abgeschlossenen Beherrschungsvertrages bedarf es weder auf Seiten der beherrschten, noch auf Seiten der herrschenden GmbH eines Gesellschafterbeschlusses.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 3. 6. 1994 — 4 W 122/93 —

Hinweis der Schriftleitung:

Gegenstand dieses Beschlusses ist die weitere Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluß des LG Konstanz vom 26. 11. 1993 — 3 HT 1/92 —, abgedruckt in MittBayNot 1993, 308.

Das OLG Karlsruhe hat die Entscheidungen von Landgericht und Amtsgericht aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, die Eintragung der Aufhebungsvereinbarung nicht mehr aus den bisherigen Gründen abzulehnen.

Die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht in DNotZ 1994, 690 m. Anm. *Lüttmann* a. a. O. S. 693; ähnlich auch OLG Frankfurt/Main DNotZ 1994, 685 m. Anm. *Schwarz* S. 687.

27. BGB §§ 2157, 2174; HGB §§ 12, 161, 175 (*Vermächtniserfüllung an KG-Anteil bei unbekanntem Erben*)

Der für unbekanntem Erben bestellte Nachlaßpfleger kann für die Erben anmelden, daß der Kommanditanteil im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf Vermächtnisnehmer übergegangen ist. Es bedarf hierzu keines Erbscheins und keiner zuvorigen Eintragung der Erben (Ergänzung der Entscheidung des OLG Hamm vom 7. 1. 1993 — Az.: 15 W 103/92, MittBayNot 1993, 304)

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG Frankenthal/Pfalz, Beschluß vom 29. 6. 1994 — 1 HK T 5/94 —, mitgeteilt von Notar *Alfred Kluge*, Ludwigshafen am Rhein

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Beteiligte ist Nachlaßpfleger für die unbekanntem Erben der 1987 verstorbenen Frau W. Sein Wirkungskreis umfaßt „die den Erben betreffenden Anmeldungen zum Handelsregister“. Die Eheleute W. hatten in einem gemeinschaftlichen Testament angeordnet, daß die Kommanditanteile an einer KG vermächtnisweise auf die beiden Schwestern von Frau W. übergehen sollten.

Dementsprechend hat der Beteiligte mit Erklärung vom 10. 1. 1994 den Übergang der Kommanditanteile zum Handelsregister angemeldet. Das Gericht hat in einer Zwischenverfügung dem Beteiligten aufgegeben, binnen zwei Monaten einen Erbschein vorzulegen.

Die hiergegen gerichtete Erinnerung/Beschwerde des Beteiligten führte zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

Aus den Gründen:

Zwar treffen die Ausführungen der Rechtspflegerin in der Nichtabhilfeentscheidung insoweit in vollem Umfang zu, als dort darauf hingewiesen wird, daß der Nachweis der Erbfolge in der Regel durch Vorlage eines Erbscheines zu erbringen ist und dies auch für das Handelsregisterverfahren nach § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB gilt. Dabei sind in der Tat weder der Zeitaufwand noch die Kosten eines Erbscheinsverfahrens ein Grund, die Vorlage als untunlich

anzusehen. Weiter stellt die Rechtspflegerin zutreffend fest, daß es dem Registergericht nicht zuzumuten sei, für sich selbst die Erbfolge zu ermitteln, insbesondere in einem Nachlaßverfahren, in dem die Erben seit 1987 die Möglichkeit hatten, Erbscheinsantrag zu stellen und trotz des Umfangs und der Schwierigkeit des Verfahrens den Erbschein auch zu erhalten.

Zutreffend sind auch die Ausführungen der Rechtspflegerin unter Heranziehung der von ihr genannten obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Hamm vom 7. 1. 1993 — 15 W 103/92 [= MittBayNot 1993, 304] m. w. Rechtsprechungsnachweisen), wonach sich aus den haftungrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidens und Neueintretens eines Kommanditisten das Interesse der Gesellschaftsgläubiger ergibt, aus dem Handelsregister zuverlässig und problemlos zu ersehen, wer aufgrund welchen rechtlichen Vorgang Kommanditist der Gesellschaft ist. (*Wird ausgeführt.*)

Diesen Zielsetzungen widerspricht es jedoch nicht, wenn im vorliegenden Fall die Anmeldung auch ohne Vorlage eines Erbscheins eingetragen wird. Entscheidend ist, daß der anmeldende Nachlaßpfleger für die unbekanntem Erben der verstorbenen Kommanditistin durch entsprechenden Beschluß des Nachlaßgerichts legitimiert ist und die anzumeldenden Erklärungen zudem noch nachlaßgerichtlich genehmigt worden sind. Zutreffend weist die Beschwerde darauf hin, daß das Registergericht nicht berechtigt ist, die Entscheidungen des Nachlaßgerichts in Frage zu stellen. Schon diese Bedenken der Rechtspflegerin teilt das erkennende Gericht nicht, weil die Bestimmung des § 1961 BGB zeigt, daß gerade im Falle unbekanntem Erben die Bestellung eines Nachlaßpflegers zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlaß richtet, von den Berechtigten beantragt werden kann. Dies muß demnach auch schon im außergerichtlichen Bereich gelten, wenn die Erben unbekannt sind, und andererseits der Anspruch gegen den Nachlaß aufgrund eines feststehenden Vermächtnisses gegeben ist. Das kann letztlich aber dahinstehen, weil das Registergericht im Rahmen der zweifelsohne bestehenden Amtsermittlungspflicht gem. § 12 FGG Vorfragen privaten oder öffentlichen Rechts zwar grundsätzlich selbständig zu prüfen und zu entscheiden hat, dabei aber an wirksam gewordene gerichtliche Entscheidungen und an nicht nützige rechtsgestaltete Entscheidungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gebunden ist (vgl. dazu *Bassenge/Herbst*, FGG/RpflG, 5. Aufl. § 12 FGG Anm. 3 a mit Hinweisen auf BayObLGZ 84, 230; 85, 184). Die Entscheidungen des Nachlaßgerichts, welche die Rechtspflegerin im vorliegenden Fall in Frage stellen will, sind jedenfalls keinesfalls nichtig im Sinne von § 7 FGG und damit bindend. Den Belangen des Handelsregisters, die oben dargelegt worden sind im Einklang mit der angezogenen Entscheidung des OLG Hamm vom 7. 1. 1993, kann in der Tat dadurch Rechnung getragen werden, daß — wie mit der Beschwerde vorgeschlagen wurde — in das Handelsregister eingetragen wird, daß Frau W. verstorben ist, ihre unbekanntem Erben von dem Nachlaßpfleger vertreten werden und ihr Kommanditanteil auf die Vermächtnisnehmer im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangen ist. Bekannt sind im vorliegenden Fall jedenfalls die neuen Kommanditisten aufgrund des untretig feststehenden Vermächtnisses, selbst wenn die Erben selbst nicht bekannt bzw. nicht ermittelt sind. Ob eine weitere Versicherung verlangt werden kann, wie die Beschwerde im Schriftsatz vom 19. 4. 1994 unter b vorschlägt, und abzugeben bereit ist, kann dahin-

stehen. Jedenfalls ist es keinesfalls sinnvoll, von nicht festgestellten Erben eine Versicherung zu verlangen, daß sie keine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten haben. In der vom Registergericht herangezogenen Entscheidung des OLG Hamm vom 7. 1. 1993 ist jedenfalls darauf hingewiesen worden, daß durchaus davon ausgegangen werden kann, daß dem (dort bekannten Gesamtrechtsnachfolger) eine Abfindung für die ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen weder gewährt noch versprochen worden ist, wenn er die Kommanditistenstellung aufgrund eines Erbvertrags im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworben hatte, er andererseits aber nach dem Erbvertrag verpflichtet war, diese Rechtsstellung ohne Gegenleistung zu übertragen. Dies erscheint im vorliegenden Fall für das erkennende Gericht nicht anders zu liegen, wo die noch nicht festgestellten Erben zunächst die Kommanditistenstellung aufgrund Gesamtrechtsnachfolge erworben haben, andererseits aber ohne Gegenleistung verpflichtet sind, den Anspruch aus dem Vermächtnis zu erfüllen gem. § 2174 BGB i. V. m. § 2147 BGB. Zur Abgabe diesbezüglicher Willenserklärung aber ist der Nachlaßpfleger berechtigt und die Anmeldung dokumentiert diesen Rechtsvorgang.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Eintragung unbekannter Miterben im Grundbuch siehe BayObLG MittBayNot 1994, 435 (in diesem Heft S. 435).

Öffentliches Recht

28. BauGB § 22 (Kein Genehmigungsvorbehalt nach § 22 BauGB für das gesamte Gemeindegebiet)

§ 22 Abs. 2 BauGB ist nach Inhalt, Zweck und verfassungskonformer Auslegung dahingehend zu verstehen, daß er der Gemeinde nur die Möglichkeit einer gebietsbezogenen und konkreten Sicherung bestimmter Gebiete der Gemeinde gibt. Sofern nicht jeweils die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB gegeben sind, kann die Gemeinde daher nicht eine Fremdenverkehrsatzung mit Wirkung für das gesamte Gemeindegebiet erlassen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BVerwG, Urteil vom 7. 7. 1994 — 4 C 21.93 —, mitgeteilt von Notar Dr. Anton Obermeier, Sonthofen

Anmerkung der Schriftleitung:

Mit dem vorliegenden Urteil hat das BVerwG in einem Parallelverfahren das in MittBayNot 1994, 165 mit Anmerkung von Grziwotz, S. 168 abgedruckte Urteil des BayVGH bestätigt.

29. BeurkG § 17 Abs. 1 (Ampflicht zur Regelung der Erschließungskostenproblematik)

Bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages muß der Notar mit den Beteiligten die Problematik nicht abrechneter Erschließungsbeiträge erörtern und ihnen, falls sie dies wünschen, eine entsprechende vertragliche Regelung vorschlagen.

BGH, Urteil vom 28. 4. 1994 — IX ZR 161/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der beklagte Notar beurkundete am 23. 2. 1990 einen Grundstückskaufvertrag, aufgrund dessen der Kläger von dem Konkursverwalter des Voreigentümers ein Hausgrundstück zum Preis von 1,4 Mio DM erwarb. In den Jahren 1985, 1986 war die Straße, an der das Grundstück liegt, endgültig hergestellt worden. Erschließungsbeiträge waren zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht erhoben worden. Dies war weder den Vertragsparteien noch dem Beklagten bekannt. Bei der Beurkundung ist über Erschließungsbeiträge nicht gesprochen worden. Sie sind im Vertrag nicht erwähnt.

Mit noch nicht bestandskräftigem Bescheid vom 19. 12. 1990 wurde der Kläger zu Erschließungsbeiträgen von 88.066,80 DM herangezogen. Eine Klage gegen den Konkursverwalter auf Freistellung von diesen Erschließungskosten wurde rechtskräftig abgewiesen.

Der Kläger ist der Auffassung, der beklagte Notar hätte ihn bei der Beurkundung auf die Möglichkeit von Erschließungsbeiträgen hinweisen müssen. Er begehrt die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihn von den Erschließungsbeiträgen freizustellen und ihm sämtliche Rechtsverfolgungskosten zu ersetzen.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen erfolglos. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. . . .

II. 1. Der Beklagte hat bei der Beurkundung des Grundstückskaufvertrages vom 23. 2. 1990 die ihm gegenüber dem Kläger obliegende Ampflicht verletzt. Gem. § 17 Abs. 1 BeurkG muß der Notar bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Die Vorschrift soll gewährleisten, daß der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wiedergibt (BGH, Urteil vom 7. 2. 1991 — IX ZR 24/90, WM 1991, 1046, 1048 m. w. N.). Daraus folgt, daß der Notar die Beteiligten insoweit befragen und belehren muß, als es notwendig ist, eine ihrem wahren Willen entsprechende rechtswirksame Urkunde zu errichten (vgl. Haug, Die Amtshaftung des Notars, Rdnr. 410). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß der Notar sich nicht darauf beschränken darf, in der Urkunde nur die Hauptleistungspflichten der Beteiligten zu regeln. Er schuldet vielmehr eine umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung (vgl. Reithmann in: Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 6. Aufl., Rdnr. 20 ff.; Haug a. a. O. Rdnr. 557). Der Notar muß je nach Art des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts unter Auswertung der Erfahrungen der Kautelarjurisprudenz alle regelungsbedürftigen Fragen ansprechen, die hierzu nötigen Belehrungen erteilen und bei Bedarf entsprechende Regelungen vorschlagen. Er kann nicht erwarten, daß die Beteiligten diese Fragen selbst erkennen und zur Diskussion stellen. Dazu sind diese in aller Regel mangels einschlägiger Erfahrungen nicht in der Lage. Es ist vielmehr die vornehmliche Aufgabe des Notars, aufgrund seiner Erfahrung und der ihm zur Verfügung stehenden Vertragsmuster die regelungsbedürftigen Punkte von sich aus anzusprechen und den Willen der Beteiligten dazu in Erfahrung zu bringen. Die Ampflicht zur vollständigen Erfassung

und Niederlegung des Parteiwillens erfordert es, daß der Notar sich hinsichtlich aller regelungsbedürftigen Punkte, die üblicherweise zum Gegenstand vertraglicher Abreden gemacht werden, vergewissert, ob die Beteiligten eine Regelung bewußt nicht getroffen haben oder ob dies auf einem Versehen oder auf Unkenntnis beruht (vgl. *Arndt*, BNotO 2. Aufl. Anh. zu § 19, § 17 BeurkG Anm. II 3.1; *Haug* a. a. O. Rdnr. 557).

2. Eine regelungsbedürftige Frage, die der Notar bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages von sich aus ansprechen muß, ist die Problematik der Erschließungskosten (*Reithmann* in *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 6. Aufl. Rdnr. 29; *Albrecht* ebenda Rdnr. 467; *Mayer*, VersR 1989, 14, 15; vgl. auch *Brambring* in *Beck'sches Notar-Handbuch* Rdnr. 153; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung Rdnr. 22; *Haug* a. a. O. Rdnr. 558; a. A. *Rinsche*, Die Haftung des Rechtsanwaltes und des Notars 4. Aufl. Rdnr. II 394). Wenn der Vertrag keine Regelung dieser Frage vorsieht, hat gem. §§ 446, 103 BGB der Käufer die nach Übergabe des Grundstücks fällig werdenden Erschließungsbeiträge zu tragen (BGH, Urteil vom 29. 1. 1982 — V ZR 73/81, NJW 1982, 1278 [= Mitt-BayNot 1982, 64 = DNotZ 1982, 555]). Das entspricht in aller Regel nicht dem wahren Willen der Beteiligten, wenn die zugrundeliegenden Erschließungsmaßnahmen bereits vor Vertragsschluß ausgeführt waren. Durchschnittliche, in Grundstücksgeschäften nicht besonders erfahrene Vertragsparteien gehen in der Regel davon aus, daß der vereinbarte Kaufpreis das abschließende Entgelt für das Grundstück, wie es steht und liegt, darstellt (*Reithmann* a. a. O. Rdnr. 29). Sie sind mithin der Meinung, daß bei Kaufabschluß vorhandene Erschließungsanlagen mit dem Kaufpreis abgegolten sind und nicht mehr nach Jahr und Tag dem Käufer hierfür noch oft nicht unbeträchtliche Kosten auferlegt werden können. Daß die Vorschriften des dispositiven Rechts den Käufer mit diesen nachträglichen Kosten belasten, ist insbesondere für diesen überraschend. Das läßt es dringend geboten erscheinen, daß die Vertragsparteien eine anderweitige Regelung dieser Frage vornehmen.

Eine derartige vertragliche Regelung ist insbesondere deshalb dringlich, weil zwischen der tatsächlichen Herstellung der Erschließungsanlagen und der Abrechnung der Erschließungskosten seitens der Gemeinde oft viele Jahre vergehen. Diese lange Zeitspanne führt einerseits dazu, daß vielfach weder Verkäufer noch Käufer damit rechnen, daß die lange zurückliegenden Erschließungsmaßnahmen noch nicht abgerechnet sind. Sie macht es andererseits für den Käufer besonders schwer erträglich, daß er die lange vor seinem Eigentumserwerb durchgeführten Maßnahmen nachträglich noch bezahlen soll. Voraussetzung einer Beitragspflicht nach dem Baugesetzbuch sind (unter anderem) die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage (§ 133 Abs. 2 BauGB), das Vorhandensein einer rechtswirksamen Erschließungsbeitragsatzung im Sinne von § 133 BauGB sowie das Vorliegen eines Bebauungsplans bzw. der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde (§ 125 BauGB; vgl. im einzelnen *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge 2. Aufl. Rdnr. 576 ff. m. Nachw. der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). Endgültig hergestellt ist eine Erschließungsanlage dann, wenn ihr Ausbauzustand den satzungsmäßig festzulegenden (§ 132 Nr. 4 BauGB) Merkmalen der endgültigen Herstellung entspricht und der dazu erforderliche Aufwand zu ermitteln ist, das heißt sämt-

liche Unternehmerrechnungen der Gemeinde vorliegen (BVerwGE 49, 131 ff.). Mit dem — den Anwohnern erkennbaren — Abschluß von Straßenbauarbeiten hat schon dieses Merkmal nicht mehr viel zu tun. Fällig wird der Erschließungsbeitrag — und auf diesen Zeitpunkt kommt es im Verhältnis Käufer — Verkäufer an — zudem gem. § 135 Abs. 1 BauGB erst binnen einer Frist von einem Monat nach Bekanntgabe des Beitragsbescheides. Nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte führen weder eine Verzögerung des Entstehens der Beitragspflicht noch eine Verzögerung, die die Geltendmachung der entstandenen Erschließungsbeitragsforderung betrifft, für sich allein zu einem Rechtsverlust der Gemeinde nach Treu und Glauben (z. B. OVG Münster NVwZ-RR 1990, 435, 436 betreffend eine Zeitspanne von 16 Jahren zwischen technischer Fertigstellung einer Straße und deren Abrechnung; *Driehaus* a. a. O. Rdnr. 604 ff.; jeweils m. w. N.). Jahrelange Verzögerungen zwischen der technischen Herstellung einer Erschließungsanlage und der Bekanntgabe des Beitragsbescheides mögen zwar nicht die Regel darstellen, liegen jedoch im System des Erschließungsbeitragsrechts begründet.

Die vorstehend dargelegte Problematik der Erschließungskosten beim Verkauf von Grundstücken war Gegenstand zahlreicher Veröffentlichungen im Fachschrifttum (vgl. *Messer* NJW 1978, 1406; *Becker* BWNNotZ 1979, 61; *Matloch* MittBayNot 1979, 104; *Dietrich* DNotZ 1983, 297; *Nieder* NJW 1984, 2662; *Panz* BWNNotZ 1984, 144; *Dickhuth/Harrach* MittRheinNot 1986, 241; *Mayer* VersR 1989, 14; *Grziwotz* MittBayNot 1993, 137). Die unbefriedigende derzeitige Rechtslage hat die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts dazu veranlaßt, in § 437 BGB ihres Entwurfs eine Regelung vorzusehen, wonach der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet ist, Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses ausgeführt sind, unabhängig vom Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld (Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992, S. 207 f.; dazu *Amann*, Sonderheft zum 24. Deutschen Notartag, DNotZ 1993, S. 83 ff., 95 f.). Soweit ersichtlich schlagen sämtliche Vertragsformularbücher für Notare eine Regelung der Erschließungsbeiträge in Grundstückskaufverträgen vor (*Beck'sches* Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. Muster III B 1 § 5, III B 2 § 5, III B 3 § 6 (4); *Beck'sches* Notarhandbuch, „Beratungs-Checkliste“ A I Rdnr. 2, 13; *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 19. Aufl. Muster Rdnr. 270 § 7; Rdnr. 271 § 2 Ziff. 4; Rdnr. 272 § 4; Rdnr. 273 § 2; Rdnr. 275 § 4; Rdnr. 276 § 3; Rdnr. 277 § 3; Rdnr. 282 Ziff. 4.4; *Keim*, Immobilienverträge S. 61 – 66 a; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung Rdnr. 147 (Beispiel Grundstückskaufvertrag) § 5; *Münchener* Vertragshandbuch Bd. IV/1 3. Aufl. Vertragsmuster I 1 §§ 9, 14 c; I 3 § 8; I 4 § 6 (5); I 8 § 6 (3); *Weirich*, Vertragsgestaltung im Grundstücksrecht 2. Aufl. Rdnr. 65 ff.; *Wurm/Wagner/Zartmann*, Das Rechtsformularbuch 13. Aufl. Muster 19 a, 19 b jeweils § 2). Bei dieser Sachlage gehört es heute und gehörte es — anders als möglicherweise im Jahre 1953 (vgl. BGH, Urteil vom 26. 3. 1953 — III ZR 14/52, DNotZ 1953, 492) — auch bereits im Jahre 1990, als der hier maßgebliche Grundstückskaufvertrag beurkundet wurde, zum Standard notarieller Tätigkeit, daß bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die Problematik der Erschließungskosten erörtert wird. Von einem Notar muß verlangt

werden, daß er die Beteiligten auf diese Problematik hinweist, ihnen hierzu die gewünschten Erläuterungen gibt und auf Wunsch Lösungsmöglichkeiten vorschlägt.

3. Dieser Verpflichtung ist der Beklagte schuldhaft nicht nachgekommen. . . .

Anmerkung der Schriftleitung:

Zu den Erschließungskosten vgl. auch das nachfolgende Urteil m. Anm. *Grziwotz*.

30. BauGB § 133 Abs. 3, AO §§ 218 Abs. 2, 37 Abs. 2, KAG Rh-Pf §§ 1 Abs. 2 Nr. 5, 39 Abs. 1 Nrn. 2 und 5 (*Rückzahlungsanspruch von überzahlten Erschließungskosten bei Wechsel des Eigentümers*)

1. Der Anspruch auf Rückzahlung von die endgültige Erschließungsbeitragsforderung übersteigenden Vorausleistungen steht bei einem Eigentumswechsel vor Entstehung der endgültigen Erschließungsbeitragspflicht auch nach Inkrafttreten des Baugesetzbuches dem früheren Grundstückseigentümer zu.

2. Im Rahmen der sich nach Landesrecht bestimmenden Abwicklung dieses Anspruchs entscheidet hierüber in Rheinland-Pfalz die Gemeinde durch Verwaltungsakt.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. 1. 1994 — 6 A 10984/93.OVG —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, eine Bauträgersgesellschaft, war Eigentümerin verschiedener Baugrundstücke im Baugebiet „Rohrwiesen“ in X. Nachdem sie die Grundstücke mit Einfamilienhäusern bebaut hatte, veräußerte sie diese an verschiedene Erwerber. Im Rahmen der Erschließung des Baugebietes hatte die Beklagte die Klägerin im April 1988 zu Vorausleistungen für die damals noch in deren Eigentum stehenden Grundstücke herangezogen.

Vor Entstehung der endgültigen Beitragspflichten mit der Widmung am 17. 1. 1990 war bezüglich aller Grundstücke der Eigentumsübergang auf die Käufer durch Grundbucheintragung vollzogen. Dementsprechend zog die Beklagte die neuen Eigentümer im Januar 1990 zu endgültigen Erschließungsbeiträgen heran, wobei eine Verrechnung mit den höher ausgefallenen Vorausleistungen erfolgte. Die überschüssigen Vorausleistungen zahlte die Beklagte an die neuen Eigentümer aus.

Die Klägerin vertrat die Auffassung, daß die von ihr erbrachten Vorausleistungen, soweit sie über die endgültig festgesetzten Erschließungsbeiträge hinausreichen, von der Beklagten an sie zurückzuerstatten seien. . . .

Das VG Mainz hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Zulässige Klageart für diesen Erstattungsanspruch ist nicht die von der Klägerin zunächst erhobene Leistungsklage, sondern die Verpflichtungsklage.

Die Klage ist begründet, da die Klägerin auch unter der Geltung des Baugesetzbuches — BauGB — und hier insbesondere des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB Gläubigerin des Anspruchs auf Erstattung der überschüssigen Vorausleistungen ist und diesen auch nicht, wie das angefochtene Urteil überzeugend dargelegt hat und durch das von der Klägerin herangezogene Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 20. 2. 1992 — 10 O 576/91 — bestätigt wird, an die Grundstückserwerber abgetreten hat.

Ausgangspunkt dieser rechtlichen Beurteilung ist die frühere Rechtslage nach dem Bundesbaugesetz. Danach erwuchs bei der im vorliegenden Fall gegebenen Konstellation eines Wechsels des Eigentums am Grundstück nach Erbringung der Vorausleistung und vor Entstehung der endgültigen Erschließungsbeitragspflicht dem früheren Eigentümer, welcher die Vorausleistung bewirkt hat, ein Anspruch auf deren volle Rückerstattung, der indessen erst zum Zeitpunkt der Fälligkeit der endgültigen Beitragsforderung fällig wurde (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. 9. 1981 — 8 C 1 und 2.81 —, DÖV 1982, 115 = NVwZ 82, 376 [= MittBayNot 1982, 205 = DNotZ 1983, 299]). Diese Rechtslage hat sich mit Inkrafttreten des Baugesetzbuches am 1. 7. 1987 durch die im vormaligen § 133 Abs. 3 des Bundesbaugesetzes — BBauG — nicht enthaltene Regelung des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB, nach der die Vorausleistung mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen ist, auch wenn der Vorausleistende nicht beitragspflichtig ist, zwar verändert. Diese Änderung erfaßt jedoch den seither dem Vorausleistenden vollumfänglich zustehenden Erstattungsanspruch nur bis zur Höhe der endgültigen Erschließungsbeitragsforderung. Unberührt geblieben von dieser Neuordnung ist hingegen die frühere Rechtslage bezüglich des Anspruchs auf Rückerstattung einer überschüssigen Vorausleistung, der nach wie vor dem früheren Eigentümer zusteht. Dies folgt aus einer Auslegung des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB, die sich am grundsätzlich maßgeblichen objektivierten Willen des Gesetzgebers orientiert, wie er sich insbesondere aus dem Wortlaut der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung (vgl. BVerfGE 20, 283 [294] sowie 53, 135 [147]) und hier namentlich des Tatbestandsmerkmals „zu verrechnen“ ergibt.

Nach allgemein anerkannter juristischer Terminologie ist die „Verrechnung“ ein mit der „Aufrechnung“ weitgehend synonymem Rechtsbegriff (vgl. *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 9. Aufl.). Sie unterscheidet sich von letzterer im wesentlichen nur dadurch, daß die für die Aufrechnung typische Gegenseitigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen nicht erforderlich, sie mithin auch in einem Dreiecksverhältnis möglich ist (vgl. zur bundesgesetzlichen Vorschrift des § 52 SGB, Allgem. Teil, *Wannagat*, Rdnr. 2 zu § 53 sowie *Burdenski/von Maydell/Schellhorn*, Gemeinschaftskommentar zum SGB, AT, 2. Aufl., Rdnr. 2 zu § 52). Ein solches Dreiecksverhältnis, bestehend aus der Gemeinde, dem endgültigen Erschließungsbeitragspflichtigen sowie dem vormaligen Grundstückseigentümer, der die Vorausleistung erbracht hat, betrifft dementsprechend auch die Vorschrift des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB. Sie regelt als solche die wechselseitigen Rechtsbeziehungen jedoch nicht abschließend. Denn ebenso wie die Aufrechnung kann auch die Verrechnung als Sonderfall derselben (so ausdrücklich *Wannagat*, a. a. O.) die sich gegenüberstehenden Ansprüche, hier den Erschließungsbeitragsanspruch der Gemeinde und den gegen diese gerichteten, von § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB notwendig vorausgesetzten — andernfalls fehlte die Grundlage für eine Verrechnung — grundsätzlichen Erstattungsanspruch des nicht erschließungsbeitragspflichtigen gewordenen Vorausleistenden, nur erfassen, „soweit sie sich decken“ (vgl. § 389 BGB i. V. m. § 226 Abs. 1 AO 1977). Dies bedeutet bei einer, wie hier, die endgültige Erschließungsbeitragsforderung übersteigenden Vorausleistung, daß der Rückerstattungsanspruch des vorausleistenden früheren Eigentümers infolge der der Verrechnung in gleicher Weise wie der Aufrechnung eigenen Tilgungswirkung nur bis zur Höhe der zu tilgenden Erschließungsbeitragsforde-

rung erlischt, im darüber hinausgehenden Umfang hingegen von der Verrechnung und damit dem Regelungsinhalt des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB unberührt bleibt.

Der Senat verkennt nicht, daß dieses Ergebnis dem dieser Vorschrift zugrunde liegenden Ziel des Gesetzgebers, das aus dem vorbezeichneten Dreiecksverhältnis resultierende komplizierte und aufwendige Verfahren bei der Abwicklung der wechselseitigen Ansprüche zu vereinfachen, in Fällen der vorliegenden Art nicht ganz gerecht wird. Abgesehen davon, daß auch nach der langjährigen Erfahrung des Senats überschießende Vorausleistungen die Ausnahme und nach ausdrücklicher Normierung in § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB („bis zur Höhe des voraussichtlichen endgültigen Erschließungsbeitrags“) tunlichst zu vermeiden sind, verbietet nicht nur der eindeutige Wortlaut des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB eine andere Auslegung. Vielmehr unterstreicht auch die amtliche Begründung zu dieser Vorschrift (BT-Drucks. 10/4630, S. 116), daß der Gesetzgeber hierbei nur den „Normalfall“ der die Erschließungsbeitragsforderung nicht übersteigenden Vorausleistung im Auge hatte. Denn danach sollte es den Gemeinden — wozu das bis dahin geltende Recht keine Handhabe gegeben hatte — gleichsam von Amts wegen ermöglicht werden, die vom Veräußerer erbrachte Vorausleistung auf die Erschließungsbeitragsschuld des Erwerbers *anzurechnen* (Hervorhebung durch den Senat). Anrechnungsfähig sind die Vorausleistungen aber nur bis zur Höhe der Erschließungsbeitragsschuld.

Erfaßt die Neuregelung des § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB mithin nicht die die endgültige Erschließungsbeitragsforderung übersteigenden, vom früheren Eigentümer erbrachten Vorausleistungen, so zwingt dies zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber insoweit die Rechtslage unter Geltung des früheren, mit § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB mit Ausnahme der fehlenden Herstellungsalternative im wesentlichen identischen § 133 Abs. 3 Satz 1 BBauG beibehalten wollte. Nach der hierzu entwickelten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. das bereits zitierte Urteil des BVerwG vom 16. 9. 1981) stand der Rückzahlungsanspruch aber (auch) insoweit dem nicht mehr erschließungsbeitragspflichtig gewordenen früheren Eigentümer, der die Vorausleistung bewirkt hatte, zu.

Etwas anderes ergibt sich schließlich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht aus der landesrechtlichen Vorschrift des § 30 Abs. 1 Satz 4 KAG. Zwar findet das Kommunalabgabengesetz nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 Nr. 5, soweit nichts Näheres bestimmt ist, auch auf „Erschließungsbeiträge nach §§ 127 bis 135 des Bundesbaugesetzes“ und damit nach dessen Inkrafttreten auch auf die Erschließungsbeiträge nach den entsprechenden Vorschriften des Baugesetzbuches Anwendung. Vorliegend hat der Bundesgesetzgeber indessen selbst Näheres bestimmt“, also eine im vorstehenden Sinn abschließende Regelung dieses Sachverhaltes getroffen. Damit hat er sich auch im von ihm selbst gesteckten Rahmen gehalten. Denn er hat generell lediglich die Abwicklung erschließungsbeitragsrechtlicher Ansprüche einschließlich der diese umkehrenden Erstattungsansprüche wie etwa die eingangs behandelte Frage der Notwendigkeit einer Festsetzung des Erstattungsanspruchs durch Verwaltungsakt oder die der Verjährung dem Landesrecht überlassen, sich selbst hingegen die Begründung dieser Ansprüche, also die Regelungen über ihren Inhalt, ihren Schuldner bzw. — bei Erstattungsansprüchen ihren Gläubiger sowie ihre Entstehung und Fälligkeit, vorbehalten (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 28. 10. 1981, a. a. O., sowie Urteil vom 27. 1. 1982 — 8 C 99.81 —, KStZ 1982, 133).

Nach alledem steht der Klägerin als derjenigen, die die Vorausleistungen erbracht hat, trotz des späteren Verlustes ihres Eigentums an den herangezogenen Grundstücken und der infolgedessen begründeten Erschließungsbeitragspflichten der jeweiligen Grundstückserwerber auch unter Geltung des § 133 Abs. 3 BauGB der begehrte Anspruch auf Rückzahlung der die endgültigen Erschließungsbeitragsforderungen überschießenden Vorausleistungen zu (im Ergebnis ebenso *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 3. Aufl., Rdnr. 779 sowie *Ernst* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Rdnr. 56 zu § 133; anscheinend a. A. *Schrödter*, BauGB, 5. Aufl., Rdnr. 26 zu § 133).

Anmerkung:

Das Urteil des OVG Rheinland-Pfalz befaßt sich — aus öffentlich-rechtlicher Sicht — mit dem Problem der Behandlung von Vorausleistungen auf Erschließungsbeiträge im Falle des Eigentumswechsels nach Zahlung der Vorausleistung und vor Bekanntgabe des Erschließungsbeitragsbescheides. Hierzu ordnet § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB seit 1. 7. 1987 an, daß die Vorausleistung mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen ist¹. Diese Regelung entspricht dem Wesen der Vorausleistung als einer vorläufigen (Abschlags-)Zahlung auf einen noch nicht entstandenen Beitrag² und dient ferner der Verfahrensvereinfachung³. Da Vorausleistungen die Höhe des zu erwartenden Erschließungsbeitrags nicht übersteigen dürfen und bei ihrer Erhebung die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage bereits absehbar sein soll⁴, enthält das Gesetz für den „Normalfall“ eine befriedigende Lösung.

Probleme können sich ergeben, wenn „Leistungsstörungen“ eintreten⁵. Im entschiedenen Sachverhalt handelte es sich um die Erstattung zuviel gezahlter Vorausleistungen⁶. Das Gesetz ordnet ferner die Rückzahlung der Vorausleistung an, wenn sechs Jahre nach Bekanntgabe des Vorausleistungsbescheides die Erschließungsanlage noch nicht benutzbar ist (§ 133 Abs. 3 Satz 3 BauGB). Ein Rückzahlungsanspruch kann sich außerdem in weiteren Fällen ergeben, in denen feststeht, daß eine endgültige Beitragsschuld, auf die die Vorausleistung erbracht worden ist, nicht mehr entstehen kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das beitragspflichtige Grundstück nicht (mehr) baulich oder gewerblich nutzbar ist, die Gemeinde von der Herstellung der Erschließungsanlage absieht oder sich nachträglich die fehlende Beitragsfähigkeit der Anlage herausstellt, es sich also beispielsweise um eine vorhandene Erschließungsanlage im Sinne von § 242 BauGB handelt oder diese in einem förmlich festgesetzten Sanierungs- oder Entwicklungsgebiet liegt⁷.

Während im zuvor dargestellten „Normalfall“ der Verrechnung der Vorausleistende nach der Rechtslage des BauGB

¹ Zur bis zum 1. 7. 1987 bestehenden Erstattungspflicht an den früheren Eigentümer s. BVerwG, NJW 1982, 951 = MittBayNot 1982, 205.

² S. statt vieler *Gaentzsch*, BauGB, § 133 Rdnr. 4.

³ S. BT-Drs. 10/4630, S. 116.

⁴ BVerwG, DÖV 1985, 540.

⁵ S. dazu bereits *Grziwotz*, MittBayNot 1989, 9/10.

⁶ Kurz dazu *Ernst*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 133 Rdnr. 72.

⁷ S. zu diesen Fällen *Fischer*, in: Hdb. d. öffentl. BauR, F Rdnr. 245 u. *Gaentzsch* (FN 2), § 133 Rdnr. 7.

keinen Aufhebungs- und Rückzahlungsanspruch mehr hat, geht die herrschende Meinung davon aus, daß in den dargestellten Sonderfällen die Rückzahlung an den Vorausleistenden zu erfolgen hat⁸. Dies soll auch für vertraglich vereinbarte Vorauszahlungsansprüche und ihre mögliche Erstattung gelten⁹. Dies wird dem Umstand entnommen, daß das Gesetz nur eine Verrechnung anordnet, mehr aber nicht¹⁰. Dem ist aus öffentlich-rechtlicher Sicht zuzustimmen, da der neue Eigentümer hinsichtlich der Vorausleistung nicht vollständig in die Rechtsposition des früheren Eigentümers eintritt¹¹, also ein Übergang der gesamten Vorausleistung in das Vermögen des Beitragspflichtigen nicht erfolgt¹².

Das Baugesetzbuch überläßt den Ausgleich zwischen Verkäufer und Käufer der Regelung im Kaufvertrag¹³. Ob der Notar bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages verpflichtet ist, mit den Beteiligten die vorstehende Problematik zu erörtern und auf ihren Wunsch eine entsprechende vertragliche Regelung vorzuschlagen, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden¹⁴. Die Rechtslage, insbesondere die Frage, ob der Verkäufer aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung verpflichtet ist, die ihm erstatteten Vorauszahlungen an den Erwerber weiterzuleiten, ist unklar. Das Urteil des Bundesgerichtshof vom 12. 2. 1988¹⁵, dem hinsichtlich der Verrechnung der Vorausleistungen bei einem Eigentumswechsel vor Inkrafttreten des BauGB nahezu die Funktion einer „Überleitungsbestimmung“¹⁶ zukam, dürfte dann weiterhelfen, wenn die Gemeinde bisher stets eine Rückzahlung an den Erwerber vorgenommen hatte und durch die neue Praxis die Preisbemessungsgrundlage des Vertrages erschüttert würde.

Hat der Grundstückskäufer, was insbesondere in dem entschiedenen Fall eines Kaufs vom Bauträger üblich ist, die Vorausleistungen im Grundstückskaufpreis an den Veräußerer bezahlt, so kann eine Abtretung des Rückzahlungsanspruchs des Verkäufers an den Käufer erfolgen¹⁷. Zwar verweisen die Landeskommunalabgabengesetze regelmäßig hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung auf § 46 AO 1977. Die herrschende Meinung¹⁸ geht jedoch davon aus,

daß die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift nicht bedeutet, daß die Abtretung auf einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck erfolgen muß, welchen die Gemeinden in nahezu allen Fällen ohnehin nicht erstellt haben. Ausreichend ist, wenn die Abtretung Angaben zur Person des Abtretenden, des Abtretungsempfängers sowie zur Art und Höhe des abgetretenen Anspruchs enthalten. Dabei kann es auch genügen, daß sämtliche Ansprüche aus gezahlten Vorausleistungen an den Erwerber abgetreten werden, da insoweit die Höhe bestimmbar ist. Der Abtretungsgrund (§ 46 Abs. 3 AO 1977) ergibt sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung bereits aus dem Umstand des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages, in dem die Abtretung enthalten ist. Die Anzeige hat durch den abtretenden bisherigen Gläubiger zu erfolgen, der allerdings hierzu den Erwerber bevollmächtigen kann.

Eine ausführliche Formulierung könnte folgendermaßen lauten: Vorausleistungen und etwaige Erstattungsansprüche aufgrund aufgehobener Bescheide werden an den Erwerber abgetreten und sind mit dessen endgültiger Beitragsschuld zu verrechnen, und zwar auch dann, wenn überschüssige Leistungen zu erstatten sind; die Vertragsteile werden die Abtretung der Gemeinde selbst anzeigen.“

Aber auch aus einer kurzen Formulierung des Inhalts, daß Vorausleistungen und etwaige Erstattungen mit der endgültigen Beitragsschuld des Erwerbers zu verrechnen sind, dürfte sich konkludent die Abtretung der Vorausleistungen einschließlich etwaiger Rückzahlungsansprüche sowie die Verpflichtung der Vertragsteile, diese Abtretung der Gemeinde anzuzeigen, ergeben.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

31. BV Art. 83; II. WoBauG § 89 Abs. 2; BGB §§ 339 ff. (Nachzahlungspflicht bei „Einheimischenmodell“ als Vertragsstrafe)

Vereinbaren der Erwerber und die veräußernde Kommune bei einem Verkauf in einem sogenannten Einheimischenmodell für den Fall, daß der Erwerber das Vertragsobjekt innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht selbst nutzt, nach Wahl der Kommune ein Wiederkaufsrecht oder die Verpflichtung, die Differenz von Kaufpreis und Verkehrswert nachzuzahlen, ist die Nachzahlungspflicht als Vertragsstrafe zu behandeln, die der richterlichen Kontrolle unterliegt. Im Einzelfall kann die Geltendmachung der Vertragsstrafe nach Treu und Glauben unzulässig sein.
(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 27. 6. 1994 — 30 U 974/93 —, mitgeteilt von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Beklagte, ein Soldat, erwarb mit Notarvertrag vom 24. 5. 1982 von der Klägerin — einer Stadt in Südbayern — einen Bauplatz. In Ziffer XV des Vertrages verpflichtete sich der Käufer, auf die Dauer von 10 Jahren das Grundstück nicht zu veräußern und entweder das ganze zu errichtende Wohnhaus oder zumindest eine Wohnung darin nur selbst mit seiner Familie zu nutzen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde für die Klägerin ein Wiederkaufsrecht vereinbart; wahlweise sollte die Klägerin berechtigt sein, die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem zum Zeitpunkt des Verstoßes allgemein geltenden Kaufpreis für gleichartige Baugrundstücke zu verlangen.

⁸ So Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 3. Aufl., Rdnr. 776 u. 779 f.; Grziwotz, MittBayNot 1989, 9/10; ders., Baulanderschließung, S. 312 und Sailer, in: Cholewa/Dyong/von der Heide/Sailer, BauGB, 3. Aufl., § 133 Anm. 5 a.

⁹ BVerwG, NVwZ 1982, 377 und Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 4. Aufl., 133 Rdnr. 49.

¹⁰ Sailer (FN 8), § 133 Anm. 5 a. Zum Begriff der Verrechnung s. Deutsches Rechts-Lexikon, 2. Aufl., s. v. Verrechnung.

¹¹ Insoweit unklar Löhr (FN 9), § 133 Rdnr. 44.

¹² Grziwotz, MittBayNot 1993, 137/141 m. Hinw. auf die Rechtslage nach den Landes-KAG.

¹³ So ausdrücklich Löhr (FN 9), § 133 Rdnr. 44; Sailer (FN 8), § 133 Anm. 5 a und Schrödter, BauGB, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 26.

¹⁴ Vgl. allerdings zur Problematik nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge BGH, NJW 1994, 2283 = MittBayNot 1994 (in diesem Heft S. 460) u. kritisch dazu Grziwotz, Notarielle Pflicht zur Gesetzeskorrektur?, NJW 1994 (erscheint demnächst).

¹⁵ MittBayNot 1988, 121 = NJW 1988, 2099.

¹⁶ Brambring, EWiR § 436 BGB 1/88, 559/560.

¹⁷ Zur Zulässigkeit Grziwotz, MittBayNot 1989, 9 und Sailer (FN 8), § 133 Anm. 5 a a. E.

¹⁸ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1988, 45; Grziwotz, MittBayNot 1989, 9/11 f. und Sailer (FN 8), § 133 Anm. 5 a a. E.

Bei einer Routinekontrolle im Jahr 1991 stellte die Klägerin fest, daß der Beklagte das mittlerweile errichtete Haus vollständig vermietet hatte. Der Kläger war im Oktober 1989 versetzt worden, seine Familie war deshalb im Februar 1990 ausgezogen.

In der notariellen Urkunde hatte der Käufer 1054 qm zu einem Preis von 65 DM/qm (mit Erschließung 92 DM/qm) erworben. Im Jahr 1990 betrug der durchschnittliche Preis 282 DM/qm. Aufgrund der Umstände des Einzelfalls verlangt die Klägerin jedoch nur die Nachzahlung von 26.386,20 DM, also etwa 12% der sich nach dem Vertragswortlaut ergebenden Summe.

Der Beklagte sieht in der Nachzahlungsklausel einen Verstoß gegen das AGB-Gesetz und die guten Sitten.

Das Landgericht Augsburg hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG München die Vorentscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Berufung des Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch gemäß der Vereinbarung Nr. XV. 3. b), 2.) des notariellen Kaufvertrages vom 24. 5. 1982.

Bei dieser Verpflichtung handelt es sich um eine Vertragsstrafe gem. § 339 BGB. Vertragsstrafe ist eine Vermögensleistung (zumeist Zahlung einer Geldsumme), die der Schuldner aufgrund der mit dem Gläubiger getroffenen Vereinbarung im Falle einer Zuwiderhandlung gegen eine Vertragspflicht an den Gläubiger zu bewirken hat. Die Vertragsstrafe dient in erster Linie dazu, den Schuldner zur Vertragserfüllung anzuhalten (vgl. *Staudinger-Kaduk*, BGB, 12. Aufl., Vorbemerkungen zu § 339, Rdnr. 1-5).

Es handelt sich substantiell nicht um die Rückforderung einer Subvention. Davon könnte man dann sprechen, wenn die Parteien im Vertrag den allgemein üblichen Preis für das Vertragsgrundstück zum Vertragszeitpunkt festgelegt und vereinbart hatten, um wieviel dieser Preis ermäßigt wird, weil der Käufer Bürger der Stadt ist. Hier aber ist eine Differenzzahlung fällig zwischen Vertragspreis und Grundstückspreis zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung. Damit ist die Aufzahlung als Sanktion vorgesehen.

Grundsätzlich ist eine Vertragsstrafe verwirkt, wenn der Schuldner die Vertragsverletzung zu vertreten hat. Die Parteien können auch vereinbaren, daß eine Vertragsstrafe bereits dann verwirkt sein soll, wenn die Leistung aus einem Grund unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Dann käme der Vertragsstrafe eine garantieähnliche Funktion zu. Die Vertragsstrafe soll unter anderem vor einer Vertragsverletzung abschrecken und ist eine Art Druckmittel gegen den Schuldner (vgl. *Staudinger-Kaduk*, a. a. O., Rdnr. 7-14).

Der Vertrag enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, ob der Beklagte die Vertragsstrafe verwirkt haben soll, wenn er aufgrund eigenen zu vertretenden Entschlusses das Wohnen auf dem Vertragsgrundstück während der Bindungszeit aufgibt oder auch als Soldat aufgrund einer Versetzungsverfügung des Vorgesetzten, der er Folge zu leisten hat. Die Auslegung des Vertrages durch die Klägerin erfaßt auch den Versetzungsfall.

Der Anspruch auf Vertragsstrafe untersteht aber im besonderen Maße der Herrschaft von Treu und Glauben. (§ 242 BGB, vgl. *Staudinger-Kaduk*, BGB, 12. Aufl., § 339 Rdnr. 39). Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist insbe-

sondere dann anzunehmen, wenn wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Pflichtverletzung eine verhältnismäßig hohe Strafe gefordert wird (vgl. *Staudinger-Kaduk*, BGB, 12. Aufl., § 339 Rdnr. 55, § 242 Rdnr. 1264). Der Grundsatz von Treu und Glauben hat unter anderem die Aufgabe, im Einzelfall den Interessen ihren legitimen Rang zuzuweisen, die in speziellen Rechtsvorschriften nicht oder nicht in dem für erforderlich gehaltenen Maß geschützt werden oder eine nicht speziell geregelte Kollision an sich gleichermaßen anerkannter Interessen zu bewerten (vgl. Münchener Komm. — *Roth*, BGB, 2. Aufl., § 242, Rdnr. 31 und 13).

Im vorliegenden Fall kollidieren das Interesse der Klägerin, den von ihr in den Vordergrund gestellten „Subventionszweck“ für einen angemessenen Zeitraum zu sichern und das Interesse des Beklagten, einer Versetzung des Dienstherrn ohne schwerwiegende Nachteile für sich und die Familie Folge zu leisten. Dabei werden auch die Interessen der Bundesrepublik Deutschland tangiert, weil kein Beamter oder Soldat oder sonstiger Angehöriger des öffentlichen Dienstes mehr ohne Widerstand bereit sein wird, eine Versetzung hinzunehmen, die ihn einem Zahlungsanspruch von immenser Höhe — hier von ca. 221.500 DM — aussetzen kann, ohne daß er mit entsprechenden Ausgleichszahlungen rechnen kann.

Die Klägerin hält dem Beklagten entgegen, daß ein Arbeitnehmer immer mit beruflicher Veränderung, ein Soldat immer mit einer Versetzung rechnen müsse. So gesehen könnte in der Stadt X. z. B. ein Soldat ein Grundstück mit einem „subventionierten“ Preis nicht erwerben, weil er eine Versetzung nicht verhindern kann und bei einer Verlegung des Wohnsitzes mit einer u. U. beachtlichen Vertragsstrafe rechnen muß. Das vereinbarte Vertragsstrafversprechen ist viel zu pauschal gehalten und differenziert weder nach Grund noch nach Dauer des Wohnens auf dem erworbenen Grundstück noch nimmt es in voraussehbarer Weise auf die finanziellen Verhältnisse des Bauwerbers Rücksicht. Unerheblich ist, daß die Klägerin auf dem „Kulanzwege“ nicht die ihr nach ihrer Meinung zustehende „Aufzahlung“ von 221.490 DM, sondern zeitanteilig nach dem Verhältnis der tatsächlichen Eigennutzung bis zum Auszug zu der zehnjährigen Bindung nur 52.250 DM verlangt und davon wiederum nur die Hälfte einklagt. Entscheidend ist, was der Klägerin bei Anwendung des Vertragsstrafversprechens zustehen würde ohne Abhängigkeit vom freien Ermessen der Stadt X. Der Betrag von 221.490 DM steht in keinem vernünftigen Verhältnis zu der etwas über zweijährigen, rein dienstlich veranlaßten Unterbrechung des Wohnens des Beklagten auf dem Vertragsgrundstück.

Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen hält es der Senat für richtig, in diesem konkreten Einzelfall den Vertrag so zu handhaben, als ob sich die Bindungsfrist um den Zeitraum der Unterbrechung des Wohnens (17. 2. 1990 bis 23. 5. 1992) verlängert hätte und daß der Beklagte die vereinbarte Vertragsstrafe nicht verwirkt hat.

II. . . .

Anmerkung:

Das Urteil des OLG München betrifft die Probleme, die sich aus der kommunalen Baulandbereitstellung ergeben. Allerdings geht das Gericht in den knapp vier Seiten seiner Entscheidungsgründe hierauf mit keinem Wort ein. Die gesetzliche Regelung des städtebaulichen Vertrages, die ein-

schlägige höchstrichterliche Rechtsprechung und die zahlreiche Literatur zu dieser Problematik werden nicht gesehen.

1. Der Sachverhalt ist alltäglich: Eine Gemeinde veräußert in Erfüllung ihrer kommunalen Aufgabe (§ 89 Abs. 2 II. WoBauG u. Art. 83 Abs. 1 BV) ein Grundstück an einen bauwilligen Käufer. Dieser verpflichtet sich im Vertrag, das Grundstück innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu bebauen und zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen. Falls er gegen diese Verpflichtung verstößt, insbesondere das Grundstück veräußert, steht der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht zu. Da dessen Ausübung mitunter an der mangelnden Finanzkraft der Kommunen scheitert, wird diesen häufig alternativ das Recht eingeräumt, bei einem Verstoß gegen die vertraglichen Bindungen einen „Zusatzbetrag“ zum Kaufpreis zu fordern (vgl. nur *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 211 f.).

2. Die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen war bereits vor dem Inkrafttreten des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes anerkannt (*Grziwotz*, DVBl. 1991, 1348 ff. und *Busse*, BayVbl. 1993, 231). Es handelt sich um zivil- und nicht öffentlich-rechtliche Vertragsklauseln (ebenso *Jachmann*, MittBayNot 1994, 93/107 f.). Gerade im Städtebaurecht ist höchstrichterlich anerkannt, daß die Gemeinde ihre Ziele auch mit den Mitteln des Privatrechts wahrnehmen darf, wenn sie ihr zur Befriedigung eines rechtmäßigen Interesses am besten geeignet erscheinen und keine öffentlich-rechtlichen Normen und Rechtsgrundsätze entgegenstehen (BGH, NJW 1981, 916; NJW 1984, 924; MittBayNot 1984, 173; NJW 1985, 197 u. 1892 sowie BVerwG, NJW 1993, 2695 f. = MittBayNot 1993, 164; vgl. auch *Odersky*, in: FS BayNot 1987, 213/214 ff.). § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BauGB-MaßnahmenG geht nunmehr ausdrücklich von der Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen aus (vgl. nur *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 4. Aufl. 1994, § 124 Rdnr. 23 und *Cholewa*, in: *Cholewa/Dyong/von der Heide/Sailer*, BauGB, 3. Aufl. 1994, § 1 Städtebauliche Verträge, Anm. 8 und *Runkel*, in: *Portz/Runkel*, Baurecht für die kommunale Praxis, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 228). Auch aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich die Berechtigung der Gemeinden über den Grundstücksverkehr auf die örtliche Struktur und Bautätigkeit einzuwirken (BVerwG, NJW 1993, 2695/2697).

Die Mobilisierung von Bauland zur Behebung der Wohnungsnot muß zu vertretbaren Preisen erfolgen (*Thallmair*, in: *Glück* (Hrsg.), Wege zum Bauland, 1994, S. 27). Zur Förderung des Wohnraums ist es Gemeinden auch hausrechtlich gestattet, ihre Grundstücke unter dem vollen Wert, d. h. dem Verkehrswert zu veräußern (Art. 75 Abs. 1 u. Abs. 3 S. 2 GO). Die Gemeinden sind hierbei verpflichtet, die entsprechende Zweckverwendung sicherzustellen (vgl. *Masson/Samper*, Art. 75 GO Rdnr. 2).

3. Diese rechtliche Ausgangslage wird vom OLG München, das sich auf zwei Kommentirstellen zur Vertragsstrafenproblematik beschränkt, nicht erörtert. Nur kurz sieht das Gericht die Möglichkeit einer „Subvention“, verneint sie aber sogleich wieder mit dem Argument, daß in der notariellen Urkunde keine Ermäßigung eines Verkehrswertes festgelegt worden sei. Dies ist in zweifacher Weise ungenügend: Zum einen gibt das OLG München nicht an, was es unter „Subvention“ versteht. Die ganz h. M. geht von einer Geldleistung aus, die ein Verwaltungsträger in Verfolgung eines bestimmten wirtschafts- oder gesellschafts-

politischen Zwecks an eine Privatperson vergibt (s. nur BVerfGE 17, 210/216 u. 72, 175/193 sowie *Badura*, in: *von Münch/Schmid-Aßmann*, BesVerwR, 9. Aufl. 1992, S. 228 und *Frotscher*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1994, Rdnr. 377). Ein finanzieller Zuschuß aus kommunalen Haushaltsmitteln erfolgt bei der kommunalen Eigenheimförderung durch die Vergabe gemeindeeigener Baugrundstücke typischerweise nicht. Zum anderen versperrt sich das OLG München durch seinen Subventionsbegriff die Sicht auf das eigentliche Problem der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Bereich des Wohnungsbaus und der Entwicklung der örtlichen Gemeinschaft. Dieser Zweck war in Ziffer XV des notariellen Kaufvertrags, wozu aber wohl keine Verpflichtung bestand (vgl. BVerwG, NJW 1990, 1679), sogar ausdrücklich genannt: „Der Verkauf des Grundstücks an den Erwerber erfolgt zur Erstellung eines Wohnhauses und dessen Bezug durch den Erwerber.“ Die Gemeinde ist bei der Veräußerung von Baugrundstücken, auch wenn es sich um privatrechtliche Verträge handelt, nicht völlig frei, sondern ist bei der Auswahl unter den konkurrierenden Bewerbern, d. h. der sog. Vergabeentscheidung, an den Gleichheitssatz gebunden (vgl. OVG Koblenz, DÖV 1993, 351 sowie *Kössinger*, Die Vergabe gemeindlicher Baugrundstücke, 1987, 39 ff.). Eine entsprechende Bindung der Gemeinde dürfte auch bei einem Verstoß des Erwerbers gegen die übernommenen Verpflichtungen bestehen.

Die Sicherung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung im Bereich des Städtebaus, einer gemischt privaten und öffentlichen Aufgabe (*Stich*, in: *Kormann* (Hrsg.), Das neue Bundesbaurecht, 1994, 9/16), erfolgt regelmäßig durch ein Wiederkaufsrecht, für das eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen wird (*Runkel*, a. a. O., Rdnr. 228). Übt die Gemeinde dieses bei einem Verstoß aus, bezahlt sie als Wiederkaufspreis meist den vom Eigentümer bezahlten Preis, etwaige Erschließungs- und Anschlußkosten sowie Verwendungen i. S. von § 500 BGB; eine Verzinsung erfolgt nicht (so z. B. das Forchheimer und Pfaffenhofer Modell, vgl. *Glück* (Hrsg.), a. a. O., S. 127 ff.). Die Gemeinde kann sodann das Grundstück nur zu dem bei der erneuten Beurkundung bestehenden Verkehrswert veräußern, sofern nicht wiederum eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird.

Da die Gemeinden in vielen Fällen entweder die finanziellen Mittel für den Rückkauf nicht besitzen oder das Marktrisiko für die Veräußerung eines teilweise fertigen Wohnhauses nicht tragen wollen, wird versucht, das vorbezeichnete Ergebnis durch Vertragsklauseln zu erreichen, die den Erwerber verpflichten, die Differenz zwischen dem seinerzeitigen Kaufpreis und dem Verkehrswert zu bezahlen, der bei der Vertragsverletzung maßgeblich ist. Die Gemeinde wird dadurch so gestellt, wie sie nach Rückforderung und Weiterverkauf stehen würde. Ob die Gemeinde lediglich die Differenz zu dem seinerzeitigen Verkehrswert, und zwar zuzüglich Zinsen, verlangen dürfte, ist im Hinblick auf das bestehende Wiederkaufsrecht und die Verpflichtung zur Veräußerung zum Verkehrswert zumindest fraglich. Der Schaden besteht — entgegen der Ansicht des OLG München — nämlich nicht allein im Unterschied zwischen seinerzeitigem Verkehrswert und dem vereinbarten Kaufpreis. Die Gemeinde hat die betreffenden Grundstücke nur im Rahmen einer öffentlichen Aufgabenerfüllung veräußert. Wegen des Schutzes von Mitbewerbern hätte sie an einen Käufer nicht veräußern dürfen, und zwar auch nicht zum Verkehrswert, der nicht bereit war, über die gesamte

Dauer der vereinbarten Bindung das Vertragsgrundstück vereinbarungsgemäß zu nutzen. Der „öffentlich-rechtliche Schaden“ besteht deshalb zusätzlich in der Nichterreichung einer öffentlichen Aufgabe. Handelt es sich beispielsweise um die Bereitstellung von Wohnraum für Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen, so kann die Gemeinde, wenn ihr nur die seinerzeitige Differenz zum Verkehrswert bezahlt wird, angesichts gestiegener Grundstückspreise ihre öffentliche Aufgabe nicht mehr erfüllen. Der Umstand, daß die Schadensersatzpflicht den seinerzeitigen Verkehrswert übersteigt, beruht auf dem Ausgleichsprinzip, führt jedoch nicht zu einem pönalen Charakter der Vereinbarung (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 53. Aufl., vor § 249 Rdnr. 4 ff.).

Es ist deshalb fraglich, ob Abreden über die Zahlung Vertragsstrafen darstellen. Nach h. M. liegen solche nur vor, wenn sowohl die Erfüllung durch den Schuldner mittels Druck gesichert als auch dem Gläubiger der Schadensnachweis erleichtert wird (so *MünchKomm/Gottwald*, 3. Aufl., vor § 339 Rdnr. 3 und *BGB-RGRK/Ballhaus*, 12. Aufl., vor §§ 339-345, Rdnr. 1, jeweils m. w. N., a. A. *Soergel/Lindacher*, 12. Aufl., vor § 339 Rdnr. 5). Da bei der vorliegenden Konstellation bereits ein Rückforderungsrecht der Gemeinde bestand, läßt sich die Meinung vertreten, daß durch die „Aufzahlung“ nur der „öffentlich-rechtliche Schaden“ ersetzt werden sollte; dann handelt es sich nach h. M., aber auch nach der von *Soergel/Lindacher* (a. a. O.) vertretenen Mindermeinung, die allein auf die Realerfüllungssicherung abstellt, dogmatisch um keine Vertragsstrafe.

Letztlich kann die Einordnung sogar offen bleiben, denn selbst bei Annahme einer Vertragsstrafe, könnte diese nicht nach § 343 BGB durch Urteil herabgesetzt werden. Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 26. 11. 1927 (RGZ 119, 146/151) ist es nämlich allgemeine Ansicht, daß auf einem Gesetz beruhende Zuschläge nicht herabgesetzt werden können (s. nur *MünchKomm/Gottwald*, § 343 Rdnr. 6). Keine Probleme dürfte der Kaufpreisteil bereiten, den die Gemeinde nach Art. 75 BayGO als Differenz zum seinerzeitigen Kaufpreis fordern muß. Auch die weitere „Aufzahlung“, die darauf beruht, daß die Gemeinde das Grundstück zum Schutz vertragstreuer Interessenten zurückfordern und bei einer Weiterveräußerung nach einer Rückforderung nur zum nunmehrigen Verkehrswert veräußern dürfte, läßt sich über diese Bestimmung rechtfertigen. Zusätzlich kann auch der „öffentlich-rechtliche Schadensbegriff“, der in der Nichterreichung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung und der ansonsten gleichheitswidrigen Behandlung eines vertragsbrüchigen Erwerbers liegt, Grundlage für die entsprechende Zahlungspflicht sein. Die Gemeinde darf auf diesen Anspruch nicht verzichten (Art. 75 Abs. 3 BayGO). Einschränkungen der Rechte der Gemeinde können sich wegen der Bindung an den Gleichheitssatz nur in atypischen Ausnahmefällen aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ergeben. Dabei ist zu beachten, daß die vertragsuntreue Partei nicht noch dadurch belohnt werden darf, daß sie sich durch Zahlung des früheren Verkehrswertes von ihren Verpflichtungen gleichsam loskaufen kann.

4. Bei der Formulierung von Aufzahlungspflichten privater Grundstückserwerber sollte — auch zur Vermeidung von Fehlinterpretationen bei Zivilgerichten — vereinbart werden, daß die Gemeinde nach ihrer Wahl anstelle der Aus-

übung des Wiederkaufsrechtes zur Erfüllung der Verpflichtungen aus Art. 75 GO und wegen der Nichterreichung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung die Zahlung eines zusätzlichen Kaufpreisbetrages verlangen kann. Handelt es sich nicht um eine bereits fixierte Summe, kann diese als Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert zum Zeitpunkt der Nichterfüllung der Verpflichtung (alternativ: dem heutigen Verkehrswert) für gleichartige Baugrundstücke in der Gemeinde definiert werden.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Kostenrecht

32. KostO § 3 Nr. 3 (*Keine Kostenhaftung im Außenverhältnis aufgrund § 449 BGB*)

Eine Kostenhaftung nach § 3 Nr. 3 KostO kann nicht auf § 449 BGB gestützt werden, weil diese Bestimmung nur das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern regelt.

BayObLG, Beschluß vom 11. 5. 1994 — 3 Z BR 80/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellem Erbbaurechtsvertrag vom 1. 9. 1992 bestellte die Bundesrepublik Deutschland (Bundeseisenbahnvermögen) der Beteiligten ein Erbbaurecht. In § 23 (Kosten und Gebühren) wurde vereinbart:

„Der Erbbauberechtigte übernimmt sämtliche aus Anlaß der Erbbaurechtsbestellung entstehenden Kosten und Gebühren, insbesondere die der Errichtung, des Vollzugs, der Ausfertigung und der Abschriften der Urkunde, der Katasterfortführung, der Abmarkung und Vermessung einschl. der evtl. Auswechslung von Bahngrenzsteinen gegen ortsübliche Grenzsteine, der Messungsanerkennung und Auflassung sowie für die Privatauszüge aus dem Veränderungsnachweis und des Koordinatenverzeichnis für die Deutsche Bundesbahn, ferner die ggf. anfallende Grunderwerbssteuer nebst Zuschlägen usw.“

Mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 5. 2. 1993 legte der beurkundende Notar eine beglaubigte Abschrift seiner Urkunde vor und beantragte:

„Ich bitte, den Anträgen der Grundstückseigentümerin (§ 19 der Urkunde) zu entsprechen.

Die Grundstückseigentümerin nimmt Befreiung von den Gerichtsgebühren in Anspruch. Im übrigen hafte ich für anfallende Kosten (Auslagen) persönlich.“

2. Für die Eintragung als Erbbauberechtigte forderte der Kostenbeamte des Grundbuchamts von der Beteiligten mit Kostenrechnung vom 26. 4. 1993 eine Gebühr von 45.047 DM.

Hiergegen legte die Beteiligte Erinnerungen ein. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Erbbauberechtigte nicht Kostenschuldnerin geworden sei. Sie habe weder Antrag auf Grundbucheintragung i. S. des § 2 Nr. 1 KostO gestellt noch könne in der getroffenen Kostenvereinbarung eine Kostenübernahme dem Gericht gegenüber nach § 3 Nr. 2 KostO gesehen werden.

Das Landgericht hat auf die Beschwerde der Beteiligten die Kostenrechnung aufgehoben. Die hiergegen erhobene weitere Beschwerde der Staatskasse blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beteiligte ist hinsichtlich der Kosten der Eintragung des Erbbaurechts nicht Kostenschuldnerin geworden.

a) In Grundbuchsachen (§§ 60 ff. KostO) ist Kostenschuldner nach § 2 Nr. 1 KostO, wer nach dem Grundbuchverfahrensrecht (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) dem Grundbuchamt gegenüber als Antragsteller gilt (*Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl. Rdnr. 13, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend — *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. Rdnr. 50 zu § 2). Hier hat der Notar allein im Namen der Grundstückseigentümerin Bundesrepublik Deutschland Eintragungsantrag gestellt (§ 15 GBO), so daß die Kostenhaftung der Beteiligten nach § 2 Nr. 1 KostO ausscheidet.

b) Die Beteiligte ist auch nicht Übernahmeschuldnerin nach § 3 Nr. 2 KostO geworden. Die Übernahme von Kosten i. S. dieser Bestimmung ist die einseitige vor Gericht abgegebene oder dem Gericht mitgeteilte Erklärung eines Beteiligten oder eines Dritten, die Zahlung von Kosten als Schuldner der Staatskasse zu übernehmen; die Erklärung kann dem Gericht gegenüber mündlich oder schriftlich, auch durch einen bevollmächtigten Vertreter abgegeben werden. An ihren Inhalt sind keine strengen Anforderungen zu stellen, jedoch muß aus ihr mit Deutlichkeit hervorgehen, daß die Übernahme gegenüber dem Gericht gewollt ist (allgemeine Meinung vgl. BayObLG DNotZ 1985, 563 f. [= MittBayNot 1984, 147]; *Rohs/Wedewer*, § 3 Rdnr. 12). Die in einem Rechtsgeschäft enthaltene Erklärung (hier § 23 der notariellen Urkunde), daß ein Beteiligter die Kosten übernehme, wirkt nach h. M. grundsätzlich nur zwischen den Vertragsparteien selbst (BayObLGZ 173, 298/301 [= MittBayNot 1973, 394]; BayObLG DNotZ 1985, 563/564 [= MittBayNot 1984, 147]; SchlHOLG JurBüro 1982, 429; *Rohs/Wedewer*, a. a. O.; *Korintenberg* § 3 Rdnr. 13; *Göttlich/Mümmeler*, KostO 11. Aufl. Stichwort „Kostenschuldner“ S. 732; *Hartmann*, Kostengesetze 25. Aufl., § 3 KostO Rdnr. 5); unter welchen Voraussetzungen sie den Übernehmer möglicherweise auch gegenüber dem Notar zum Schuldner der Kosten machen kann (vgl. BayObLGZ 1984, 178/180), kann hier dahingestellt bleiben.

Jedenfalls fehlt es im vorliegenden Fall an einer Kostenübernahmeerklärung der Beteiligten gegenüber dem Grundbuchamt. Der Notar hat seine Urkunde dem Grundbuchamt im Namen der Grundstückseigentümerin Bundesrepublik Deutschland zum Vollzug vorgelegt und darauf hingewiesen, daß die Grundstückseigentümerin Befreiung von Gerichtsgebühren in Anspruch nehme. Er hat damit gegenüber der Staatskasse zum Ausdruck gebracht, daß die Beteiligte gerade keine Kosten übernehmen wolle.

c) Letztlich ist auch ein Fall des § 3 Nr. 3 KostO nicht gegeben. Danach muß die Kostenhaftung einer juristischen oder natürlichen Person bestehen; der weitere Kostenschuldner muß nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts verpflichtet sein, für die in der Person des anderen Kostenschuldners bestehende Kostenschuld der Staatskasse gegenüber einzustehen (BayObLGZ 1985, 368/370 [= DNotZ 1986, 177]; *Korintenberg*, § 3 Rdnr. 27).

Hier scheidet eine Haftung der Beteiligten nach § 3 Nr. 3 KostO schon deshalb aus, weil § 449 BGB nur eine Kostentragungspflicht der Beteiligten gegenüber ihrem Vertragspartner Bundesrepublik Deutschland begründet, nicht aber gegenüber der Staatskasse (BayObLG DNotZ 1985, 563/564 [= MittBayNot 1984, 147]; *Rohs/Wedewer*, Rdnr. 15, *Korintenberg*, Rdnr. 27, je zu § 3; *Hartmann*, § 3 KostO Rdnr. 9; *Palandt/Putzo*, BGB, 53. Aufl. § 449 Rdnr. 2).

33. KostO §§ 156 Abs. 1 S. 2, 39 Abs. 1, 30 Abs. 1 (*Geschäftswert der Beurkundung einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde*)

1. Die Beschwerde eines Beteiligten, der von dem Notar auf einen Bruchteil der berechneten Kosten in Anspruch genommen wird, führt im Umfang der erhobenen Beanstandung zu einer Sachentscheidung über den Kostenanspruch insgesamt. Zu dem Verfahren sind als weitere Beteiligte diejenigen Personen hinzuzuziehen, die von dem Notar auf weitere Bruchteile der berechneten Kosten in Anspruch genommen worden sind.
2. Der Geschäftswert für eine Grundlagen- und Verweisungsurkunde im Sinne des § 13 a BeurkG, die keine rechtsgeschäftliche Erklärung enthält, kann nicht nach § 39 Abs. 1 KostO bemessen werden; er ist vielmehr gem. § 30 Abs. 1 KostO nach pflichtgemäßem Ermessen zu berechnen (Abweichung von OLG Schleswig DNotZ 1990, 679 — JurBüro 1990, 741).
3. Unentschieden bleibt, ob für die Beurkundung einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO oder eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben ist.

OLG Hamm, Beschluß vom 28. 1. 1994 — 15 W 305/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beschwerdeführer erwarben von der B. GmbH, einer Bauträgergesellschaft, ein von dieser zu errichtendes Reihenhaus samt Grundstück.

Alle — insgesamt 14 — Reihenhäuser wurden unter Bezugnahme auf dieselbe Baubeschreibung samt Plänen verkauft, die die Verkäuferin in einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde im Sinne des § 13 a BeurkG bei dem Notar vorher hatte beurkunden lassen. Im Bauträgervertrag verpflichteten sich die Beschwerdeführer gegenüber der Verkäuferin, neben den Kosten des Bauträgervertrages auch 1/14 der Kosten für die Grundlagenurkunde zu tragen.

Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen, daß der Notar ihnen gegenüber bei seiner Kostenberechnung den Wert der Grundlagenurkunde entsprechend den Gesamtbaukosten auf 2,1 Millionen DM angesetzt hat. Sie meinen, der Wert dürfe nach § 30 Abs. 1 KostO nur mit einem bestimmten Vmhündertsatz der Baukosten angesetzt werden.

Das Landgericht hat die Beschwerde abgewiesen; die zugelassene weitere Beschwerde führte zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO). Die weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ausgegangen. . . .

Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einem Verfahrensmangel. Nach § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO soll das Gericht vor seiner Entscheidung „die Beteiligten“ und die vorgesetzte Dienstbehörde des Notars hören. Daß diese Bestimmung trotz ihrer Fassung als Sollvorschrift den Charakter einer zwingenden Verfahrensvorschrift hat, ist

heute allgemein anerkannt (*Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 156 Rdnr. 35 a; BayObLG JurBüro 1985, 583 [= MittBayNot 1985, 48]; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. etwa JurBüro 1992, 343). Dies folgt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, wonach die Anhörung der Beteiligten sowohl die Gewährung des rechtlichen Gehörs als auch die erforderliche Sachaufklärung (§ 12 FGG) sichern soll. Beteiligte im Sinne dieser Bestimmung sind deshalb außer dem Notar und dem Beschwerdeführer alle Personen, die nach gesetzlicher Vorschrift Schuldner der vom Notar berechneten Kosten sind. Dazu gehört im vorliegenden Fall gem. 2 Nr. 1 KostO zunächst die Firma B. GmbH deren Erklärung beurkundet worden ist. Zu den von Amts wegen zum Verfahren hinzuzuziehenden Beteiligten sind aber auch die übrigen Erwerber im Bauvorhaben zu rechnen, denen der Beteiligte zu 2) aufgrund gleichartiger Erklärungen in den Erwerbsverträgen weitere Bruchteile der für die Beurkundung der Grundlagen- und Verweisungsurkunde entstandenen Kosten berechnet hat. Ist die Kostenberechnung des Notars von einem Kostenschuldner angegriffen, der von diesem nur auf Zahlung eines Bruchteils der Kosten in Anspruch genommen worden ist, so muß der gesamte Kostenanspruch des Notars anderweitig festgesetzt werden, wenn sich die Beanstandung als berechtigt erweist (vgl. KG JVBL 1942, 181 = DNotZ 1943, 17; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 156 Rdnr. 42). Daraus folgt zugleich, daß die sachliche Entscheidung nur allen Beteiligten gegenüber einheitlich ergehen kann, somit auch die auf weitere Bruchteile in Anspruch genommenen Kostenschuldner zu dem Verfahren hinzugezogen werden müssen. Denn nur so kann gewährleistet werden, daß die materielle Rechtskraft der ergehenden Entscheidung alle Beteiligten bindet.

Die Entscheidung des Landgerichts beruht auch auf diesem Verfahrensmangel. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Landgericht bei Hinzuziehung der weiteren Beteiligten zu einer anderen Sachentscheidung gelangt wäre, zumal die Entscheidung des Landgerichts auch in der Sache rechtlicher Nachprüfung nicht standhält. Nach Auffassung des Senats erfordert die Geschäftwertberechnung im vorliegenden Fall eine Ermessensentscheidung, zu der Stellung zu nehmen den übrigen Beteiligten zunächst Gelegenheit gegeben werden muß.

Im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO ist das Beschwerdegericht an die gestellten Anträge gebunden. Über das hinaus, was sich ausdrücklich aus einem gestellten Antrag oder im Wege der Auslegung des Beschwerdevorbringens als Begehren ergibt, ist die Nachprüfung der Kostenberechnung des Notars nicht zulässig (KG DNotZ 1939, 137 = JVBl. 1939, 12; OLG Hamm RPflegler 1964, 88 = JurBüro 1964, 70; BayObLGZ 1987, 341 f. [= MittBayNot 1987, 274]; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 156 Rdnr. 11). Die anwaltlich vertretenen Beteiligten zu 1) haben im Erstbeschwerdeverfahren ausschließlich die Berechnung des Geschäftswertes in der angefochtenen Kostenberechnung beanstandet. Den Ansatz der Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO in dieser Kostenberechnung haben sie hingegen unbeanstandet gelassen. . . .

Indessen besteht im vorliegenden Fall der von dem Landgericht angenommene Zusammenhang zwischen Gebührenansatz und Geschäftwertberechnung nicht. Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen:

In der Rechtsprechung und Literatur wird die Frage, ob für die Beurkundung einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde im Sinne des § 13 a BeurkG eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO anfällt oder ob lediglich eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Höhe der Hälfte der vollen Gebühr entsteht, unterschiedlich beantwortet (für die Anwendung des § 36 Abs. 1 KostO: KG DNotZ 1987, 381 = JurBüro 1987, 587; OLG Schleswig DNotZ 1990, 679 = JurBüro 1990, 741; LG Hannover, JurBüro 1992, 552; *Bengel* DNotZ 1985, 574 ff.; für die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO: BayObLG DNotZ 1985, 572 = JurBüro 1985, 1074; *Mümmeler*, JurBüro 1980, 1630, 1634; *Kuntze* DNotZ 1987, 584; *Rohs/Wedewer*, a. a. O. § 147 Rdnr. 9). Die Auffassung, daß für die Beurkundung der Grundlagen- und Verweisungsurkunde eine Gebühr in (ggf. entsprechender) Anwendung des § 36 Abs. 1 KostO zu erheben sei, führt indessen nicht zwingend dazu, daß der Geschäftswert nach § 39 Abs. 1 KostO in Höhe der vollen Gesamtbaukosten anzunehmen ist. Diese Auffassung wird zwar von dem OLG Schleswig (a. a. O.) vertreten. Der Senat kann sich dieser Auffassung indessen nicht anschließen.

Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht. Die Geschäftwertberechnung nach dieser Vorschrift setzt also voraus, daß eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung beurkundet worden ist. Soweit das OLG Schleswig (a. a. O.) auf den Wert der beurkundeten Erklärung unabhängig von seiner rechtsgeschäftlichen Qualität abstellen will, wird seine Auffassung durch die von ihm angegebene Kommentarstelle (*Baumbach/Hartmann*, KostG, 25. Aufl., § 39 Rdnr. 2) nicht belegt. Ist Gegenstand der Beurkundung kein Rechtsgeschäft, so kann der Geschäftswert nicht nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO berechnet werden. Denn diese Vorschrift führt zu einer pauschalen Bewertung, die allein an dem Wert des Rechtsverhältnisses ausgerichtet ist, das Gegenstand der beurkundenden Willenserklärung ist. Hingegen kommt es für die Bewertung nicht auf das persönliche Interesse der Beteiligten an der Beurkundung des Rechtsgeschäfts an. So richtet sich etwa der Geschäftswert auch dann nach dem vollen Wert des Rechtsverhältnisses, wenn ein formfreies Rechtsgeschäft von den Beteiligten bereits wirksam vorgenommen worden ist und die Beurkundung lediglich der Beweissicherung dient (vgl. etwa *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 39 Rdnr. 1). Diese Bewertungsgrundlage entfällt indessen, wenn die Beurkundung keinerlei rechtsgeschäftlichen Charakter hat. So liegt der Fall hier.

Die Grundlagen- und Verweisungsurkunde, die der Beteiligte zu 2) hier aufgenommen hat, dient ausschließlich dem Zweck, die spätere Beurkundung der Bauträgerverträge mit den einzelnen Erwerbern zu erleichtern, indem sie die Möglichkeit eröffnet, die Einzelheiten der Baubeschreibung durch bloße Verweisung nach § 13 a Abs. 1 BeurkG in die Erwerbsverträge einbeziehen zu können. Diese Verfahrensweise dient entgegen der von den Beteiligten zu 1) und dem Präsidenten des Landgerichts vertretenen Auffassung nicht etwa lediglich der Arbeiterleichterung für den Notar. Sinn und Zweck der nach § 13 a Abs. 1 BeurkG ermöglichten Verfahrensweise ist es vielmehr, die notarielle Beurkundung frei zu halten vom ermüdenden Vorlesen von Baubeschreibungen und Gemeinschaftsordnungen, und die Aufnahmefähigkeit der Beteiligten für das Wesentliche, nämlich die

notariellen Belehrungen, zu erhalten (vgl. *Fischer DNotZ* 1982, 153, 158). Die Aufnahme einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde hat also nur einen beurkundungstechnischen Charakter, indem sie einen Bestandteil der später zu beurkundenden Erwerbsverträge verselbständigt und diesen durch die Zulässigkeit der Bezugnahme von den beurkundungsrechtlichen Formvorschriften beim Abschluß der Erwerbsverträge freistellt. Unter diesem Gesichtspunkt handelt es sich quasi um einen verselbständigten Textbaustein für die später noch abzuschließenden Erwerbsverträge. Auch die hier von dem Beteiligten zu 2) aufgenommene Grundlagen- und Verweisungsurkunde geht ihrem Inhalt nach über diese beurkundungstechnische Bedeutung nicht hinaus. Sie enthält insbesondere keinerlei rechtsgeschäftliche Willenserklärungen des Bauträgers. Eine solcher ergibt sich insbesondere nicht aus dem oben wiedergegebenen Einleitungssatz der Urkunde. Denn eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Errichtung der Reiheneigenheime nach Maßgabe der anschließend wiedergegebenen Baubeschreibung sollte nicht durch die Urkunde Nr. 239/1989, sondern erst durch die später abzuschließenden Verträge mit den Erwerbern begründet werden. Deshalb handelt es sich hier auch nicht um ein bedingtes Vertragsangebot. Denn die Baubeschreibung enthält gerade nur einen Teil derjenigen schuldrechtlichen Verpflichtungen, die erst durch den Abschluß der Erwerbsverträge begründet werden sollten.

Da die Kostenordnung auch sonst keine Vorschrift über die Bewertung einer Grundlagen- und Verweisungsurkunde enthält, kann die Geschäftswertberechnung somit nur auf der Grundlage des § 30 Abs. 1 KostO durchgeführt werden. Die Schätzung des Geschäftswertes ist danach in das „freie“ (genauer: pflichtgemäße) Ermessen des Gerichts gestellt. Unter diesem Gesichtspunkt sind für die Bewertung deshalb dieselben Gesichtspunkte maßgebend, die das BayObLG in seiner oben genannten Entscheidung (insoweit nur in *JurBüro* 1985, 1076 abgedruckt) auf der Grundlage der von ihm angewandten Gebührevorschrift des § 147 Abs. 2 KostO herangezogen hat. Zu bewerten ist also das wirtschaftliche Interesse des Bauträgers an der Errichtung der Verweisungsurkunde, aber auch die Auswirkungen der Urkunde auf spätere Beteiligte. Zu bewerten sind darüber hinaus die Verantwortung und das Haftungsrisiko des Notars, wobei im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen ist, daß es sich bei der Baubeschreibung um von der Bauträgerin ausgearbeitete technische Einzelheiten des Bauvorhabens handelt, die der Notar im einzelnen nicht zu überprüfen hat. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist alsdann ausgehend von den Gesamtbaukosten als Beziehungswert ein Vomhundertsatz als Geschäftswert anzunehmen. Die insoweit erforderliche Ermessensentscheidung kann der Senat nicht abschließend vornehmen, weil das Landgericht nicht alle betroffenen Beteiligten zum Verfahren hinzugezogen hat. Den Beteiligten insgesamt muß noch Gelegenheit zur Stellungnahme zu der zu treffenden Ermessensentscheidung gegeben werden.

34. KostO §§ 26, 44 Abs. 1, 154, 156 Abs. 2 Satz 4 (*Nachschieben einer ordnungsgemäßen Kostenberechnung im Verfahren der weiteren Beschwerde zulässig*)

1. **Hat das Landgericht im Erstbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO eine Sachentscheidung getroffen und dabei einen Formmangel der notariellen Kostenberechnung übergangen, so handelt es sich um einen Verfahrensmangel, der durch die Erteilung einer neuen, nunmehr formgerechten Kostenberechnung auch noch im Verfahren der weiteren Beschwerde geheilt werden kann. An seiner gegenteiligen bisherigen Rechtsprechung hält der Senat nicht länger fest.**
2. **Übernimmt eine Handelsgesellschaft, die als Kommanditistin an einer Kommanditengesellschaft beteiligt ist, durch Vereinbarung mit dem weiteren Gesellschafter das Vermögen der Gesellschaft mit Aktiven und Passiven, so hat die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO. Der Geschäftswert ist nach Maßgabe des § 26 Abs. 2 bis 4 KostO zu berechnen.**

OLG Hamm, Beschluß vom 29. 3. 1994 — 15 W 383/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Beteiligte zu 1), ein Notar, beglaubigte zwei Handelsregisteranmeldungen des Inhalts, daß jeweils eine GmbH & Co. KG durch Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters aufgelöst, die Firma erloschen und das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven im Wege der Anwachsung auf die Kommanditistin, die Beteiligte zu 2), übergangen sei.

Seiner Kostenberechnung legte der Notar jeweils den Bilanzwert des übernommenen Vermögens der KG zugrunde. Anlässlich einer Geschäftsprüfung wies der Landgerichtspräsident ihn an, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen, da nach seiner Ansicht ausgehend von den Betriebsvermögeneinheitenwerten Stufenwerte anzusetzen seien.

Das Landgericht hat durch Beschluß die Kostenrechnung entsprechend abgeändert, jedoch die weitere Beschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage zugelassen, wie die Erklärung der Übernahme des Geschäftsvermögens zu bewerten sei.

Der Notar hat dagegen weitere Beschwerde eingelegt. Im Verfahren der weiteren Beschwerde hat der Senat des OLG den Notar auf seine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der ursprünglichen Kostenrechnung hingewiesen. In dieser hatte der Notar die einschlägigen Vorschriften der KostO nur nach Paragraphen (ohne Absätze, Sätze und Nummern) zitiert. Der Notar hat daraufhin seine Kostenberechnung während des Verfahrens der weiteren Beschwerde neu gefaßt. Die weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO zulässigen Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1) ausgegangen.

Ein Verfahrensmangel der landgerichtlichen Entscheidung liegt indessen darin, daß die Kammer die Formwirksamkeit der beiden Kostenberechnungen des Beteiligten zu 1) nicht überprüft hat. Nach § 154 Abs. 1 KostO dürfen dem Notar selbst zufließende Kosten nur aufgrund einer dem Zahlungspflichtigen mitgeteilten, von dem Notar unterschriebenen Berechnung der Gebühren und Auslagen eingefordert werden. Nach Absatz 2 der Vorschrift sind in der Berechnung der Geschäftswert, die Gebührenvorschriften, die Beträge der angesetzten Gebühren und Auslagen sowie etwa verauslagte Gerichtskosten und empfangene Zuschüsse anzugeben. Eine Kostenberechnung, die diesen Anforderungen nicht entspricht, ist unwirksam. Der Senat vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß nur eine diesen Formerfordernissen entsprechende Kostenberechnung Grundlage für eine sachliche Überprüfung des Kostenanspruches sein kann. Eine nicht ordnungsgemäße Kostenberechnung unterliegt daher ohne weiteres der Aufhebung (Senat DNotZ 1971, 756; zu der entsprechenden ständigen Rechtsprechung des BayObLG vgl. BayObLGZ 1981, 348, 351). Das Vorliegen einer formell ordnungsgemäßen Kostenrechnung ist daher Verfahrensvoraussetzung für eine Sachentscheidung des Landgerichts im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO; dies gilt auch für das Verfahren der Anweisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO.

Die Kostenberechnungen des Beteiligten zu 1) in ihrer ursprünglichen Fassung vom 20. 3. 1991 entsprechen nicht den Anforderungen des Zitiergebots nach § 154 Abs. 2 KostO. Der Senat hat bereits in seinem Beschluß vom 31. 10. 1991 (15 W.187/91 = JurBüro 1992, 343) entschieden, daß das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO den Notar zwingt, die jeweilige gebührenbegründende Vorschrift in der Kostenberechnung vollständig und genau anzugeben. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und etwaige weitere Untergliederungen in der Kostenberechnung aufzuführen. Davon ausgehend hat der Senat unter anderem hervorgehoben, die Anführung des § 145 KostO ohne weitere Untergliederung genüge den Anforderungen des Zitiergebotes nicht. Denn § 145 KostO enthält insbesondere seit der ab dem 1. 1. 1987 geltenden Neufassung mehrere selbständige Gebührentatbestände. Es handelt sich im übrigen um eine insbesondere für den Laien überaus schwer verständliche Vorschrift. Der Notar hätte deshalb den hier angewandten Gebührentatbestand des Absatzes 1 Satz 1 der Vorschrift des § 145 KostO genau bezeichnen müssen (ebenso OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 661, 662). Die Ausführungen des Beteiligten zu 1) geben dem Senat keinerlei Anlaß, von seiner Rechtsprechung abzuweichen. Insbesondere kann dem Kostenschuldner nicht angesonnen werden, sich den im Rahmen des § 145 KostO tatsächlich angewandten Gebührentatbestand erst durch den Zusammenhang mit dem Zitat der weiteren Gebührenvorschrift des § 45 KostO, die im Hinblick auf § 145 Abs. 1 Satz 4 KostO tatsächlich nicht zur Anwendung gelangt ist, mühsam zu erschließen. Das Landgericht hätte deshalb den Beteiligten zu 1) auf den Formmangel hinweisen und ihm Gelegenheit zur Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Kostenrechnung geben müssen.

Dieser Verfahrensmangel der landgerichtlichen Entscheidung ist jedoch dadurch geheilt, daß der Beteiligte zu 1) im Verfahren der weiteren Beschwerde der Beteiligten zu 2)

neue Kostenberechnungen erteilt hat, die inhaltlich den genannten Anforderungen entsprechen. Die angewandten Gebührenvorschriften sind nunmehr vollständig bezeichnet.

Der Berücksichtigung dieser Kostenberechnung als einer während des Verfahrens der weiteren Beschwerde neu eingetretenen Tatsache steht nicht entgegen, daß nach § 156 Abs. 2 S. 4 KostO die weitere Beschwerde nur darauf gestützt werden kann, daß die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht. Es handelt sich bei dem Verfahren der weiteren Beschwerde nach § 156 Abs. 2 S. 4 KostO zwar um ein Rechtsbeschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem die Prüfungsbefugnis des Gerichts der weiteren Beschwerde in Anlehnung an die revisionsrechtlichen Vorschriften der ZPO beschränkt ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ist jedoch das Revisionsgericht abweichend von § 561 Abs. 1 ZPO bei der von Amts wegen durchzuführenden Prüfung einer Prozeßvoraussetzung oder einer Prozeßfortsetzungsbedingung an den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt nicht gebunden, sondern es hat die entscheidungserheblichen Tatsachen selbst festzustellen. Ferner hat das Revisionsgericht auch solche Tatsachen zu berücksichtigen, die nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht entstanden sind, wenn sie unstrittig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen (vgl. etwa BGHZ 104, 215, 221 = NJW 1988, 3092; MK/ZPO-Walchshöfer, § 561, Rdnrn. 30 und 31 m. w. N.). Dementsprechend ist auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt, daß das Gericht der weiteren Beschwerde einen neu eingetretenen verfahrensrechtlichen Umstand berücksichtigen kann, der die angefochtene Entscheidung nachträglich als in zulässiger Weise erlassen erscheinen läßt (vgl. Keidel/Kuntze, FG, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 56 m. w. N.). Das Vorliegen einer den Anforderungen des § 154 Abs. 1 und 2 KostO entsprechenden Kostenberechnung des Notars ist eine dem Verfahrensrecht zuzuordnende Voraussetzung für eine Sachentscheidung des Landgerichts über den Verfahrensgegenstand der Beschwerde. Jedenfalls dann, wenn das Landgericht unter Übergehung des bestehenden Verfahrensmangels eine sachliche Entscheidung getroffen hat, bestehen keine Bedenken gegen die Berücksichtigung einer im Verfahren der weiteren Beschwerde neu erteilten formgerechten Kostenberechnung, wenn dadurch der Verfahrensmangel geheilt worden ist. Dies entspricht vielmehr den Interessen der Verfahrensbeteiligten an einer abschließenden Sachentscheidung, zumal sich ihr Vorbringen im Erstbeschwerdeverfahren ausschließlich auf die sachliche Berechtigung der von dem Präsidenten des Landgerichts erhobenen Beanstandung betreffend die Geschäftswertberechnung erstreckt hat.

Der Senat hat allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung die Berücksichtigung einer im Verfahren der weiteren Beschwerde zur Behebung eines Formmangels neu erteilten Kostenberechnung generell abgelehnt. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß bereits das Landgericht die Kostenberechnung allein wegen des Formmangels aufgehoben hat (so der für Notariatskostensachen früher zuständige 14. Zivilsenat des OLG Hamm in JVBl. 1965, 207 = JurBüro 1965, 829; ebenso Senat in JurBüro 1993, 308), sondern auch für den hier vorliegenden Fall, daß das Landgericht unter Übergehung des Formmangels der Kostenberechnung eine Sachentscheidung getroffen hat (so der 14. Zivilsenat des OLG Hamm in JVBl. 1965, 258; ebenso der Senat in späteren

Entscheidungen). An dieser Rechtsprechung hält der Senat für die hier vorliegende Fallgestaltung, bei der das Landgericht den Formmangel bei seiner Entscheidung unberücksichtigt gelassen hat, nicht länger fest, weil er die dafür gegebene Begründung, die Berücksichtigung einer neuen formell ordnungsgemäßen Kostenberechnung wurde zu einer im Rechtsbeschwerdeverfahren unzulässigen Auswechslung des Verfahrensgegenstandes führen, nicht mehr für zutreffend hält. Denn der Verfahrensgegenstand im Notarkostenbeschwerdeverfahren wird durch den vom Notar vortragenen Sachverhalt (nämlich die konkreten, gebührenauslösenden Einzelakte der Notartätigkeit) in Verbindung mit dem vom Notar daraus hergeleiteten Zahlungsanspruch in den Grenzen der dagegen erhobenen Beanstandungen bestimmt. Dieser prozessuale Anspruch findet in der den formellen Erfordernissen einer dem § 154 Abs. 1 und 2 KostO entsprechenden Kostenberechnung lediglich seinen förmlichen Niederschlag (vgl. Senat JurBüro 1988, 1052, 1053). Auf dieser Grundlage handelt es sich bei der Neuerteilung einer Kostenberechnung, die nur den Formmangel einer vorausgegangenen Kostenberechnung beheben soll, ausschließlich um eine Klarstellung, die den Gegenstand des Verfahrens unberührt läßt. Mit einer solchen Kostenberechnung verfolgt der Notar gerade nicht einen sachlich geänderten Kostenanspruch, wie es in der Entscheidung des OLG Neustadt (RPfleger 1964, 318 = JurBüro 1964, 442) der Fall war, auf die in der vorerwähnten Entscheidung des früher für Notarkostensachen zuständigen 14. Zivilsenates des OLG Hamm (JVBl. 1965, 258) zur Begründung seiner Auffassung Bezug genommen worden ist.

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts richtlicher Nachprüfung stand. . . .

Die Berechnung des Geschäftswertes einer Anmeldung zum Handelsregister einer Kommanditgesellschaft richtet sich nach § 26 KostO. Nach Abs. 1 der Vorschrift ist im Ausgangspunkt danach zu unterscheiden, ob im Handelsregister ein bestimmter Geldbetrag einzutragen ist — dann bestimmt dieser den Geschäftswert — oder ob es sich um eine Eintragung ohne einen bestimmten Geldbetrag handelt; in diesem Fall ist der Geschäftswert nach § 26 Abs. 2 bis 4 KostO zu bestimmen. Die Geschäftswertberechnung der Gebühr für die notarielle Beurkundung einer Anmeldung bzw. der Gebühr für den Entwurf des Anmeldungstextes, die sich gem. § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO aus der Beurkundungsgebühr ableitet, richtet sich allein nach der im Handelsregister einzutragenden Tatsache. Unmaßgeblich ist deshalb für die Geschäftswertberechnung ein Rechtsgeschäft der Beteiligten, das erst dazu führt, daß eine bestimmte Tatsache im Handelsregister einzutragen ist. Denn Gegenstand der Anmeldung und der anschließenden Eintragung ins Handelsregister ist nicht etwa das Rechtsgeschäft der Beteiligten selbst. Vielmehr werden im Handelsregister — von hier nicht in Betracht zu ziehenden Fällen konstitutiver Eintragungen abgesehen — deklaratorisch die anderweitig begründeten Rechtsverhältnisse der Gesellschaft lediglich verlaubar.

Die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft können nach anerkannter Auffassung jederzeit eine Übernahmevereinbarung des Inhaltes schließen, daß das Gesellschaftsvermögen nach Ausscheiden eines Gesellschafters durch den anderen Gesellschafter übernommen wird. In einem solchen Fall wandelt sich in entsprechender Anwendung der §§ 142 HGB, 738 Abs. 1 Satz 1 BGB das bisherige Gesamthandseigentum der Gesellschafter durch einheit-

lichen Akt in Alleineigentum des Übernehmers um. Es handelt sich um eine Gesamtrechtsnachfolge, eine Übertragung einzelner Vermögensgegenstände auf den Übernehmer findet nicht statt (BGHZ 50, 307 = NJW 1968, 1964). Die Übernahmevereinbarung führt zur sofortigen Vollbeendigung der Gesellschaft; der Übernehmer kann nach näherer Maßgabe des § 24 HGB die bisherige Firma fortführen. Im Handelsregister anzumeldende Tatsachen sind in einem solchen Fall die Auflösung der Gesellschaft (§ 143 Abs. 1 HGB) sowie gem. § 31 Abs. 1 HGB die Änderung des Inhabers der Firma (vgl. *Heymann/Emmerich*, HGB, § 142 Rdnr. 31; *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Aufl., Rdnr. 261). Eine Fortführung der Firmen beider Kommanditgesellschaften durch die Beteiligten zu 2) schied hier jedoch von vornherein aus Rechtsgründen aus. Denn die Beteiligten zu 2) als Handelsgesellschaft kann nur eine einzige Firma führen. Ihr war es deshalb versagt, ein von ihr übernommenes Handelsgeschäft unter einer weiteren Firma fortzuführen (BGHZ 67, 166 = NJW 1976, 2163 [= *MittBayNot* 1976, 222 = *DNotZ* 1977, 113]; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl., § 17 Anm. 1 E). Die Übernahmevereinbarung mit der Beteiligten zu 2) hat hier also nicht nur zur Vollbeendigung der betroffenen Gesellschaften, sondern als weitere notwendige Rechtsfolge auch zum Erlöschen von deren Firma geführt.

Anmeldepflichtige Tatsachen waren deshalb hier nur die Auflösung der Gesellschaft und das Erlöschen der Firma. Soweit in der Anmeldung darüber hinaus auf die Übernahmevereinbarung und den daraus folgenden Ausschluß der Liquidation Bezug genommen worden ist, handelt es sich lediglich um eine ergänzende tatsächliche Begründung der Anmeldung, die ihrem Verständnis diene. Insbesondere stellt die Übernahmevereinbarung entgegen der von dem Beteiligten zu 1) vertretenen Auffassung keine im Handelsregister einzutragende Tatsache dar. Einzutragen ist vielmehr nach § 143 Abs. 1 HGB nur die Auflösung der Gesellschaft als solche, nicht indessen die Vereinbarung der Gesellschafter, die der Auflösung zugrundeliegt. Das Registergericht hätte sich deshalb darauf beschränken können, im Handelsregister die Auflösung der Gesellschaft und das Erlöschen der Firma einzutragen. Wenn das Registergericht gleichwohl in dem Eintrag zusätzlich auf die Übernahmevereinbarung der Gesellschafter und den daraus folgenden Ausschluß der Liquidation Bezug genommen hat, so handelt es sich insoweit lediglich um erläuternde Bemerkungen, auf die sich die Publizitätswirkung des Handelsregisters (§ 15 HGB) nicht erstreckt.

Die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma hat hier denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO. Es handelt sich nicht um eine Anmeldung mit verschiedenen Gegenständen, die nach § 44 Abs. 2 lit. a KostO zu einer Zusammenrechnung gesondert festzusetzender Geschäftswerte führen könnte. Gegenstandsgleich im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO sind mehrere Erklärungen, wenn sie sich auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, d. h. dessen Begründung, Feststellung, Anerkennung, Erfüllung, Übertragung, Sicherstellung oder Aufhebung betreffen (vgl. etwa *BayObLGZ* 1987, 342 [= *MittBayNot* 1987, 274]; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 5 m. w. N.). Im vorliegenden Fall betreffen beide im Handelsregister einzutragenden Tatsachen das Rechtsverhältnis, das durch die Übernahmevereinbarung der Gesellschafter geschaffen worden ist. Dieses führte — wie bereits ausgeführt — nicht nur zur Auflösung der

Gesellschaft, sondern aus Rechtsgründen sogleich zum Erlöschen der Firma. Es handelt sich somit um zwei eintragungspflichtige Tatsachen, die sich ohne weiteres aus demselben Rechtsgrund ableiten. Allein aufgrund der Überenahmevereinbarung waren im Ergebnis die Kommanditgesellschaften im Handelsregister zu löschen. Dies war insgesamt Ziel der von dem Beteiligten zu 1) entworfenen Anmeldungen.

Es entspricht in Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis einhelliger Auffassung, daß die Löschung einer Kommanditgesellschaft keine Eintragung im Handelsregister mit einem bestimmten Geldbetrag ist und dementsprechend die Geschäftswertberechnung für die Anmeldung und Eintragung nach § 26 Abs. 2 bis 4 KostO zu erfolgen hat, also nach dem aus dem letzten Betriebseinheitswert abzuleitenden Stufenwert zu bemessen ist (OLG Hamburg MDR 1972, 336; OLG Düsseldorf JurBüro 1974, 1019 = Rpfleger 1974, 235; KG, JurBüro 1977, 529 = Rpfleger 1977, 149; BayObLGZ 1980, 260 = Rpfleger 1981, 35 [= MittBayNot 1980, 222]; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 26 Rdnr. 26; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 26 Rdnr. 17; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 11. Aufl., S. 687).

Diese Auffassung wird überwiegend damit begründet, die Löschung einer Kommanditgesellschaft sei eine Firmenlöschung, die sich auf den Gesamteintrag erstrecke. Die Löschung der Einlage sei nur eine notwendige Folge der Firmenlöschung. Anders als bei der Löschung einer Kapitalgesellschaft werde nicht das gesamte Gesellschaftskapital gelöscht, sondern die Einlage nur mitgelöscht. Das BayObLG hat in seiner Entscheidung (a. a. O.) entscheidend darauf abgestellt, daß schon die Ersteintragung einer Kommanditgesellschaft weder ausschließlich als solche eines bestimmten Geldbetrages noch als das Gegenteil angesehen werden könne, weil sich beides in ihr vereinige. Deshalb fehle auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der kostenrechtlichen Gleichbehandlung von Eintragungen und Löschungen eine hinreichende Grundlage für die Bewertung der Löschung einer Kommanditgesellschaft in systematischer Anknüpfung an die Ersteintragung. Es bestehe deshalb auch keine Möglichkeit dafür, den Geschäftswert für die Löschung einer Kommanditgesellschaft spiegelbildlich nach § 26 Abs. 9 Sätze 1 und 2 KostO zu bestimmen. Der Senat sieht in diesem Zusammenhang von einer weitergehenden Stellungnahme ab, da jedenfalls im Ergebnis kein Anlaß zu einer abweichenden Beurteilung der Rechtsfrage besteht, zumal auch der Beteiligte zu 1) insoweit keine Einwendungen erhoben hat.

Das Landgericht hat im Tenor seiner Entscheidung die beanstandete Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) abgeändert und neu gefaßt. Da auch diese landgerichtliche Neufassung bei der Anführung der Gebührevorschriften den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO aus denselben Gründen wie die beanstandete Kostenberechnungen des Beteiligten zu 1) vom 20. 3. 1991 nicht entspricht, bedarf es insoweit einer Klarstellung durch den Senat. Da der Senat seinerseits insoweit unter Berücksichtigung neuer tatsächlicher Umstände entscheidet, hat er in der Tenorierung die Neufassung der Kostenberechnungen durch den Beteiligten zu 1) vom 9. 1. 1994 berücksichtigt.

35. Einigungsvertrag Anl. I, Kap. III Sachgeb. A. Abschn. III, Nr. 20 (*Keine Gebührenermäßigung nach Einigungsvertrag für die öffentliche Hand*)

Die Gebührenermäßigung um 20% nach Kap. III Sachgeb. A. Abschn. III Nr. 20 der Anlage I zum Einigungsvertrag gilt — im Unterschied zu der Spezialvorschrift des § 144 a KostO — nicht für die öffentliche Hand (hier: Freistaat Sachsen).

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Dresden, Beschluß vom 28. 9. 1994 — 12 W 622/94 —

Aus den Gründen:

Die Maßgabe a) in Kap. III Sachgeb. A Abschn. III Nr. 20 der Anlage I zum Einigungsvertrag (BGBl. 1990 II S. 907, 935) sah, wie sich namentlich aus den Materialien zum Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (vom 26. 3. 1993; BGBl. I S. 944 — FKPG) zweifelsfrei ergibt, für die öffentliche Hand — im Unterschied zu der mit diesem Gesetz in die Kostenordnung (KostO) neu eingefügten Vorschrift des § 144 a KostO — bei Geschäften, die im Beitrittsgebiet gelegene Grundstücke betrafen, keine spezielle Gebührenermäßigung vor (vgl. BT-Drucks. 12/4401 S. 97/98).

Aus Rechtsgründen — vgl. nämlich § 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO — nicht zu beanstanden ist ferner die Annahme des Landgerichts, eine Gebührenermäßigung nach § 144 KostO komme vorliegend ebenfalls nicht in Betracht, weil der Beschwerdeführer weder ausreichend dargetan habe, daß der Grundstückskauf kein wirtschaftliches Unternehmen betraf, noch, daß eine auch nur teilweise Weiterveräußerung an einen nicht begünstigten Dritten nicht beabsichtigt war.

36. KostO §§ 140, 144, 144 a (*Bindung des Notars an § 144 a KostO*)

§ 144 a KostO stellt für die Kostenforderung des Notars zwingendes Recht dar. Der Notar hat die Vorschrift daher auch trotz etwaiger verfassungsrechtlicher Zweifel anzuwenden.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Magdeburg, Beschluß vom 15. 6. 1994 — 3 T 435/94 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beschwerdeführerin kaufte von einer Stadt in Sachsen-Anhalt ein Grundstück und übernahm zusätzlich eine mit einer Vertragsstrafe bewehrte Aufbauverpflichtung. In seiner Kostenrechnung setzte der Notar gegenüber der Beschwerdeführerin eine 20/10-Gebühr nach §§ 141, 32, 36 KostO aus dem Kaufpreis zuzüglich 20% des Wertes der Investitionsverpflichtung fest. Die Beschwerdeführerin beanstandet, daß der Notar die Gebührenermäßigung nach §§ 144, 144 a KostO nicht angewendet hat; der Notar hält die Vorschriften für verfassungswidrig.

Auf die Beschwerde wurde die Kostenrechnung antragsgemäß abgeändert.

Aus den Gründen:

Da die Veräußerin nach § 2 Nr. 1 KostO ebenfalls zur Zahlung der Kosten verpflichtet ist, jedoch zu den begünstigten Gebührenschuldern nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO gehört, ermäßigen sich die Gebühren, die dem Notar

für seine Tätigkeit zufließen, nach § 144 a KostO um 20% sowie um weitere Vomhundertsätze entsprechend § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO. . . .

Die Einwände des Notars greifen nicht durch.

Die zu der beanstandeten Kostenrechnung gehörte Ländernotarkasse hat dazu im wesentlichen ausgeführt, der Notar habe seine Gebühren zwingend nach den gesetzlichen Vorschriften zu erheben. Die Berechnung höherer Gebühren als § 144 a KostO dies zur Zeit vorsehe, sei zu beanstanden. Diese Auffassung trifft zu.

Die Kosten der Notare bestimmen sich nach dem Gesetz (§ 140 KostO). Auch wenn die Vorschrift des § 144 a KostO von großen Teilen der Notarschaft für verfassungswidrig gehalten wird, hat der Notar seine Kosten nach den bestehenden Gesetzen zu berechnen. Eine abweichende Berechnung ist ihm nicht gestattet.

Die Vorschrift des § 144 KostO wurde durch das Gesetz über Maßnahmen zur Bewältigung der finanziellen Erblasten im Zusammenhang mit der Herstellung der Einheit Deutschlands, zur langfristigen Sicherung des Aufbaus in den neuen Ländern, zur Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs und zur Entlastung der öffentlichen Haushalte (Gesetz zur Umsetzung des föderalen Konsolidierungsprogramms) vom 23. 6. 1993 eingeführt. Es handelt sich um eine befristete Ausnahmeregelung. Die finanziellen Auswirkungen dieses Gesetzes für die betroffenen Notare hat der Gesetzgeber bedacht, im Hinblick auf den Umfang der anfallenden Grundstücksgeschäfte im Interesse des Gemeinwohls jedoch für zumutbar gehalten. Daß der verfolgte Gesetzeszweck in bestimmten von dem Notar aufgezeigten Fällen nicht erreicht wird, läßt nicht auf die generelle Ungeeignetheit des gewählten Mittels, nämlich die vorgeschriebenen Ermäßigungen, schließen. Die Vorschrift benachteiligt nicht die Notare im Beitrittsgebiet, weil sie nicht nur deren Beurkundungstätigkeit betrifft, sondern an den Gegenstand des Geschäfts anknüpft. Im übrigen müßte selbst eine vorübergehende Ungleichbehandlung im Hinblick auf den Ausnahmeharakter der Vorschrift hingenommen werden. . . .

Die der Kostenschuldnerin zu 1) im Beschwerdeverfahren erwachsenen außergerichtlichen Auslagen und die gerichtlichen Auslagen hat die Kammer dem Notar gem. § 13 a Abs. 1 FGG, § 156 Abs. 4 Satz 2 KostO auferlegt.

37. GG Art. 103 Abs. 1; BNotO §§ 1, 14; BeurkG § 17, KostO §§ 2, 3 (*Rechtliches Gehör vor dem Notar*)

1. In vor dem Notar geführten Verfahren steht den Beteiligten das Grundrecht auf rechtliches Gehör zu.
2. Aus diesem Grund kann ein vollmachtlos Vertretener auch dann nicht für die Kosten des mangels Genehmigung unwirksamen Vertrages in Anspruch genommen werden, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem Notar gegenüber das Einverständnis des Vertretenen mit der Beurkundung zutreffend oder unzutreffend behauptet.

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Passau, Beschluß vom 8. 8. 1994 — 4 T 48/94 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beteiligten (Notar und Beschwerdeführer) streiten um Notarkosten eines mangels Genehmigung unwirksamen Bauträger-Kaufvertrags, dem folgendes vorausging:

Die Mutter des Beschwerdeführers suchte zunächst den Verkäufer auf und teilte ihm mit, daß ihr Sohn am Erwerb einer Eigentumswohnung interessiert sei. Der Verkäufer übersandte dem Beschwerdeführer nach mehreren Telefongesprächen Informationsmaterial (u. a. Baupläne, Baubeschreibung, Entwurf eines Kaufvertrags, Preisliste) über ein geeignetes Neubauobjekt und wies den nicht ortsansässigen Beschwerdeführer auf die Möglichkeit hin, sich beim Abschluß des Kaufvertrages vollmachtlos vertreten zu lassen und den Vertrag vor einem Notar seines Wohnsitzes zu genehmigen.

Der Beschwerdeführer trägt vor, er habe im letzten Gespräch mit dem Verkäufer diesem gesagt, daß er noch nicht so weit sei und noch keine Entscheidung getroffen habe. Von einem Beurkundungstermin sei nicht die Rede gewesen. Er habe keinen Auftrag erteilt, in seinem Namen eine Beurkundung vornehmen zu lassen. Der Verkäufer ist dieser Darstellung entgegengetreten.

Im Auftrag des Verkäufers nahm der Notar die Beurkundung des Kaufvertrages vorbehaltlich der Genehmigung des Käufers vor. Ein Gespräch des Notars mit dem Beschwerdeführer fand vor der Beurkundung nicht statt. Ihm wurde auch der Beurkundungstermin nicht mitgeteilt. Nach Beurkundung übersandte der Notar dem Beschwerdeführer eine Abschrift der Urkunde und den Genehmigungsentwurf. Der Beschwerdeführer verweigerte die Genehmigung. Der Notar erstellte über die Beurkundungskosten Kostenberechnung und erteilte sich hiervon vollstreckbare Ausfertigung.

Gegen diese Kostenberechnung richtet sich die erfolgreiche Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig und begründet.

Der Beteiligte zu 1) ist nicht Kostenschuldner. Zwischen ihm und dem Notar ist ein Kostenschuldverhältnis hinsichtlich der berechneten Gebühren und Auslagen . . . nicht entstanden.

Kostenschuldner ist, wer die Tätigkeit des Notars veranlaßt. Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften ist Veranlasser insbesondere jeder Teil, dessen Erklärung beurkundet ist (§§ 2 Nr. 1, 141 KostO).

Der Kostenschuldner braucht das Ansuchen um Beurkundung nicht selber an den Notar zu richten. Die Kostenschuld entsteht auch dann, wenn ein Vertreter tätig wird, sei es bei der Beantragung der Amtstätigkeit des Notars oder bei der Abgabe der Erklärung, die der Notar beurkundet. Für die Frage der Veranlassung der Amtstätigkeit des Notars ist es ohne Belang, ob der Beauftragte die beurkundete Erklärung als bevollmächtigter Vertreter oder — wie im Streitfall — vorbehaltlich der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen abgibt.

Die Entstehung des Kostenanspruchs setzt jedoch voraus, daß entweder das Ansuchen an den Notar für den Vertretenen und nicht ausschließlich im eigenen Namen erklärt wird und daß der Vertretene den Vertreter dazu willentlich veranlaßt hat oder daß der Vertreter, wenn er, wie hier, ohne Vollmacht war, vom Vertretenen wenigstens willentlich veranlaßt wurde, für diesen die beurkundete Erklärung mit Genehmigungsvorbehalt abzugeben.

Ob die Beteiligte zu 2) das Ansuchen an den Notar um Beurkundung des Kaufvertrags ausschließlich im eigenen

Namen oder wenigstens auch im Namen des Beteiligten zu 1) an den Notar gerichtet hat — das Telefax der Beteiligten zu 2) an den Notar vom . . . und die Aussage des Geschäftsführers der Beteiligten zu 2) vom . . . geben darüber keinen Aufschluß — kann dahinstehen. Es kann nämlich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht festgestellt werden, daß der Beteiligte zu 1) die Beteiligte zu 2) oder deren Geschäftsführer A. veranlaßt hat, in seinem Namen ein Ansuchen an den Notar um Beurkundung zu richten oder für ihn die beurkundeten Erklärungen abzugeben. (*Wird ausgeführt.*)

Es kann somit nicht zweifelsfrei festgestellt werden, daß der Beteiligte zu 1) die berechneten Tätigkeiten des Notars im Sinn des § 2 Nr. 1 KostO veranlaßt hat.

Es kommt hinzu, daß besondere Umstände, die nach der Rechtsprechung die Beurkundung mit einem vollmachtlosen Vertreter unter Umgehung der Vorschriften des § 17 I BeurkG ausnahmsweise rechtfertigen können, nicht festgestellt werden können. Wegen der Rechtfertigungsgründe wird auf den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. 4. 1993 (3 Z BR 49/93 [= MittBayNot 1993, 242 = DNotZ 1994, 492 m. Anm. *Schmitz-Valckenberg*]), der den Beteiligten bekannt ist, Bezug genommen.

Der Beteiligte zu 1) hatte den atypischen Weg der Beurkundung des Kaufvertrages weder selbst ausdrücklich verlangt oder sich auf Anfrage damit einverstanden erklärt noch hat er den Kaufvertrag und damit stillschweigend auch das gewählte Beurkundungsverfahren nachträglich genehmigt. Der Beteiligte zu 1) und der beteiligte Notar hatten vor der mit Schreiben des Notars vom . . . erfolgten Übersendung der Urkunden miteinander keinerlei Kontakt.

Das Verlangen der Beurkundung mit einem vollmachtlosen Vertreter oder das Einverständnis mit einer solchen Art der Beurkundung muß dem Notar gegenüber erklärt werden. Es genügt zur Begründung eines Kostenanspruchs gegen den Vertretenen nicht, daß der Vertreter dem Notar gegenüber zu Recht oder zu Unrecht behauptet, der Vertretene habe den atypischen Weg der Beurkundung selber verlangt bzw. sich damit einverstanden erklärt. Das folgt aus allgemeinen Verfahrensprinzipien, denen auch das Beurkundungsverfahren unterworfen ist.

Als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) ist der Notar Teil der vollziehenden Gewalt und steht als solcher unter der Grundrechtsbindung des Art. 1 III GG. Daraus ergeben sich Schutzpflichten zugunsten der Grundrechtsträger.

Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß der Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung des Verfahrens zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern ebenso das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist (BVerfGE 65, 76/94; 53, 31/65; 52, 380/389; 73, 280/296). Diese Auswirkungen folgen bereits unmittelbar aus dem jeweiligen Grundrecht. Sie beschränken sich nicht auf das gerichtliche Verfahren, sondern beeinflussen auch die Gestaltung des vorausgehenden Verfahrens der vollziehenden Gewalt (vgl. BVerfGE 52, 380, 390). Auch die verfahrensrechtlichen Grundrechte wie Art. 19 IV (BVerfGE 61, 82/110; 69, 1/49) und Art. 103 I GG entfalten Vorwirkungen auf das dem gerichtlichen Verfahren vorgelagerte Verfahren der Exekutive (BVerfGE 57, 251, 283). Bereits die vollziehende Gewalt muß den formellen Grund-

rechten angemessen Rechnung tragen, soweit sich unmittelbare Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Grundrechts in einem etwa nachfolgenden gerichtlichen Verfahren ergeben können (vgl. für das Verwaltungsverfahren *Kopp*, VwVfG, 5. A., Vorbem. § 1, Rdnr. 4).

Im Beurkundungsverfahren können vor allem die Entschließungs- und die Vertragsfreiheit der Beteiligten berührt sein. Als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit fallen diese Freiheitsrechte in den Schutzbereich des Art. 2 I GG. Es gehört zur Schutzpflicht des Notars, darauf zu achten, daß die Entschließungsfreiheit der Beteiligten nicht durch das angewendete Verfahren beeinträchtigt oder gefährdet wird. Das Verfahren muß vielmehr effektiv sicherstellen, daß ein bei der Beurkundung nicht anwesender Teil nicht ohne seine Einwilligung z. B. in die Zwangslage gerät, entweder die für ihn abgegebene Erklärung genehmigen oder nutzlos die Beurkundungskosten zahlen zu müssen.

Ähnlich wie der Notar selbstverständlich die Vollmacht eines Vertreters prüft, muß er sich auch bei einem offen ohne Vollmacht handelnden Vertreter zuvor vergewissern, ob der abwesende Beteiligte in das Ansuchen des Vertreters um Beurkundung eingewilligt hat.

Die erforderliche Prüfung dient hier der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit und zugleich der Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Kostenanspruchs gegen den abwesenden Beteiligten. Der Kostenanspruch entsteht nämlich nur, wenn mit der erforderlichen Sicherheit feststeht, daß der in Anspruch genommene Beteiligte Veranlasser der Amtstätigkeit des Notars ist.

Die zum Schutz des materiellen Grundrechts und zur Klärung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Kostenschuld erforderlichen Feststellungen können ihrerseits nur in einem Verfahren getroffen werden, das rechtsstaatlichen Mindestanforderungen entspricht. Das berührte Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit wird nicht effektiv geschützt und die zum Kostenanspruch getroffenen Feststellungen können keinen Bestand haben, wenn sich die Feststellungen, wie hier, im wesentlichen nur auf die ungeprüfte Mitteilung des zur Beurkundung erschienenen Beteiligten stützen und eine Anhörung des betroffenen Beteiligten nicht stattgefunden hat.

Als unparteiischer Betreuer der Beteiligten (§ 14 I 2 BNotO) hat der Notar insbesondere auch auf die Rechte des abwesenden Beteiligten zu achten und ihm, wenn er als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden soll, bereits vor der Schaffung des Gebührentatbestandes rechtliches Gehör zu gewähren. Ohne rechtzeitige Anhörung wird in unzulässiger Weise in den Rechtskreis des Betroffenen eingegriffen und die prekäre Situation nicht vermieden, in die der Betroffene gerät, wenn er sich — mit ungewissem Ausgang — gerichtlich gegen einen Kostentitel wehren muß, der letztlich nur auf der ungeprüften Behauptung der Gegenpartei beruht.

Wenn daher das Verlangen nach atypischer Beurkundung der Vertretene dem Notar nicht selber erklärt hat, ist es zum Schutz des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit und zur Feststellung der Kostenschuld erforderlich, daß der Notar durch Nachfrage beim Vertretenen klärt, ob dieser mit dem in seinem Namen gestellten Ansuchen und der vorgesehenen atypischen Art der Beurkundung einverstanden ist.

Kann die Anfrage, weil z. B. in einem dringenden Fall die erforderliche Zeit fehlt, nicht stattfinden, bleibt dem Notar die Möglichkeit, allen Beteiligten gegenüber klarzustellen, daß wegen der Unmöglichkeit der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der dadurch bedingten Unmöglichkeit der Feststellung der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen eine Kostenschuld des abwesenden Beteiligten nur im Fall der Genehmigung der für ihn beurkundeten Erklärungen entsteht. Die Entschließungsfreiheit des Vertretenen wird dadurch zuverlässig geschützt. Und auch der Vertreter wird durch die faire Verfahrensgestaltung auf das ihn treffende Kostenrisiko hingewiesen. Abschließend braucht die Kammer hierüber aber nicht zu befinden, weil der Notar nicht geltend macht, daß eine Nachfrage beim Beteiligten zu 1) nicht möglich gewesen sei und weil im übrigen der Kostenanspruch von dieser Frage nicht berührt wird. Zur Begründung einer Kostenschuld des abwesenden Beteiligten ist dessen Anhörung nämlich in jedem Fall notwendig.

Da der beteiligte Notar den Beteiligten zu 1) nicht angehört hat und dessen Entschließungsfreiheit auch auf die aufgezeigte andere Weise nicht gesichert wurde, war das gewählte Beurkundungsverfahren und die mit ihm verbundene Umgehung der Vorschriften des § 17 I BeurkG nicht gerechtfertigt. Als vom Beteiligten zu 1) veranlaßt oder mitveranlaßt kann die atypische Beurkundung aber schon allein deshalb nicht angesehen werden, weil seine Anhörung unterblieben ist.

Die Kostenberechnung des Notars ist nach allem aufzuheben.

Anmerkung:

Der Beschluß des Landgerichts Passau verdient höchste Aufmerksamkeit. In Fortführung des zitierten Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. 04. 1993 (MittBayNot 1993, 242) stellt das Landgericht die Grundrechtsrelevanz der vor dem Notar geführten Verfahren heraus. Angesichts der Tatsache, daß in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur allzuoft nur von den Grundrechten des Notars gegenüber dem Staat die Rede ist (vgl. nur das Verfahren BGH MittBayNot 1994, 366), erscheint es bemerkenswert, daß das Landgericht Passau nun auch den nicht minder bedeutsamen Grundrechtsschutz der Beteiligten gegenüber dem Notar ins Auge faßt. Hierzu einige Thesen:

1. In vor dem Notar geführten Verfahren haben die Beteiligten Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG. Dahinstehen kann, ob der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) und damit Angehöriger der rechtsprechenden Gewalt unmittelbar an das Grundrecht gebunden ist oder ob das Grundrecht über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) auch auf den Notar als Träger hoheitlicher Gewalt ausstrahlt (in letzterem Sinne wohl das LG Passau). Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist

a) das Recht auf Äußerung zu den im Verfahren zugrundegelegten Tatsachen (Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung),

b) das Recht auf Äußerung zur rechtlichen Würdigung dieses Sachverhalts durch den Notar (BVerfG 7, 275/280 f.; 10, 177, 182 f.; 19, 49/51; 60, 175/210; BVerwG NJW 1988, 1963 f.; *Bumiller/Winkler*, FG 5. Aufl. 1992, § 12 Anmerkung 9; *Keidel/Kuntze/Winkler-Amelung*, FG

Teil A 13. Aufl. 1992, 12 Rdz. 104 ff.; *Dürig/Herzog-Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 Rdz. 28 ff., 57; *Isensee/Kirchhof-Knemeyer*, Handbuch des Staatsrechts Band 6, 1989, 155 Rdz. 54 f.; *H. Keidel*, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. 1965, S. 22, 25, 39 ff., 69 ff.).

2. Verwirklicht wird der Anspruch auf rechtliches Gehör in der Regel durch persönliche Anhörung der Beteiligten (*Keidel/Kuntze/Winkler-Amelung*, a. a. O., 12 Rdz. 85-88).

3. § 17 BeurkG beinhaltet nur die besondere Ausprägung des Grundrechtsschutzes im notariellen Verfahrensrecht. Das Berufs- und Standesrecht (z. B. § 1 Abs. 2 der Allgemeinen Richtlinien) enthält die erforderlichen institutionellen Garantien eines fairen Verfahrens vor dem Notar (vgl. OLG München, DNotZ 1984, 250; BayObLG DNotZ 1984, 519; OLG München, MittBayNot 1994, 373).

4. Allerdings ist der Anspruch auf rechtliches Gehör verzichtbar. Ein Verzicht kann insbesondere auch darin liegen, daß sich ein Verfahrensbeteiligter mit einer Beurkundung vorbehaltlich Genehmigung einverstanden erklärt. Zur Übermittlung dieser Erklärung an den Notar kann er sich eines Erklärungsboten bedienen, dieser kann auch Urkundsbeteiligter sein. Demgegenüber scheint das Landgericht davon auszugehen, daß die Kostentübernahmeerklärung jedenfalls im zu entscheidenden Fall vom Beschwerdeführer persönlich dem Notar gegenüber hätte abgegeben werden müssen. In Abweichung vom allgemeinen Bürgerlichen Recht soll diese Erklärung nicht nur vertretungsfeindlich, sondern auch der Übermittlung durch Boten nicht zugänglich sein. Dies steht nicht nur mit der bisherigen Kostenrechtsprechung in Widerspruch, sondern findet keine Stütze im Gesetz. Sollte sich diese Auffassung durchsetzen, so wird in vergleichbaren Fällen sich der Notar künftig darauf einrichten müssen, daß er den Verzichtenden bei der Wahl eines atypischen Beurkundungsverfahrens nur dann als Kostenschuldner in Anspruch nehmen kann, wenn dieser ihm selbst sein Einverständnis mit diesem Verfahren erklärt hat.

5. Von großer Bedeutung ist der Beschluß des LG Passau nicht nur in kostenrechtlichen Fällen, sondern vor allem im Hinblick auf die von der Landesnotarkammer Bayern mit Rundschreiben vom 24. 3. 1994 aufgezeigten mißbräuchlichen Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens. Obwohl durch die konkrete Entscheidung nicht veranlaßt, schreibt das LG Passau den Notaren ins Stammbuch, daß es zur Schutzpflicht des Notars gehört, darauf zu achten, daß die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Entschließungsfreiheit der Beteiligten nicht durch das vom Notar gewählte Verfahren beeinträchtigt oder gefährdet wird. Das LG Passau macht deutlich, daß z. B. in der systematischen Beurkundung von Verkäuferangeboten, von Verträgen unter vollmachtloser Vertretung des Käufers, der systematischen Auslagerung geschäftswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden, der Beurkundung unter Auftreten von Notarangestellten und der Vergabe eines Beurkundungstermins ohne ausreichende Überlegungszeit zugleich eine Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör eines Verfahrensbeteiligten liegen kann.

6. Höchst unsicher ist, welche Folgen sich aus der Grundrechtsverletzung im konkreten Einzelfall ergeben. Verletzt der Notar auf Betreiben eines Vertragsteils oder mit dessen Duldung im eigennützigen oder fremdnützigen Interesse

das Grundrecht gegenüber dem anderen Teil, so könnte dieser möglicherweise im Wege der Drittwirkung das Grundrecht dem Erfüllungsanspruch des anderen Teils im Rahmen der Einrede unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegensetzen. Ob im bloßen Unterzeichnen einer Genehmigungserklärung ohne Belehrung und Beratung durch den beglaubigenden Notar (der im übrigen auch hierzu nicht verpflichtet ist) stets auch ein Verzicht auf das Grundrecht auf rechtliches Gehör gegenüber dem beurkundenden Notar gesehen werden kann, erscheint mehr als fraglich. Regelmäßig wird davon auszugehen sein, daß in solchen Fällen der Erklärungswille des Genehmigenden den Verzicht auf die institutionellen Garantien des fairen Verfahrens vor dem Notar nicht beinhaltet.

7. Bedauerlich an der Entscheidung des LG Passau ist, daß die Beschwerdekammer die weitere Beschwerde zum Bayer. Obersten Landesgericht nicht zugelassen hat. Eine Chance zur Fortbildung des Rechts wurde damit vertan.

Notar a. D. Dr. Oliver Vossius, München

Anmerkung der Schriftleitung:

Zu Verträgen, die vorbehaltlich Genehmigung abgeschlossen werden vgl. auch das Urteil BGH MittBayNot 1994, 414 m. Anm. Korte (in diesem Heft).

Beurkundungs- und Notarrecht

38. ZPO §§ 415, 419; BGB § 439 Abs. 1 (*Eingeschränkte Beweiskraft bei handschriftlichen Änderungen*)

1. Enthält eine Notarurkunde handschriftliche Änderungen am Rande des Textes, ohne daß die Einfügung vom Notar entsprechend § 30 Abs. 3 DONot NRW gesondert unterzeichnet ist, entfällt insoweit die Beweiskraft der Urkunde nach § 415 Abs. 1 ZPO und das Gericht hat darüber nach freier Überzeugung zu entscheiden.
2. Zur Frage der Kenntnis von einem Rechtsmangel (hier: Wohnungsbesetzungsrecht). (*Nur Leitsatz.*)

BGH, Urteil vom 15. 4. 1994 — V ZR 175/92 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 14. 8. 1987 kauften die Kläger von den Beklagten eine mit öffentlichen Mitteln geförderte Eigentumswohnung, an der bis 1991 ein Wohnungsbesetzungsrecht zugunsten des Landes N. bestand. Eingangs des zu den Grundakten gereichten Notarvertrages ist der Notar als Urkundsperson genannt, obwohl der Vertrag vor seinem Vertreter geschlossen wurde. Seite 6 enthält über dem maschinenschriftlichen Text fünf Zeilen eines handschriftlich zugefügten Hinweises auf das Besetzungsrecht. Die Kläger lehnten mit Anwaltsschreiben vom 9. 8. 1990 die Erfüllung des Vertrages ab. Nachdem die Beklagten ihrer Aufforderung vom 28. 6. 1990, das Recht bis 10. 7. 1990 löschen zu lassen, nicht nachgekommen waren, forderten sie Schadensersatz. Sie haben das Wohnungseigentum im Verlauf des Rechtsstreits verkauft. . . .

Aus den Gründen:

II. 1. Ohne Erfolg bekämpft die Revision allerdings den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß der wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG, § 313 Satz 1 BGB formnichtige Vertrag durch Umschreibung des Eigentums im Grundbuch geheilt worden sei (§ 313 Satz 2 BGB): Die Heilung setze eine formgültige und rechtswirksam erklärte Auflassung voraus, an der es hier, da sie in derselben fehlerhaften Urkunde enthalten sei, ebenfalls fehle. Dies ist schon deshalb nicht richtig, weil die Auflassung nicht der Form des Verpflichtungsgeschäfts (§ 925 BGB; vgl. auch § 20 GBO) bedarf. Selbst die Unwirksamkeit einer Beurkundung würde daher grundsätzlich nicht die Rechtswirksamkeit der Auflassung (Senatsurteil vom 25. 10. 1991, V ZR 196/90, BGHR BeurkG § 7 — Auflassung I [= MittBayNot 1993, 78 = DNotZ 1993, 55] und BGHZ 22, 312 ff., 315) berühren.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision auch, daß das Berufungsgericht gemeint habe, über die Beweiskraft der notariellen Urkunde sei hier wegen der handschriftlichen Einschaltung des Notarvertreters in freier Beweiswürdigung nach § 419 ZPO zu befinden. Die einer notariellen Urkunde durch § 415 ZPO zugewiesene volle Beweiskraft über den beurkundeten Vorgang wird gem. § 419 ZPO eingeschränkt, sofern eine solche Urkunde Durchstreichungen und Einschaltungen enthält, die nicht ihrerseits unter Beobachtung der gesetzlichen Form beurkundet worden sind (Senatsurteil vom 22. 2. 1956, V ZR 114/54, BB 1956, 542; Hartmann in *Baumbach/Lauterbach*, ZPO 52. Aufl. § 419 Rdnr. 3). Das war hier nicht der Fall. Die auf Blatt 6 der Notarurkunde über dem maschinenschriftlichen Text handschriftlich zugefügten fünf Zeilen stellen einen Zusatz bzw. eine Änderung im Sinne des § 30 Abs. 3 der Dienstordnung für Notare (DONot für das Land NRW, AV vom 25. 1. 1985 [JMBl S. 35]) dar. Sie waren von dem Notar besonders zu unterzeichnen (§ 30 Abs. 3 Satz 1 DONot); denn es handelte sich nicht nur um eine geringfügige Änderung, und sie ist auch nicht am Schluß der Urkunde vor den Unterschriften vermerkt worden. Daß dieser erhebliche Zusatz nicht am seitlichen, sondern am oberen Rande des Urkundenblattes angebracht worden ist, ändert nichts. Entscheidend für die Notwendigkeit einer Unterzeichnung des „am Rande vermerkten“ Zusatzes durch den beurkundenden Notar ist nämlich, daß bei der Zufügung am Rand — anders als bei einer Zufügung am Schluß der Urkunde vor den Unterschriften — Zweifel über den Zeitpunkt der Zufügung vor Verlesung und Unterzeichnung der Urkunde ausgeschlossen werden sollen.

Hat der Notar die Vorschrift, wie hier, nicht beachtet, liegt darin nicht lediglich eine folgenlose Verletzung dieser Sollvorschrift. Der Senat hat vielmehr in der bereits zitierten Entscheidung vom 22. 2. 1956 auch entschieden, daß bei Verletzung einer Sollvorschrift nur noch eine Beurkundung vorliegt, über deren Beweiskraft das Gericht nach freier Überzeugung im Sinne des § 419 ZPO zu entscheiden hat. Diese Rechtsauffassung hat Zustimmung gefunden (vgl. z. B. Hartmann a. a. O.; Seybold/Hornig, BNotO 5. Aufl., Anl. I § 30 Rdnr. 6; vgl. auch Schreiber in MünchKomm-ZPO § 420 Rdnr. 3 Fn. 12). Damit hat der Zusatz nicht die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich, ohne daß es darauf ankäme, wann er zugefügt worden ist.

3. a) Das Berufungsgericht hat damit zu Recht die Einschaltung im Notarvertrag frei gewürdigt. Die Würdigung der erhobenen Beweise ist dabei dem Tatrichter vorbehalten und kann vom Revisionsgericht nur auf das Vorliegen von Rechtsfehlern überprüft werden. Solche liegen hier jedoch vor. Fehlt der Urkunde wegen Verletzung von § 30 Abs. 3 Satz 1 DONot die Richtigkeitsvermutung, läßt dies allein nicht den Schluß zu, die Hinzufügung sei eine Fälschung (des Notarvertreters). Auch die sonstigen hier zu bemängelnden Formfehler und Auslassungen reichen dazu nicht aus. Das Berufungsgericht stützt sich u. a. darauf, daß insofern im — formularmäßigen — Eingang und Text der Urkunde stets vom „Notar“ die Rede sei, obwohl der Notarvertreter die Beurkundung vorgenommen habe; auch sei in § 2 sachlich unzutreffend festgehalten, daß der Notar bei der Einsicht in das Grundbuch festgestellt habe, in Abteilung II seien keine Eintragungen vorhanden. Da bei einer unsorgfältig errichteten Urkunde vorgedruckter Text — ersichtlich versehentlich — nicht gestrichen wurde, obwohl er einem handschriftlichen Zusatz entgegensteht, rechtfertigt nicht die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, dies beseitige jegliche (auch nur indizielle) Beweiskraft des handschriftlichen Zusatzes. Dies gilt um so mehr, als die Sachverhaltsalternative — Anbringung des Zusatzes erst nach der Beurkundung — die Unterstellung einer Urkundenverfälschung durch den Notarvertreter bedeutet. Zu Recht rügt die Revision in diesem Zusammenhang, daß das Berufungsgericht sich nicht mit der Tatsache befaßt hat, daß die Notarurkunde mit dem Zusatz bereits am nächsten, der Beurkundung folgenden, Werktag ausgefertigt und mit einem Anschreiben dem Grundbuchamt vom Notarvertreter übersandt worden ist. Eine plausible Erklärung für eine Fälschung der Urkunde in so engem zeitlichen Ablauf ist nicht erkennbar, zumal an demselben Tage das Besetzungsrecht unstreitig in der Bankurkunde genannt wird.

b) Zu Recht bemängelt die Revision in diesem Zusammenhang auch, daß das Berufungsgericht nicht den auch durch Parteivernehmung der Kläger angetretenen Beweis darüber erhoben hat, der Beklagte zu I habe die Kläger vor der Beurkundung auf das Wohnungsbesetzungsrecht und darauf hingewiesen, daß sie die Wohnung deshalb nicht selbst beziehen könnten. (*Wird ausgeführt.*)

39. BNotO §§ 92, 93; DONot § 3 (*Unzulässiger Hinweis auf Notar auf Praxisschild einer Anwaltskanzlei*)

Ein Notar darf Namens- oder Amtsschilder nur am Ort seiner Geschäftsstelle anbringen.

Ein Hinweis auf eine Sozietät von im Bereich des Nurnotariats ansässigen Rechtsanwälten mit einem in einem anderen Stadtteil tätigen „Rechtsanwalt und Notar“ stellt eine Irreführung des Publikums und unzulässige Werbung des Notars dar.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Köln, Beschluß vom 23. 6. 1992 — 2 VA (Not) 4/92 —

Tatbestand der Schriftleitung:

In Teilen der Stadt D. gilt das Anwaltsnotariat, in Teilen das Nurnotariat. Der Antragsteller war bis 1991 in Sozietät Rechtsanwalt in D.-R. (im Bereich des Nurnotariats). Seit seiner Bestellung zum Anwaltsnotar hat er seine Kanzlei in D.-M., einem anderen Stadtteil. Die Sozietät besteht jedoch weiter.

Nach seiner Ernennung zum Notar wurde am Haus in D.-R. ein Praxisschild angebracht, das Namen und Berufsbezeichnungen der Sozisten enthält, bezüglich des Antragstellers: „Rechtsanwalt und Notar in D.-M.“

Der Antragsgegner (der Präsident des Landgerichts) sieht hierin einen Verstoß gegen § 3 DONot und das Werbeverbot der Notare. Er hat den Antragsteller gem. §§ 92, 93 BNotO angewiesen, das Praxisschild zu entfernen oder die Bezeichnung als „Notar“ unkenntlich zu machen. Der Antragsteller ist dagegen der Ansicht, es handele sich um einen zulässigen Hinweis auf die Sozietät ohne Werbewirkung.

Der gegen den Bescheid eingelegte Antrag auf gerichtliche Entscheidung blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Praxisschild verstößt gegen § 3 DONot. Nach dieser Verwaltungsvorschrift ist der Notar berechtigt, am Eingang zu seiner Geschäftsstelle und an dem Gebäude, in dem sich seine Geschäftsstelle befindet, ein Amtsschild anzubringen. Hat er kein Amtsschild angebracht, so hat er durch ein Namensschild auf seine Geschäftsstelle hinzuweisen.

Namensschilder dürfen nur am Eingang zur Geschäftsstelle des Notars und an dem Gebäude, in dem sich seine Geschäftsstelle befindet, angebracht werden. Das ergibt sich aus dem Zusammenhang von § 3 Abs. 2 (Namensschilder) und § 3 Abs. 1 DONot (Amtsschild), ferner aus dem Werbeverbot, dem der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes unterliegt (§§ 1, 14 BNotO). Das Namensschild dient ebenso wie das Amtsschild der Kennzeichnung der Geschäftsstelle des Notars. § 3 DONot regelt nicht nur die Art, sondern auch den Umfang der Beschilderung (BGH DNotZ 1984, 246, 248). Es ist unzulässig, an mehreren Stellen oder außerhalb des Bereichs der Geschäftsstelle mit Hinweisschildern zu werben (*Weingärtner-Schöttler*, Dienstordnung für Notare § 3 Rdnr. 55).

Das hier in Rede stehende Praxisschild, fernab von der Geschäftsstelle des Antragstellers und zudem im Bereich des Nurnotariats, ist unzulässig, soweit es auf die Notartätigkeit des Antragstellers im Teil von D., der zum Bereich des Anwaltsnotariats gehört, hinweist. Zwar mag sich aus ihm ergeben, daß in D.-R. keine notarielle Betreuung durch den Antragsteller stattfindet — sicher ist nicht einmal das angesichts dessen, daß juristische Laien vielfach nicht wissen, daß der Notar seine Urkundstätigkeit grundsätzlich nur innerhalb seines Amtsbereichs ausüben soll (§ 10 a Abs. 2 BNotO) —. Jedenfalls wird durch das Praxisschild aber der Eindruck erweckt, daß sich potentielle Mandanten in der Sozietät, der der Antragsteller angehört, umfassend sowohl anwaltlich als auch notariell betreuen lassen können. Es ist nicht allgemein bekannt, daß ein Notar grundsätzlich von einer Urkundstätigkeit absehen soll, wenn er oder ein mit ihm verbundener Rechtsanwalt den Mandanten in derselben Angelegenheit anwaltlich beraten hat. Daß der Antragsteller die Beschränkungen, denen er insoweit als Notar unterliegt, zu beachten bereit ist, ändert nichts daran, daß das Praxisschild geeignet ist, den Mandantensamm der Anwaltskanzlei, der er angehört, für eine notarielle Betreuung durch ihn „anzuwerben“. Die Behauptung

des Antragstellers, ein Werbeeffect sei bisher nicht eingetreten, ist unerheblich. Die Entfernung zwischen D.-R. und D.-M. ist nicht so groß, daß ernsthaft angenommen werden kann, die Mandanten, die die Kanzlei in D.-R. aufsuchen und eine möglichst umfassende Betreuung im anwaltlichen und notariellen Bereich durch dieselbe Sozietät wünschen, würden sich von der Entfernung davon abhalten lassen, den Antragsteller in seiner Geschäftsstelle in D.-M. aufzusuchen. Über die Gestaltung von Praxisschildern einer überörtlichen Sozietät hat der Senat nicht zu befinden. Jedenfalls in einer Stadt, in der teils das Nurnotariat, teils das Anwaltsnotariat gilt, ist es unzulässig, im Bereich des Nurnotariats an einer Anwaltskanzlei auf die in einem anderen Stadtteil befindliche Geschäftsstelle eines soziierten Anwaltsnotars hinzuweisen. Ein solcher Hinweis erweckt beim rechtssuchenden Publikum den Eindruck, daß in der betreffenden Sozietät eine umfassende anwaltliche und notarielle Betreuung — ähnlich wie im Bereich des Anwaltsnotariats — stattfindet, nur mit dem Unterschied, daß hinsichtlich der notariellen Betreuung ein Sozium in einem anderen Stadtteil aufgesucht werden müsse.

Die Weglassung der Berufsbezeichnung „Notar“ des Antragstellers auf dem Praxisschild bewirkt nicht dessen Unklarheit oder auch nur eine nicht hinnehmbare Unvollständigkeit. Auf dem Praxisschild einer Anwaltskanzlei brauchen nicht sämtliche Berufsbezeichnungen der Sozien aufgeführt zu werden.

40. UWG § 1 (Unzulässiger Hinweis auf Notar auf Praxisschild einer Anwaltskanzlei)

Führt ein in überörtlicher Sozietät tätiger, im Bereich des Nurnotariats zugelassener Rechtsanwalt auf seinem Kanzleischild einen Sozium als „Notar“ auf, erweckt er den unrichtigen Eindruck, auch in seiner Kanzlei erfolge eine notarielle Betreuung.

Einem am selben Ort zugelassenen Notar kann hiergegen ein Unterlassungsanspruch nach UWG zustehen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

AG Nordhausen, Urteil vom 26. 1. 1994 — 26 C 724/93 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Beklagte zu 4. ist Rechtsanwalt in N., einer Stadt im Geltungsbereich der VONot, also des Nurnotariats. Er ist in überörtlicher Sozietät mit den Beklagten zu 1. – 3. in W. (Hessen) verbunden. Die Beklagten zu 1. und 3. sind Rechtsanwälte, der Beklagte zu 2. ist Anwaltsnotar.

Der Beklagte zu 4. hat vor seiner Kanzlei ein Praxisschild angebracht. Auf diesem findet sich nach seinem Namen und seiner Berufsbezeichnung in kleinerer Schrift der Hinweis „in Sozietät mit (es folgen die Namen der Beklagten zu 1. – 3.) Notar und Rechtsanwälte — W. (Sitz der Beklagten zu 1. – 3.) —“

Der Kläger, ein Notar in N., verlangt mit seiner Klage gem. § 1 UWG von den Beklagten als Gesamtschuldern die Entfernung der Bezeichnung „Notar“, da der Anschein erweckt werde, daß die Beklagten in N. notarielle Tätigkeiten entfaltet.

Die Beklagten meinen, das Schild enthalte nur einen zulässigen Hinweis auf die Sozietät; eine Irreführungsgefahr sei bereits durch die Angabe des Kanzleisitzes der Beklagten zu 1. – 3. ausgeschlossen.

Das Amtsgericht N. hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt.

Aus den Gründen:

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Beseitigung des Wortes „Notar“ auf dem Praxisschild nach § 3 UWG zu.

Er besitzt die notwendige Aktivlegitimation, die sich aus § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG ergibt. Danach kann der Unterlassungsanspruch nach § 3 UWG von Gewerbetreibenden geltend gemacht werden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreiben.

Der Notar unterfällt dem Begriff „Gewerbetreibender“ im Sinne des UWG. Der Begriff ist hier nicht im üblichen Sinne zu verstehen; unter ihn kann er auch fallen, wenn andere Gesetze ihn ausdrücklich nicht als Gewerbetreibender bezeichnen. Hier ist eine besondere Auslegung geboten, um den wettbewerbsrechtlichen Schutz zu entfalten. Der Zweck des UWG geht dahin, den lautereren Wettbewerb zu gewährleisten. Entscheidend ist daher für die Auslegung des Begriffs „Gewerbetreibender“, ob eine Tätigkeit ausgeführt wird, die sich im wettbewerbsrechtlichen Wirkungskreis vollzieht. Das UWG will jede Form der Gewerbstätigkeit umfassen, also auch die Besorgung fremder Geschäfte in Gewinnabsicht. Da auch Notare, obwohl sie nach § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amtes sind, mit Gewinnerzielungsabsicht im Gegensatz zu den Beamten tätig werden, unterfallen sie dem Anwendungsbereich des UWG (siehe *Baumbach/Hefermehl*, WettbewerbsR, Einl. UWG Rdnr. 202).

Da der Kläger ebenso wie der Beklagte zu 2.) Notar ist, kann er seine Aktivlegitimation aus § 13 II Nr. 1 UWG herleiten. Zwar erwähnt diese Vorschrift ausdrücklich nur den Unterlassungsanspruch, ist aber entsprechend bei schutzwürdigem Interesse für den Beseitigungsanspruch gegeben. Vorliegend dient gerade die Beseitigung der Unterstützung des Unterlassungsverlangens, sie ist das allererste Erfordernis, so daß die Aktivlegitimation sich aus § 13 Nr. 1 UWG ergibt.

Durch die Verwendung des Schildes mit dem Zusatz „Notar“ werden durch die Beklagten im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse irreführende Angaben gemacht.

Es wird hier im „geschäftlichen Verkehr“ gehandelt. Dieser Begriff ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift weit auszulegen, es soll durch ihn nur die rein private oder rein amtliche Betätigung ausgeschieden werden. Dazu gehört die geschäftliche Betätigung im weitesten Sinne, in die auch die Notartätigkeit einzubeziehen ist.

Einer Prüfung einer konkreten Wettbewerbsbeziehung — „Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs“ — bedarf es vorliegend nicht, da schon die abstrakte Wettbewerbsbeziehung im Sinne des § 13 Abs. 2 UWG dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt. Wenn bereits eine abstrakte Wettbewerbsbeziehung die Klageberechtigung rechtfertigt, so ist es sachwidrig, noch ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen bestimmten Gewerbetreibenden zu fordern (so *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdnr. 225). Durch die Aufführung des Begriffs „Notar“ in der hiesigen Anwaltskanzlei wird eine irreführende Angabe gemacht im Sinne des § 3 UWG.

Zwar wird keine objektiv falsche Tatsache behauptet. Aus dem Schild ergibt sich nicht explizit, daß in der Kanzlei eine notarielle Tätigkeit entfaltet wird. Nach herrschender Meinung kann eine Angabe auch irreführend sein, wenn sie objektiv richtig ist. Dies ist dann der Fall, wenn ein nicht

völlig unerheblicher Teil der umworbenen Verkehrskreise mit einer objektiv richtigen Angabe eine unrichtige Vorstellung verbindet. Maßgebend ist die Bedeutung, die ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Verkehrskreise, an die sich die Ankündigung richtet, dieser in ungezwungener Auffassung beilegt (so BGHZ 13, 224, 253). Für potentielle Mandanten wird durch das Praxisschild der Eindruck erweckt, als könnten sie sich in der Sozietät sowohl anwaltlich als auch notariell betreuen lassen. Der unbefangene Betrachter wird zwar erkennen, daß der Notar nicht in N. residiert. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, daß er damit zugleich Kenntnis davon hat, daß der Notar nicht in N. zu erreichen ist und insbesondere dort keine Amtshandlungen vornehmen darf. Gerade der juristische Laie weiß vielfach nicht, daß der Notar seine Urkundstätigkeit grundsätzlich nur innerhalb seines Amtsbereichs ausüben soll.

Da somit für einen beachtlichen Personenkreis durch das Schild eine irreführende Angabe im Sinne des § 3 UWG gemacht wird, steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch zu.

Anmerkung:

Die vorstehenden rechtskräftigen Entscheidungen befassen sich — soweit ersichtlich — erstmals mit notarrechtlichen Fragen bei der Kundmachung oder „Firmierung“ von überörtlichen Sozietäten, wenn hieran Anwaltsnotare beteiligt sind.

1. Sie weisen zunächst zwei sehr unterschiedliche Wege aus, die zu einer gerichtlichen Überprüfung der Problematik führen können. Im Fall des Oberlandesgerichts Köln hatte die Dienstaufsicht einen Rechtsanwalt und Notar angewiesen, in dem Kanzleischild seiner Sozien, die ihre Kanzlei in einem anderen Stadtteil unterhalten, den Zusatz „und Notar“ zu entfernen. Hiergegen hat der Anwaltsnotar gem. § 111 BNotO Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt, der zwar zulässig, aber nicht begründet war. Im Fall des Amtsgerichts Nordhausen handelt es sich um eine Wettbewerbsklage eines Notars gegen drei Rechtsanwälte und einen Anwaltsnotar, der seinen Amtssitz in einem anderen Bundesland in der Stadt W. hat, aber gleichwohl auf dem Kanzleischild des mit ihm verbundenen Rechtsanwalts in der Stadt N. mit der Bezeichnung „Notar und Rechtsanwälte W.“ aufgeführt wird. Da das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb jede Form der Erwerbstätigkeit umfassen soll, findet es nach einhelliger Ansicht Anwendung auch auf Notare. Dennoch sollten Wettbewerbsklagen unter Notaren die „ultima ratio“ sein. Denn als Träger eines öffentlichen Amtes nehmen die Notare hoheitliche Aufgaben wahr und unterliegen in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit einer umfassenden Aufsicht. Wettbewerbsverstöße und insbesondere irreführende Werbung sind immer zugleich auch Verstöße gegen die allgemeinen Amtspflichten gem. § 14 Abs. 1 BNotO (vgl. *Seybold/Hornig* Kommentar zur BNotO, 5. Aufl., § 14, Rdnr. 8, 46 ff.). Es ist daher grundsätzlich die Aufgabe der zuständigen Justizverwaltung und Notarkammer (§ 67 Abs. 1 BNotO), die unzulässige „Firmierung“ eines Notars zu unterbinden. Allerdings können hierbei praktische Schwierigkeiten auftreten, insbesondere wenn sich — was bei überörtlichen Sozietäten häufig ist — die für den Notar zuständige Aufsicht nicht in dem Bundesland befindet, in dem die unzulässige „Firmierung“ erfolgt. In bestimmten Fällen ver-

spricht deshalb die wettbewerbsrechtliche Klage nach dem UWG einen rascheren Erfolg als die Beschwerde über den betreffenden Notar bei den Aufsichtsbehörden.

2. Die Frage der Zulässigkeit der Beteiligung eines Anwaltsnotars an einer überörtlichen Sozietät ist in den beiden Entscheidungen nicht angesprochen worden. Diese Frage ist bisher noch ungeklärt. Der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 108, 290 (293 ff.) = NJW 1989, 2890 f.; BGH NJW 1991, 2780, 2781; BGHZ 119, 225 ff. = NJW 1993, 196 ff.; BGH DStR 1994, 1318 f.) hat sich ausschließlich mit der überörtlichen Verbindung von Nur-Rechtsanwälten auf der Grundlage des anwaltlichen Berufsrechts befaßt. Er hatte noch keine Gelegenheit, über die Beteiligung eines Rechtsanwalts und Notars an einer überörtlichen Sozietät zu entscheiden. Deren Zulässigkeit ist darüber hinaus an den gesetzlich vorgeschriebenen Organisationsstrukturen des Notarates und den Essentialia des Notarrechtes zu messen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 54, 237, 247 = DNotZ 1980, 556, 560 betreffend die Sozierung zwischen Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer) hat anerkannt, daß sich aus der Gesamtregelung der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum ergeben kann, daß die Berufsverbindung eines Anwaltsnotars unzulässig ist. In bezug auf die Beteiligung des Anwaltsnotars an einer überörtlichen Sozietät werden die Gerichte hier vor allen folgende Gesichtspunkte zu prüfen haben, die im Rahmen dieser Anmerkung nur kurz angesprochen werden können:

Die Vorschriften der §§ 10, 10 a und 11 BNotO sichern für jeden Notar einen örtlichen Zuständigkeitsbereich. Nur in den dort geregelten Ausnahmefällen darf ein anderer Notar in diesem Bereich tätig werden. Die Beteiligung des Anwaltsnotars an einer überörtlichen Sozietät greift in dieses Zuständigkeitsystem ein, wenn er die Verbindung mit Rechtsanwälten an einem anderen Ort als eine Art „Außenstelle“ benutzt, mit deren Hilfe ihm Klienten zugeführt werden. Der sich daraus für ihn ergebende Beurkundungsbedarf ist dann nicht mehr die Folge einer freien Notarwahl, sondern Folge einer institutionellen, die festgelegten Zuständigkeitsräume überschreitenden Organisationsstruktur.

Die Bindung des Amtsträgers an eine örtliche Zuständigkeit und die Beschränkung seiner Amtshandlungen auf einen fest definierten Zuständigkeitsraum sind auch ein wesentliches Element für die Gewährleistung einer wirksamen Dienst- und Standesaufsicht. Diesbezüglich weist die Beteiligung eines Anwaltsnotars an einer überörtlichen Rechtsanwaltssozietät eine besondere Problematik auf. Diese Verbindung erweckt — wie beide Gerichte ausführen — an den Orten, wo ausschließlich Rechtsanwälte zugelassen sind, den Eindruck eines „umfassenden Dienstleistungsangebots“, das sowohl die notarielle Amtstätigkeit als auch die anwaltliche Betreuung erfaßt. Bei Beachtung der notariellen Amtspflichten ist dieses dort in der Regel aber nicht gegeben:

— Ein Notar soll nach § 3 Abs. 1 Ziff. 5 BeurkG von einer Urkundstätigkeit absehen, wenn er oder ein mit ihm verbundener Rechtsanwalt den Rechtsuchenden in derselben Angelegenheit anwaltlich beraten hat.

— Ebenso darf der Notar seine Urkundstätigkeit grundsätzlich nur innerhalb seines Amtsbereichs und damit nicht in der Geschäftsstelle der mit ihm überörtlich verbundenen Sozien ausüben.

— Schließlich darf er dieses Verbot auch nicht dadurch umgehen, daß er die Beurkundung mit Notariatsangestellten als vollmachtlose Vertreter vornimmt und dies später von den Rechtsuchenden genehmigen läßt. Es entspricht gefestigter Standesanschauung, daß Angestellte eines Notars private Beteiligte bei der Beurkundung eines Vertrages grundsätzlich nicht vertreten sollen, weil die Rechtsuchenden in diesen Fällen nicht die nach § 17 BeurkG erforderlichen Belehrungen erhalten und damit eine der wesentlichen Sicherungen des notariellen Beurkundungsverfahrens beeinträchtigt wird.

Die Einhaltung dieser Amtspflichten, die zu den Essentialia des Notarrechts gehören, läßt sich bei überörtlichen Sozietäten kaum wirksam durch die Dienst- und Standesaufsicht überwachen. Denn dies würde letztlich eine Bewertung der gesamten Mandatsbeziehung von der vorbereitenden anwaltlichen oder notariellen Beratung bis hin zur Beurkundung erfordern. Hinweise auf Verstöße gegen die Mitwirkungs- und Tätigkeitsverbote können bei der Prüfung des Anwaltsnotars aber nicht festgestellt werden, wenn sich diese Vorgänge in der Kanzlei der Sozien angebahnt haben, die Nur-Rechtsanwälte sind und anders als der Notar keiner regelmäßigen Geschäftsprüfung unterliegen.

3. Sowohl das Oberlandesgerichts Köln als auch das Amtsgericht Nordhausen sind hierauf nicht eingegangen. Das Oberlandesgericht Köln stellte darauf ab, daß nach § 3 DONot Namensschilder nur am Eingang zur Geschäftsstelle des Notars und an dem Gebäude angebracht werden dürfen, in dem sich seine Geschäftsstelle befindet. Daraus ergibt sich ohne weiteres die Unzulässigkeit eines Praxischildes, das den falschen Eindruck erweckt, als unterhalte hier der an einem anderen Ort ansässige Anwaltsnotar eine weitere Geschäftsstelle.

Beide Gerichte halten dabei auch den objektiv richtigen Hinweis auf den tatsächlichen Amtssitz „Rechtsanwalt und Notar in W.“ für einen Verstoß gegen das Werbeverbot. Der in den Vorschriften der Bundesnotarordnung zum Ausdruck kommende Unterschied des öffentlichen Amtes des Notars von jeglicher gewerblicher Tätigkeit ist nicht nur für die Geltung des Werbeverbots an sich, sondern auch dafür von Bedeutung, wie dessen Inhalt näher zu bestimmen ist (BGHZ 106, 212, 215 = DNotZ 1989, 324, 326). Der Notar unterliegt demgemäß in bezug auf das Werbeverbot weitaus strengeren Maßstäben als etwa der Rechtsanwalt. Vor diesem Hintergrund ist es — wie das Oberlandesgericht Köln unter Berufung auf *Weingärtner/Schöttler* (DONot, 6. Aufl., § 3, Rdnr. 55) ausführt — unzulässig, an mehreren Stellen oder außerhalb des Bereichs der Geschäftsstelle mit Hinweisschildern zu werben. Im Fall des Amtsgerichts Nordhausen war diese Werbung zudem auch noch objektiv falsch, weil auf die überörtliche Sozietät mit der Bezeichnung „Notar und Rechtsanwälte“ hingewiesen wurde. Dies kann bei dem juristischen Laien den unzutreffenden Eindruck erwecken, als handele es sich um eine Verbindung mit einem zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellten Notar.

4. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zu den Vorstellungen der „umworbenen Verkehrskreise“. Zu Recht wird festgestellt, daß bei juristischen Laien nicht vorausgesetzt werden kann, daß sie Kenntnis von den notariellen Amtspflichten haben. Der Hinweis auf das Notaramt in dem Praxisschild läßt deshalb den Eindruck entstehen, daß der Rechtsuchende dort eine

umfassende anwaltliche und notarielle Betreuung erfahren kann, obwohl — wie dargelegt — ein solches Dienstleistungsangebot an den Orten, wo kein Mitglied der Sozietät zum Notar bestellt ist, nicht gegeben ist.

Die Entscheidungen betreffen damit nicht nur die Kanzleischilder einer überörtlichen Sozietät, sondern auch ihre Drucksachen und Briefbögen. So prägt sich die Kopfzeile einer überörtlichen Sozietät beim Publikum wie eine „Firma“ ein. Wird in dieser Kopfzeile die Bezeichnung „Rechtsanwälte und Notare“ aufgeführt, so werden durch diese „Firmierung“ die Erwartungen des Publikums dann getäuscht, wenn an dem Absenderort keiner der Sozien zum Notar bestellt ist. Ebenso ist es irreführend, wenn der Briefkopf unter der Bezeichnung „Rechtsanwälte und Notare“ Orte auflistet, an denen die Mitglieder der Sozietät ausschließlich Rechtsanwälte sind. Auch hier wird der Eindruck erweckt, als sei die notarielle Dienstleistung an allen im Briefkopf genannten Orten verfügbar. Da sich vor allem der Briefkopf einer Anwaltssozietät beim Publikum einprägt, kann der auf diese Weise hervorgerufene falsche Eindruck auch nicht mehr durch eine zutreffende Auflistung in der Seitenzeile des Briefbogens beseitigt werden.

Auf der Basis der vorstehenden Entscheidungen ist vielmehr davon auszugehen, daß auch in der Seitenleiste der Hinweis auf das Notaramt zu unterbleiben hat, wenn an dem Absenderort des Briefes keiner der Rechtsanwälte zum Notar bestellt ist. Denn die Auflistung der der Sozietät woanders angehörenden Notare ist wiederum geeignet, beim Laien die Vorstellung eines umfassenden, die notarielle Tätigkeit einschließenden, Dienstleistungsangebots zu erwecken. Die Briefbögen entfalten insoweit eine Wirkung, die mit einem Hinweisschild außerhalb des Amtsbereichs vergleichbar ist. Für die Briefbögen sollte deshalb nichts anderes gelten als für das Kanzleischild. Wie das Oberlandesgericht Köln ausführt, müssen dort nicht sämtliche Berufsbezeichnungen der Sozien aufgeführt werden. Das Fehlen des Hinweises auf das Amt des Notars in den Schildern anderer Geschäftsstellen bewirke weder deren Unklarheit noch eine nicht hinnehmbare Unvollständigkeit.

Notar a. D. Dr. Christoph Neuhaus, Köln

Steuerrecht

41. EStG § 10 e (*Kein § 10 e EStG bei Nutzung durch die dauernd getrennt lebende Ehefrau*)

Die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG steht dem Eigentümer nicht zu für eine Wohnung, die er seiner dauernd von ihm getrennten Ehefrau unentgeltlich zur Nutzung überlassen hat.

BFH, Urteil vom 26. 1. 1994 — X R 17/91 —

Tatbestand der Schriftleitung:

Der Kläger lebt seit 1984 von seiner Ehefrau getrennt. Ende 1988 hat seine Ehefrau die bisherige Familienwohnung verlassen und eine vom Kläger erworbene Wohnung bezogen. Diese Wohnung meldete der mit Hauptwohnsitz weiterhin in der alten Wohnung gemeldete Kläger polizeilich als Zweitwohnsitz an.

Im Lohnsteuerermäßigungsverfahren für 1988 und 1989 machte der Kläger jeweils „Unterhaltsleistungen an den dauernd getrennt lebenden Ehegatten“ gem. § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG geltend, für die das Finanzamt Freibeträge auf den Lohnsteuerkarten gewährte. Die außerdem beantragte Eintragung eines Abzugsbetrages nach § 10 e EStG für die angeschaffte Wohnung wurde vom Finanzamt verweigert, da sie der Kläger nicht zu eigenen Wohnzwecken nutze. Der Kläger wandte dagegen ein, auch er nutze die Wohnung der Ehefrau gelegentlich zu verschiedenen Zwecken.

Die Einsprüche des Klägers wurden zurückgewiesen; der dagegen erhobene Klage hat das Finanzgericht stattgegeben, da eine Nutzung auch durch Familienangehörige erfolgen könne. Die dagegen erhobene Revision des Finanzamtes führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Dem Kläger steht für die an die getrennt lebende Ehefrau überlassene Wohnung kein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG zu.

1. Die Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung nach § 10 e Abs. 1 EStG setzt u. a. voraus, daß der Eigentümer die angeschaffte oder hergestellte Wohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Der Begriff „eigene Wohnzwecke“ ist mehrdeutig.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung wird durch die Beifügung des Wortes „eigen“ zum Ausdruck gebracht, daß die Nutzung auf die Wohnzwecke des Eigentümers selbst bezogen sein müsse. Zur Eigennutzung in diesem Sinne gehöre daher die Nutzung durch den Eigentümer und die Mitbenutzung der Wohnung durch die mit ihm in einer Haushaltsgemeinschaft lebenden Familienangehörigen, nicht dagegen die „mittelbare“ Eigennutzung, die durch eine unterhaltsrechtlich begründete unentgeltliche Wohnungsüberlassung entstehe.

Der erkennende Senat hat im Urteil vom 26. 1. 1994 — XR 94/91 (BFHE 173, 345, BStBl II 1994, 544) ausgeführt, auch die Überlassung einer Wohnung aufgrund unterhaltsrechtlicher Verpflichtung gegenüber Kindern könne nach dem Wortsinn noch als Nutzung zu eigenen Wohnzwecken aufgefaßt werden. Aufgrund des mit der Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG verfolgten Zwecks, insbesondere Familien mit Kindern den Erwerb von Wohneigentum zu ermöglichen, hat der Senat eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken des Eigentümers angenommen, wenn dieser die Wohnung einkommensteuerlich zu berücksichtigenden Kindern i. S. des § 32 Abs. 1 bis 5 EStG zum Wohnen überläßt.

Eine andere Beurteilung ist dagegen geboten, wenn der Eigentümer seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau eine Wohnung zur Verfügung stellt. Besteht die zum Wesen der Ehe gehörende Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft auf Dauer nicht mehr und überläßt der unterhaltsverpflichtete Eigentümer der von ihm getrennt lebenden Ehefrau an Stelle des Barunterhalts eine Wohnung zur unentgeltlichen Nutzung, wird die Wohnung aus der Sicht des überlassenden Ehegatten nicht zu eigenen, sondern zu fremden Wohnzwecken genutzt.

Haben Eltern einem unverheirateten Kind Unterhalt zu gewähren, können sie grundsätzlich die Art des Unterhalts — Geld oder Naturalunterhalt — bestimmen (§ 1612 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Eltern entscheiden also darüber, ob das Kind im elterlichen Haushalt oder außerhalb der Familienwohnung wohnt. Dieses Bestimmungsrecht ermöglicht den

Eltern, in gewissem Umfang auch noch auf volljährige Kinder Einfluß zu nehmen und deren Lebensführung zu überwachen (vgl. *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl., § 1612 Rdnr. 5). Kommt eine Unterbringung im elterlichen Haushalt, z. B. aufgrund der räumlichen Verhältnisse oder weil das Kind an einem anderen Ort ausgebildet wird, nicht in Betracht, gehört das Kind im allgemeinen gleichwohl noch zur Familiengemeinschaft, so daß die Nutzung einer den Eltern gehörenden Wohnung durch ein Kind den Eltern als Nutzung zu eigenen Wohnzwecken zugerechnet werden kann.

Bei dauernd getrennt lebenden Ehegatten hingegen hat der Unterhaltsverpflichtete Unterhalt durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren (§ 1361 Abs. 4 BGB). Er kann an Stelle des Barunterhalts auch Sachleistungen — z. B. durch Überlassung einer Wohnung — erbringen, sofern der Unterhaltsberechtigte damit einverstanden ist. Infolge der fehlenden Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft kann aber das Bewohnen einer Wohnung durch den dauernd getrennt lebenden Ehegatten dem unterhaltsverpflichteten Ehegatten nicht als eigenes zugerechnet werden.

Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des Realsplittings in § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu erkennen gegeben, daß die steuerrechtliche Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten gegenseitlich begrenzt sein soll.

Aus § 52 Abs. 15 Satz 2 EStG ist ersichtlich, daß nach der Wertung des Gesetzgebers nicht jedwedes Zurverfügungstellen von Wohnraum in Erfüllung einer Unterhaltspflicht die „eigenen Wohnzwecke“ berührt. Diese Vorschrift, die zwischen der Nutzung durch den Steuerpflichtigen „zu eigenen Wohnzwecken“ und „Wohnzwecken des Altenteilers“ unterscheidet, läßt darauf schließen, daß im Sinne des EStG „eigene“ Wohnzwecke nur erfüllt werden, wenn unterhaltsberechtigte Personen typischerweise zur Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft des Steuerpflichtigen gehören.

2. Ehegatten leben dauernd getrennt, wenn die zum Wesen der Ehe gehörende Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft auf Dauer nicht mehr besteht. Wesentliches Merkmal der ehelichen Lebensgemeinschaft ist das Zusammenleben der Ehegatten (z. B. BFH-Urteil vom 15. 6. 1973 — VI R 150/69, BFHE 109, 363, BStBl II 1973, 640). Leben die Ehegatten jeweils für sich in verschiedenen Wohnungen, kann eine eheliche Lebensgemeinschaft nur angenommen werden, wenn die Trennung durch äußere Umstände erzwungen wurde (z. B. durch eine Berufstätigkeit an einem anderen Ort) und die Ehegatten die Absicht haben, nach Wegfall des Hindernisses wieder zusammenzuleben.

3. Da das FG von anderen Grundsätzen ausgegangen ist, ist die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif.

Die vom Kläger geschilderten Kontakte zu seiner Ehefrau reichen nicht aus, um eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft annehmen zu können.

Ein Abzugsbetrag für die von der dauernd getrennt lebenden Ehefrau bewohnte Wohnung steht ihm daher nicht zu.

42. EStG § 10 e (Kein § 10 e bei mittelbarer Grundstücks-schenkung)

1. Erbbauzinsen oder einmalige für den Erwerb des Erbbaurechts anfallende Aufwendungen sind nicht nach § 10 e Abs. 1 EStG begünstigt.
2. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur mittelbaren Grundstücksschenkung gelten auch im Rahmen des § 10 e EStG. Verpflichtet sich der Schenker im Kaufvertrag dem Verkäufer gegenüber, die Anschaffungskosten für das zur Eigennutzung des Beschenkten (Käufers) vorgesehene Einfamilienhaus zu bezahlen, ist dieser nicht berechtigt, für die vom Schenker übernommenen Aufwendungen einen Abzugsbetrag nach § 10 e EStG in Anspruch zu nehmen.
3. Dem Beschenkten steht für die von ihm selbst getragenen Anschaffungskosten kein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG zu.

BFH, Urteil vom 8. 6. 1994 — X R 51/91 —, mitgeteilt von Notarassessor Dr. Norbert Mayer, München

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute. Sie werden zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Durch notariellen Kaufvertrag vom 8. 5. 1987 erwarben sie — der Kläger zu 2/3, die Klägerin zu 1/3 — das Erbbaurecht an einem mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstück. Der Kaufpreis betrug 290.000 DM. Lt. § 2 des Kaufvertrages verpflichteten sich die Eltern des Klägers gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung des anteiligen Kaufpreises für ihren Sohn in Höhe von 100.000 DM, die Großmutter des Klägers zur Zahlung des weiteren anteiligen Kaufpreises in Höhe von ebenfalls 100.000 DM. Die Eltern der Klägerin erklärten sich gegenüber dem Verkäufer zur Zahlung des von der Klägerin geschuldeten Kaufpreisanteils von 90.000 DM bereit. Die Kläger unterwarfen sich wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung, ebenso die Eltern und die Großmutter des Klägers sowie die Eltern der Klägerin wegen ihrer Verpflichtungen zur Zahlung des jeweiligen Kaufpreisanteils.

§ 4 des Vertrages lautet:

„Schenkung

(Der Kläger) ist mit seinen Eltern und seiner Großmutter darüber einig, daß mit der Zahlung der von ihnen zu erbringenden Kaufpreisteile von insgesamt 200.000 DM auf den (vom Kläger) geschuldeten Kaufpreisteil nicht dieser, sondern das von (dem Kläger) anteilig erworbene Erbbaurecht schenkungsweise zugewendet wird, wobei jeder Elternteil im Innenverhältnis je eine Hälfte zuwendet.

In gleicher Weise sind (die Klägerin) und ihre Eltern darüber einig, daß mit der Zahlung des von ihnen zur Zahlung übernommenen Kaufpreisanteils von 90.000 DM auf den von ihrer Tochter geschuldeten Kaufpreisteil nicht dieser, sondern das von ihr anteilig erworbene Erbbaurecht schenkungsweise zugewendet wird, wobei wiederum jeder Elternteil im Innenverhältnis je eine Hälfte zuwendet.

(Die Kläger) haben sich die ihnen zugewendeten Beträge je auf ihren Pflichtteil nach den Schenkern anrechnen zu lassen.“

Die Kläger bewohnten das Einfamilienhaus ab 26. 7. 1987.

In der Einkommensteuererklärung 1987 machten sie einen Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) 1987 in Höhe von 14.902 DM geltend. In die Bemessungsgrundlage bezogen sie die Anschaffungskosten des Gebäudes den Kaufpreis für das Erbbaurecht in Höhe von 290.000 DM, Grunderwerbsteuer, Gerichtsgebühren, Fahrtkosten, Aufwendungen für Baumaterial, Handwerkszeug und ähnliches in Höhe von insgesamt 26.468 DM sowie als Anschaffungskosten des Grund und Bodens die Hälfte des kapitalisierten Erbbauzinses (15.693 DM) ein. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt — FA —) gewährte die

begehrte Begünstigung nach § 10 e EStG mangels eigener Anschaffungskosten der Kläger nicht. Einspruch und Klage waren erfolglos. Ebenso blieb die Revision der Kläger ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zu Recht hat das FG weder für den von den Klägern geltend gemachten kapitalisierten Wert der Erbbauzinsen noch für die einmaligen Aufwendungen zum Erwerb des Erbbaurechts (Grunderwerbsteuer, Gerichtsgebühren) einen Abzugsbetrag nach § 10 e EStG gewährt.

§ 10 e Abs. 1 EStG begünstigt die Anschaffungs- und Herstellungskosten einer Wohnung im eigenen Haus oder einer eigenen Eigentumswohnung „zuzüglich der Hälfte der Anschaffungskosten für den dazugehörenden Grund und Boden“.

a) Laufend zu zahlende Erbbauzinsen sind bereits begrifflich keine Anschaffungskosten.

Ein Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 der Verordnung über das Erbbaurecht — ErbbauV —). Es ist ein dingliches Recht zur Nutzung fremden Grund und Bodens. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ist das durch die Bestellung eines Erbbaurechts begründete Rechtsverhältnis nach seinem rechtlichen und wirtschaftlichen Leistungsinhalt ein der Miete und Pacht angenähertes entgeltliches Dauernutzungsverhältnis, das auf einen fortwährenden Leistungsaustausch zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten gerichtet ist. Der Grundstückseigentümer hat für die Dauer der Erbbaurechtsbestellung die Nutzung des Grundstücks durch den Erbbauberechtigten zu dulden und erhält als Entgelt laufende Leistungen des Erbbauberechtigten in Form des wiederkehrenden Erbbauzinses (z. B. BFH-Urteile vom 20. 1. 1983 IV R 158/80, BFHE 138, 53, BStBl II 1983, 413; vom 17. 4. 1985 I R 132/81, BFHE 144, 213, BStBl II 1985, 617 und vom 4. 6. 1991 X R 136/87, BFHE 165, 349, BStBl II 1992, 70 jeweils m. w. N.). Obwohl es sich bürgerlich-rechtlich um ein dingliches, grundstücksgleiches Recht handelt, sind für die steuerrechtliche Beurteilung die laufenden, wechselseitigen Leistungsverpflichtungen maßgebend. Im Rahmen der Gewinneinkünfte sind daher die Erbbauzinsen beim Grundstückseigentümer Betriebseinnahmen, beim Erbbauberechtigten Betriebsausgaben. Entsprechendes gilt für die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Der Grundstückseigentümer hat die Erbbauzinsen mit deren Zufluß als Einnahmen zu versteuern, beim Erbbauberechtigten gehören die abgeflossenen Erbbauzinsen zu den sofort abziehbaren Werbungskosten.

Die Beurteilung des Erbbaurechtsverhältnisses als entgeltliches Dauernutzungsverhältnis gilt auch im Bereich der Wohnungsbauförderung nach § 10 e EStG. Da die jährlich zu erbringenden Erbbauzinszahlungen Entgelt für die fortwährende Duldung der Grundstücksnutzung durch den Eigentümer sind, können sie weder Anschaffungskosten für den zum Haus oder zur Wohnung gehörenden Grund und Boden noch — den Anschaffungskosten des Grund und Bodens ggf. gleichzustellende (s. u. 1. c) — Anschaffungskosten für ein Erbbaurecht sein.

b) Die — lt. Einkommensteuererklärung von den Klägern getragenen — einmaligen Aufwendungen für den Erwerb des Erbbaurechts (Grunderwerbsteuer, Gerichtsgebühren) sind zwar, soweit sie auf das Erbbaurecht und nicht auf

das Gebäude entfallen, Anschaffungskosten des Erbbaurechts (vgl. z. B. BFHE 165, 349, BStBl II 1992, 70). Nach der Beschlußempfehlung und dem Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drucks 10/5208, S. 40) sollte die Förderung der Anschaffungskosten des Grund und Bodens auch die Anschaffungskosten für ein Erbbaurecht umfassen. Im Gesetzeswortlaut kommt diese Auffassung aber nicht zum Ausdruck. Anschaffungskosten für den zur eigengenutzten Wohnung gehörenden Grund und Boden sind nur Aufwendungen zur Erlangung des Grundstückseigentums. Aufwendungen für den Erwerb eines — wenn auch verdinglichten — Nutzungsrechts sind nicht begünstigt.

c) Aufwendungen für den Erwerb eines Erbbaurechts können auch nicht im Wege der Analogie den Anschaffungskosten für den Grund und Boden gleichgestellt werden. Eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, die zu einer Analogie zugunsten der Kläger berechtigen würde, liegt nicht vor. (*Wird ausgeführt.*)

2. Aus dem von den Eltern der Kläger und der Großmutter des Klägers für das Erbbaurecht mit Gebäude bezahlten Kaufpreis von 290.000 DM steht den Klägern ebenfalls kein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG zu.

a) Die Inanspruchnahme eines Abzugsbetrages für das Einfamilienhaus scheidet nicht schon daran, daß die Kläger dieses im Wege eines Erbbaurechtskaufs erworben haben. Das aufgrund eines Erbbaurechts errichtete Gebäude gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauV) und nicht als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Daher wird der Erbbauberechtigte Eigentümer des Gebäudes. Bei Veräußerung des Erbbaurechts an einem bebauten Grundstück wird der Erwerber Eigentümer des Gebäudes, so daß das Tatbestandsmerkmal des § 10 e Abs. 1 EStG „Wohnung in einem . . . eigenen Haus“ erfüllt ist.

Obwohl das Erbbaurecht und das Gebäude als dessen wesentlicher Bestandteil zivilrechtlich eine Einheit bilden, ist einkommensteuerrechtlich zu unterscheiden zwischen dem Erwerb des Erbbaurechts als Recht zur Nutzung fremden Grund und Bodens und dem damit verbundenen Erwerb des Gebäudes. Die Kosten für den Erwerb eines Erbbaurechts an einem bebauten Grundstück sind nur nach § 10 e EStG begünstigt, soweit sie auf das Gebäude entfallen. Ob der Kaufpreis von 290.000 DM in voller Höhe für das Gebäude gezahlt wurde, kann der Senat im Streitfall offenlassen, weil insoweit ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG mangels eigener Anschaffungskosten der Kläger nicht in Betracht kommt.

b) Nach § 10 e Abs. 1 EStG sind nur die vom Steuerpflichtigen selbst aufgewendeten Kosten für die Anschaffung der Wohnung begünstigt. Für den unentgeltlichen Erwerb einer Wohnung ist ein Abzugsbetrag nicht zu gewähren (BFH-Urteil vom 4. 12. 1991 X R 89/90, BFHE 166, 346, BStBl II 1992, 295).

Ein unentgeltlicher Erwerb liegt auch bei einer sog. mittelbaren Gebäudeschenkung vor. Die von der Rechtsprechung im Schenkungsteuerrecht zur mittelbaren Grundstücksschenkung entwickelten Grundsätze gelten auch für das Einkommensteuerrecht (BFH-Urteil vom 15. 5. 1990 IX R 21/86, BFHE 162, 26, BStBl II 1992, 67) und somit

auch im Rahmen des § 10 e EStG (gl. A. OFD München vom 13. 7. 1992, BB 1992, 1701 [= MittBayNot 1992, 364]; *Stuhrmann*, Deutsche Steuerzeitung 1992, 262, 266; *Stephan*, Die Besteuerung selbstgenutzten Wohnungseigentums, 4. Aufl., S. 79, 80; *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10 e EStG Anm. 132; *Jaser/Wacker*, Die neue Eigenheimbesteuerung, 7. Aufl., S. 40; a. A. *N. Mayer*, DStR 1992, 1266; *Neufang*, Die Information über Steuer und Wirtschaft 1990, 540, 541; *Obermeier*, Das selbstgenutzte Wohneigentum, 3. Aufl., Rdnr. 149). Nach diesen Grundsätzen bestimmt sich der Gegenstand der Schenkung nach der Schenkungsabrede und nach dem, was der Bedachte endgültig erhalten hat. Es kommt also darauf an, was nach der Schenkungsabrede geschenkt sein soll und worüber der Bedachte im Verhältnis zum Schenker tatsächlich und rechtlich verfügen kann. Entscheidend ist nicht, auf welche Weise sich das Vermögen des Schenkers mindert, sondern wie sich das Vermögen beim Bedachten vermehrt. Kann der Beschenkte nicht über das ihm zuge dachte Geld, sondern (erst) über das damit erworbene Grundstück verfügen, ist Gegenstand der Schenkung das Grundstück.

Die Kläger sind zwar lt. Vertrag Käufer des Erbbaurechts und schulden damit (auch) selbst das vereinbarte Entgelt. Jedoch haben sich die Eltern und die Großmutter im Vertrag verpflichtet, das Entgelt — jeweils anteilig — zu zahlen und sich wegen dieser Verpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Die Kläger konnten also nicht über die von Eltern und Großmutter gezahlten 290.000 DM, sondern nur über das von Eltern und Großmutter bezahlte Erbbaurecht nebst dem auf dem Grundstück errichteten Einfamilienhaus verfügen. Anschaffungskosten für die eigengenutzte Wohnung sind ihnen nicht entstanden.

c) Der im Bereich des Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzugs entwickelte Gedanke, daß unter bestimmten (im einzelnen streitigen) Voraussetzungen auch Zahlungen eines Dritten als Aufwendungen des Steuerpflichtigen anzusehen sind (vgl. Vorlagebeschluß des IV. Senats des BFH vom 9. 7. 1992 IV R 115/90, BFHE 169, 56, BStBl II 1992, 948), ist im Bereich der Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG ebensowenig anwendbar wie im Bereich der Vorsorgeaufwendungen (s. hierzu Senatsurteil vom 19. 4. 1989 X R 2/84, BFHE 157, 101, BStBl II 1989, 683).

Den Gesichtspunkt der individuellen Belastung zu vernachlässigen kann allenfalls im Hinblick auf den Zweck des Betriebsausgaben-/Werbungskostenabzugs gerechtfertigt sein, alle Aufwendungen zu erfassen, die der Erzielung von Einkünften gedient haben. Nach § 10 e Abs. 1 EStG sind aber nur eigene Aufwendungen des Steuerpflichtigen begünstigt, die ihm in Form von Anschaffungs- und Herstellungskosten entstanden sind (BFHE 166, 346, BStBl II 1992, 295). Es soll derjenige Steuerpflichtige gefördert werden, der durch Aufwendungen belastet ist, die für die Erlangung des Wohneigentums erforderlich waren (Senatsurteil vom 13. 1. 1993 X R 53/91, BFHE 170, 186, BStBl II 1993, 346 [= MittBayNot 1993, 239]). Der von den Eltern und der Großmutter bezahlte Kaufpreis hätte die Kläger lediglich dann zur Inanspruchnahme eines Abzugsbetrags nach § 10 e Abs. 1 EStG berechtigt, wenn ihnen diese Geldbeträge zuvor geschenkt worden wären. Die Schenkung von Geldbeträgen sollte im Streitfall aber aus schenkungsteuerrechtlichen Gründen gerade vermieden werden.

d) Zu Recht hat das FG es abgelehnt, in analoger Anwendung des § 11 d der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) einen Abzugsbetrag für die von den Eltern und der Großmutter getragenen Aufwendungen zu gewähren. Nach dem Urteil des Senats in BFHE 166, 346, BStBl II 1992, 295 ist § 11 d EStDV im Rahmen des § 10 e EStG weder unmittelbar noch analog anwendbar. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf die Gründe dieser Entscheidung Bezug.

3. Die von den Klägern neben dem Kaufpreis von 290.000 DM als Anschaffungskosten geltend gemachten Aufwendungen von 26.468 DM sind — auch wenn sie die Kläger selbst getragen haben — nicht nach § 10 e EStG begünstigt.

a) Ein Abzugsbetrag steht dem Steuerpflichtigen nur zu, wenn er eine Wohnung hergestellt (§ 10 e Abs. 1 Satz 1 EStG) oder angeschafft (§ 10 e Abs. 1 Satz 4 EStG) hat. Eine Anschaffung i. S. des § 10 e EStG liegt nur bei entgeltlichem Erwerb vor (BFH-Urteil in BFHE 170, 186, BStBl II 1993, 346). Die sog. Anschaffungskosten (im Streitfall Grunderwerbsteuer, Gerichtsgebühren und Fahrtkosten) erfüllen zwar die Begriffsmerkmale der Anschaffungskosten, weil sie aufgewendet werden müssen, um das Gebäude zu erwerben (vgl. § 255 Abs. 1 Satz 2 des Handelsgesetzbuches). Sie entstehen im Zusammenhang mit dem Erwerb, sind aber keine Gegenleistung für das erworbene

Gebäude. Sie führen somit nicht zu einer Anschaffung i. S. des § 10 e EStG. Anschaffungsnebenkosten gehören daher nur bei entgeltlichem Erwerb zur Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG. Bei unentgeltlichem Erwerb sind sie nicht selbständig begünstigt.

b) Die von den Klägern geltend gemachten Aufwendungen für Baumaterial usw. sind Erhaltungsaufwendungen, die im Zusammenhang mit der Anschaffung einer Wohnung als Vorkosten nach § 10 e Abs. 6 EStG begünstigt sind. Da eine Anschaffung — wie oben dargelegt — nur bei entgeltlichem Erwerb anzunehmen ist, sind im Streitfall auch keine Vorkosten abziehbar.

4. Der Senat kann im vorliegenden Anfechtungsverfahren nicht darüber entscheiden, ob ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG aus Billigkeitsgründen im Hinblick darauf in Betracht kommt, daß die Finanzverwaltung ursprünglich sowohl bei den Aufwendungen für ein Erbbaurecht (vgl. Steuer-Lexikon 3, § 10 e EStG, 1009) als auch bei mittelbaren Grundstücksschenkungen (vgl. *Stuhrmann*, DStR 1992, 941; *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 10 e Rdnr. 8 a) Abzugsbeträge nach § 10 e Abs. 1 EStG gewährt hatte. Die Kläger haben auch nicht vorgetragen, die Verträge aufgrund entsprechender Auskünfte oder im Vertrauen auf eine bestehende Verwaltungsregelung geschlossen zu haben.

1. Vollzug der Bayerischen Bauordnung und der bauaufsichtlichen Verfahrensverordnung

Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 11. 5. 1994, Nr. II B 4 — 4102.2 — 002/94

An die Regierungen
die unteren Bauaufsichtsbehörden
die Gemeinden

1. Gem. § 1 Abs. 4 der Verordnung über das bauaufsichtliche Verfahren i. d. F. der Bekanntmachung vom 22. 8. 1988 (GVBl S. 292, ber. S. 322, 332, BayRS 2132-1-2-I; diese Verordnung wird voraussichtlich zum 1. 6. 1994 an die Änderungen der BayBO angepaßt und wird dann die Bezeichnung „Verordnung über die Bauvorlagen im bauaufsichtlichen Verfahren“ erhalten), werden die anliegenden Vordrucke (**Anlage 1:** Bauantrag mit Erläuterung, **Anlage 2:** Baubeschreibung, **Anlage 4:** Anzeige des Abbruchs einer baulichen Anlage) bekanntgemacht und verbindlich eingeführt. . . .
3. Für Erklärungen über die Übernahme von Abstandsflächen im Sinn von Art. 7 Abs. 5 BayBO wird die Verwendung des als **Anlage 5** aufgeführten Vordrucks empfohlen.
5. Diese Bekanntmachung tritt am 1. 6. 1994 in Kraft. Gleichzeitig tritt die Bekanntmachung vom 8. 8. 1982 (MABl S. 491), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 14. 12. 1987 (AllMBl 1988 S. 2), außer Kraft. . . .

I. A.

Dr. Waltner
Ministerialdirektor

Anlage 5

Zustimmung zur Abstandsflächenübernahme gem. Art. 7 Abs. 5 Bayer. Bauordnung

1. Darstellung

(Plan im Maßstab 1 : 200)

2. Beschreibung

Herr/Frau (Name, Anschrift) beabsichtigt, auf dem Grundstück Fl. Nr. . . . an der Grenze zum Nachbargrundstück Fl. Nr. . . . ein Gebäude zu errichten. Das geplante Gebäude ist im Lageplan rot eingezeichnet. Es wird an der der Nachbargrenze zugewandten Seite . . . Meter lang und verläuft mit einem minimalen Abstand von . . . Metern und einem maximalen Abstand von . . . Metern zur Grenze des Nachbargrundstücks. Dieses Gebäude erfordert zur Grundstücksgrenze gegenüber dem Nachbargrundstück auf seiner ganzen diesem zugewandten Länge gem. Art. 6, 7 Bayer. Bauordnung eine Abstandsfläche mit einer Tiefe von . . . Metern. Auf dem Grundstück kann (nur) eine Abstandsflächentiefe von . . . Metern eingehalten werden.

3. Abstandsflächenübernahme

a) Eigentumsverhältnisse

- Ich bin verfügungsberechtigter (Allein-)Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. . . .
- Ich bin verfügungsberechtigter Miteigentümer des Grundstücks Fl. Nr. . . .
- Ich bin Miteigentümer des Grundstücks Fl. Nr. . . . und handle für die übrigen Miteigentümer mit Vollmacht

b) Ich verpflichte mich gegenüber dem Bauwerber unter 2., die Erstreckung der unter 1. dargestellten und unter 2. beschriebenen Abstandsfläche auf mein Grundstück Fl. Nr. . . . zu dulden, soweit sie auf dieses zu liegen kommt, also mit einer Tiefe von . . . Metern.

Mir ist bekannt, daß

- diese Fläche nicht überbaut werden darf und ein Gebäude auf meinem Grundstück die zusätzlich erforderliche Abstandsfläche einzuhalten hat
- diese Zustimmung gem. Art. 7 Abs. 5 Bayerische Bauordnung für und gegen meinen Rechtsnachfolger gilt.

(Ort, Datum, Unterschrift des/der Zustimmungenden)

zu Anlage 5

Erläuterungen

zur Zustimmung zur Abstandsflächenübernahme gemäß Art. 7 Abs. 5 Bayer. Bauordnung (BayBO)

Vorbemerkung

Gemäß Art. 7 Abs. 5 BayBO können sich Abstandsflächen ganz oder teilweise auf das Nachbargrundstück erstrecken, wenn der Nachbar gegenüber der Bauaufsichtsbehörde schriftlich zustimmt. Diese Zustimmung gilt gemäß Art. 7 Abs. 5 2. Halbsatz BayBO auch für und gegen seinen Rechtsnachfolger. Die übernommenen Abstandsflächen müssen zusätzlich zu den für die Bebauung des Nachbargrundstücks vorgeschriebenen Abstandsflächen von der Bebauung freigehalten werden (Art. 7 Abs. 5 Satz 2 BayBO). Der Nachbar hat seine Zustimmung gegenüber der unteren Bauaufsichtsbehörde abzugeben. Dabei genügt die bloße Unterschrift im Rahmen des Art. 78 Abs. 1 BayBO nicht als Zustimmung zur Übernahme der Abstandsflächen (7.5.1 VwVBayBO).

Die untere Bauaufsichtsbehörde hat die Zustimmung zu den Bauakten zu nehmen und zusätzlich in geeigneter Form auf Dauer so aufzubewahren, daß für ein Grundstück jederzeit das Bestehen derartiger Erklärungen schnell geklärt werden kann. Wer ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, hat Anspruch auf Auskunft über das Bestehen einer derartigen Erklärung (7.5.3 VwVBayBO).

Zu 1.

Auf eine sorgfältige und in jeglicher Hinsicht eindeutige Darstellung ist zu achten. Die Darstellung sollte durch den Entwurfsverfasser erfolgen. Die unteren Bauaufsichtsbehörden stehen für Beratung und Hilfestellung zur Verfügung.

Die Darstellung der für die Abstandsflächen relevanten Teile der Gebäude und Grundstücke ist ausreichend. Reicht der vorhandene Platz nicht aus, so ist ein Plan im Maßstab 1:200 beizufügen.

Zu 2.

Die geforderten Maße sind genau einzutragen. Abstandsflächen ergeben sich entweder aus Art. 6, 7 BayBO oder aus den Festsetzungen eines Bebauungsplans. Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayBO enthält eine Regelvermutung für den Vorrang der planerischen Festsetzungen (vgl. auch 7.1.1 WBayBO). Will die Gemeinde trotz Festsetzungen, die Auswirkungen auf die Abstandsflächen haben, an den bauordnungsrechtlichen Regelungen festhalten, muß das im Bebauungsplan ausdrücklich angeordnet sein (vgl. auch 7.1.2 WBayBO).

Zu 3.

Bei mehreren Miteigentümern eines Grundstücks ist entweder die Unterschrift sämtlicher Miteigentümer oder die Unterschrift eines für die übrigen Miteigentümer mit Vollmacht handelnden Miteigentümers erforderlich.

Der Bauherr trägt das Risiko, daß eine ordnungsgemäße Zustimmungserklärung vorliegt.

2. Bearbeitung von amtsgerichtlichen Zwischenverfügungen

Im Mitteilungsblatt der Notarkammer Oldenburg Nr. 3/94 vom 20. 9. 1994 findet sich der folgende, auf eine Zwischenverfügung ergangene Beitrag zum Inhalt eines Garten-Sondernutzungsrechts.

Die Schriftleitung dankt dem Autor für seine Genehmigung zum Abdruck an dieser Stelle¹:

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Rolf Langheim*, Osnabrück, teilt mit:

„Im Rahmen einer Aufteilung gem. § 8 WEG wurde einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit das uneingeschränkte Sondernutzungsrecht an dem zu dem betr. Wohnanwesen gehörenden größeren Garten zugeordnet. Vor Eintragung des entsprechenden Sondernutzungsrechtes bat das Grundbuchamt im Wege der Zwischenverfügung um eine detaillierte Definition des „uneingeschränkten Sondernutzungsrechtes“ an dem Garten.

Ich erwiderte:

Das uneingeschränkte Nutzungsrecht an einem Garten

Was darf grundsätzlich man erwarten vom Sondernutzungsrecht am Garten?

Man darf darin spazieren gehen,
man darf dort liegen, sitzen, stehen,

man kann auf allen Gartenwegen
lustwandelnd sich einherbewegen,

man pflanzt dort Bäume, Büsche, Hecken,
um sich vor Fremden zu verstecken;

Obst und Gemüse zieht man, auch
Salbei, Salat, Tomaten, Lauch;

man trinkt aus seiner Kaffeetasse
auf einer sonnigen Terrasse,

und komplettiert das kleine Reich
mit einem hübschen Goldfischteich.

Auch pflanzt man Blumen auf Rabatten,
sie brauchen Sonne, doch auch Schatten!

Man baut ein Vogelhäuschen auf,
und streut das Vogelfutter drauf,

man sitzt in einem Gartenhause,
bei kühlem Bier und gutem Schmause;

man setzt um alles einen Zaun,
das Ganze sei nett anzuschau'n!

Nun — kurz gesagt — wenn man's bedenkt:
die Nutzung ist uneingeschränkt.

So gilt das Sondernutzungsrecht
für jedes künftige Geschlecht;

man sieht — so ist das jedenfalls —
des Rechtes Gegenstand ist **alles**

was man mit einem Garten macht
und dies bei Tage und bei Nacht.

Diese Verse versah ich mit meiner Unterschrift und dem Dienstsiegel und erreichte daraufhin anstandslos die begehrte Eintragung des Sondernutzungsrechtes.“

1 Die Bitte um Erteilung der Abdruckgenehmigung lautete wie folgt:

Sehr geehrter Herr Kollege,

zum Nutz und Frommen der Notaren,
auf daß sich bessere ihr Gebahren,
verfassen wir die MittBayNot,
um anzuregen im Alltagstrott.

Drum ist uns wirklich sehr gelegen,
an Fragen die den Geist bewegen,
was dem Notar kann sein gut nütze,
wenn er vor der Verfügung sitze.

Drum freuen uns alle die Kollegen,
die ähnliche Begehren hegen,
und weder scheu'n die Zeit noch Mühe,
gar aufzusteh'n in aller Frühe,
zur Wissenschaften beizutragen,
um den Kollegen klar zu sagen,
wie Schwierigkeiten zu beheben,
den Endvollzug noch zu erleben.

Bedenkt man, daß in dem Geflechte,
der vielen Sondernutzungsrechte,
sich gar gewicht'ge Fragen stellen,
so gilt's die Hirne zu erhellen,
nicht nur im fernen Niedersachsen,
nein, auch dort, wo die Weißwürscht wachsen.

Auf daß der Dichter uns gewähre,
die unverdiente hohe Ehre,
mit großer Poesie entzücke,
den bayerischen Notar beglücke,
in uns'ren blauen Heften gar,
das wäre wirklich wunderbar.

Die Bitte mög' Sie nicht verdrießen,
vielmehr daß Sie sich jetzt entschließen,
den Text auch gäben uns'rer Zeitung,
auf daß er fände weitere Verbreitung.

So grüßt Sie kollegial und heiter

Ihr Vossius, Dr. und Schriftleiter

3. Inkrafttreten des § 6 Abs. 1 und 2 des Grundbuchbereinigungsgesetzes im Gebiet des Freistaates Bayern

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz
an die Landesnotarkammer Bayern vom 24. 10. 1994
— 3850 — IV — 446/93 —

Die Bayerische Staatsregierung hat mit der Verordnung vom 6. 9. 1994 (GVBl S. 928) von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Vorschrift des § 6 Abs. 1 und 2 GBBerG im Gebiet des Freistaates Bayern in Kraft zu setzen. Diese Bestimmung erlaubt die Durchführung eines Aufgebotsverfahren zum Ausschluß eines u. a. aus einem Nießbrauch oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten, wenn er oder sein Aufenthalt unbekannt ist. Damit soll die Bereinigung des Grundbuchs von gegenstandslosen Rechten in den genannten Fällen erleichtert werden, auch wenn diese wohl nicht zahlreich sind.

Die Bayerische Staatsregierung hat weiter beschlossen, eine Verordnung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 GBBerG nicht zu erlassen. Hinsichtlich der altrechtlichen Dienstbarkeiten bleibt es also bei der bisherigen Rechtslage.

Ich rege an, die Notariate davon zu unterrichten.

Personaländerungen

1. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung ab 1. 10. 1994:

Ingolstadt (in Sozietät mit Notar Dr. Ott)	dem Notar Dr. Bernd Wegmann bisher in Kemnath
Kempton (in Sozietät mit Notar Strunk)	dem Notar Dr. Franz Zechiel bisher in Hammelburg
Kempton	dem Notar Dr. Hermann Reuter bisher in Kulmbach
Kötzing	der Notarassessorin Brigitte Nachbar bisher in München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)
Neu-Ulm (in Sozietät mit Notar Dr. Bord)	dem Notarassessor Jörg Munzig bisher DNotI, Würzburg
Neu-Ulm (in Sozietät mit Notar Munzig)	dem Notar Dr. Otto Bord bisher in Alzenau
Wörth am Rhein (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Friedrich Schneider bisher in Kandel (Notarstellen Pfeiffer/Herb)

Mit Wirkung vom 15. 10. 1994:

München (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notar Nikolaus Klöcker bisher in Oberviechtach
---	--

Mit Wirkung vom 1. 11. 1994:

Wasserburg (in Sozietät mit Notarin Dr. Bartsch)	dem Notar Norbert Martin bisher in Wassertrüdingen
Wasserburg (in Sozietät mit Notar Martin)	der Notarassessorin Dr. Gabriele Bartsch bisher in München (Notarstelle Prof. Dr. Schippel)

Mit Wirkung vom 15. 11. 1994:

Regensburg (in Sozietät mit Notar Kammer)	dem Notarassessor Dr. Roman Merznicht bisher in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)
---	--

Mit Wirkung vom 1. 1. 1995:

Augsburg (in Sozietät mit Notar Röder)	dem Notar Dr. Peer Koch bisher in Höchstädt a. d. Donau
--	---

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1. 9. 1994:

Friedrich Wolfgang, Ansbach (Notarstelle Dr. Schreitter)

Mit Wirkung vom 15. 10. 1994:

Gerd Holland, Ludwigshafen/Rh. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

3. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Markus Kühnlein, Ansbach, (Notarstelle Dr. Schreitter), ab 1. 10. 1994 in Erlangen (Notarstellen Dr. Safferling/Dr. Rieder)

Notarassessor Dr. Klaus Hohmann, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Albrecht), ab 1. 10. 1994 in München (Notarstellen Dr. Schöner/von Grafenstein)

Notarassessor Christopher Baumhof, Zwiesel (Notarstelle Dr. Mayer), ab 1. 10. 1994 in Augsburg (Notarstelle Hille)

Notarassessor Peter Schubert, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Bölsche/Klotz), ab 17. 10. 1994 in Würzburg (Notarstelle Kirchner/Gutmann)

Notarassessorin Eva Maria Brandt, Weilheim (Notarstelle Döbereiner/Dr. Strober), ab 5. 9. 1994 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Amtmann i. N. Margiet Nitsch-Schilling, München (Notarstellen Dr. Dr. Braun/v. Wulffen, ab 1. 10. 1994 in München (Notarstellen Dr. Beck/Scholz)