

ABHANDLUNGEN

Beteiligung des Testamentsvollstreckers und des Erben bei der formwechselnden Umwandlung von Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Von Notar *Dr. Dietmar Weidlich*, Wassertrüdingen

1) Einführung

Wird ein Unternehmensträger im Rahmen einer Umwandlung neu strukturiert und ist hinsichtlich eines im Wege der Erbfolge eingetretenen Unternehmensbeteiligten Testamentsvollstreckung angeordnet, stellt sich die Frage, inwieweit die Veränderung der Unternehmensform Auswirkungen auf die Testamentsvollstreckung hat. Des Weiteren ist zu fragen, inwieweit der Erbe und der Testamentsvollstrecker bei den Entscheidungen über die Strukturveränderungen einzubinden sind. Es ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, die Problematik für alle Umwandlungsfälle, die sich aufgrund des am 01.01.1995 in Kraft getretenen Umwandlungsrechts ergeben, erschöpfend zu behandeln.¹ Exemplarisch herausgegriffen wird der für den mittelständischen Bereich im Vordergrund stehende Fall der Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH und umgekehrt.

2) Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung

Bei der Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen handelt es sich um einen Problemkreis, der trotz einer kaum noch überschaubaren Fülle an Literatur immer noch nicht befriedigend geklärt ist. Der Meinungsstreit, inwieweit der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft trotz der in diesem Bereich geltenden Sondererfolge Nachlaßbestandteil sein und daher gemäß § 2205 S. 1 BGB der Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers unterliegen kann, dürfte für die Praxis allerdings geklärt sein. Im Urteil vom 3.7.1989 hat sich der II. Senat des BGH der Meinung des IVa-Senats angeschlossen, so daß nunmehr beide Senate des BGH die Nachlaßzugehörigkeit des Gesellschaftsanteils bejahen.²

Einwände werden allerdings nach wie vor aufgrund der unterschiedlichen erb- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsregelungen erhoben. Während § 2206 II BGB für den Erben die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß festlegt, sehen die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften teilweise eine persönliche und unbeschränkbare Haftung des Erben vor. Schließlich betrifft die Anordnung der Testamentsvollstreckung noch das Problem, inwieweit sich eine Fremdverwaltung des Gesellschaftsanteils mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen vereinbaren läßt.

Wirft man einen Blick auf die Rechtsprechung, so hat diese ihre ursprünglich ablehnende Haltung gelockert. Mit Beschluß vom 3.7.1989 hat der II. Senat des BGH die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil ausdrücklich anerkannt.³ Hinsichtlich der Beteiligung unbeschränkt haftender Gesellschafter hat der BGH in seiner vielbeachteten Entscheidung vom 14.05.1986 dem Testamentsvollstrecker zwar einen Eingriff in die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft versagt. Der BGH hat die Testamentsvollstreckung allerdings in bezug auf die Außenseite des Gesellschaftsanteils für zulässig erklärt, ohne dabei genauer darzulegen, wo die Grenzlinie zwischen der Außenseite und der Innenseite des Gesellschaftsanteils verläuft.⁴ Unklar ist daher, ob bei unbeschränkt haftenden Gesellschaftern die Befugnisse des Testamentsvollstreckers über die Verwaltung der gesellschaftsrechtlichen Vermögensrechte hinausreichen.⁵ Von der Rechtsprechung nicht entschieden ist weiterhin noch, inwieweit unter dem Gesichtspunkt des Kernbereichs der Mitgliedschaft die Ausübung gewisser Gesellschafterrechte dem Erben alleine vorbehalten sind bzw. vom Testamentsvollstrecker nur im Einvernehmen mit dem Erben geltend gemacht werden können.⁶

¹ Nach Schwarz DSr 94, 1694, 1696 sind bis zu 271 verschiedene Fälle denkbar; gemäß der Zählung in BT-Drucks 12/6669, 75 sind es 119 verschiedene Möglichkeiten.

² Vgl. BGH, NJW 89, 3152 ff [= MittBayNot 89, 323]; BGH, NJW 86, 2431 ff. Bei GmbH-Anteilen stellt sich diese Problematik nicht, da hier die Sondererfolge keine Anwendung findet und der Gesellschaftsanteil bei mehreren Erben unstreitig auf die Erbengemeinschaft übergeht.

³ BGH, NJW 89, 3152 ff.

⁴ BGH, NJW 86, 2431 ff.

⁵ Vgl. hierzu Schmitz, ZGR 88, 153 ff; Reimann, MittBayNot 86, 234; Mayer, ZIP 90, 979; Weidlich, ZEV 94, 206.

⁶ Ausdrücklich offen BGH, NJW 89, 3152, 3155. Vgl. hierzu auch Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, 42 ff; ders., ZEV 94, 208 ff; Hüffer, ZHR 151, 403; Ebenroth, Erbrecht, Rdnr. 705 f; Priester in: FS für Walter Stimpel 1985, 482; Brandner, in: FS für Alfred Kellermann 1991, 45.

In bezug auf GmbH-Anteile wird die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung überwiegend bejaht. Auch hier werden jedoch Schranken diskutiert, die sich aus haftungsrechtlichen Gründen bzw. aus dem Kernbereich der Mitgliedschaft ergeben.⁷

3) Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH

3.1. Fortsetzung der Testamentsvollstreckung

Wie sich aus §§ 190, 202 I UmwG ergibt, wird bei der formwechselnden Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH ein Rechtsträger in einen Rechtsträger anderer Rechtsform umgewandelt. Es ändert sich nur die rechtliche Organisationsform des Unternehmensträgers, wobei das Vermögen jedoch beibehalten wird und nicht auf den neuen Rechtsträger übertragen werden muß. Für den Bereich des Formwechsels verzichtet das UmwG daher auf die nach altem Recht notwendige Figur der übertragenden Umwandlung, wonach der Wechsel von einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH mit einem Vermögenstransfer verbunden war.⁸

Die bloße Änderung der Rechtsform des Rechtsträgers führt zu keinem Ausscheiden des Gesellschaftsanteils aus dem Nachlaß, so daß die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gemäß den §§ 202 I Nr. 1, Nr. 2 S. 1 UmwG, 2205 BGB am neuen Geschäftsanteil grundsätzlich weiterbesteht. Eines Rückgriffs auf das für die Testamentsvollstreckung entsprechende anwendbare Surrogationsprinzip des § 2041 BGB bedarf es zur Begründung dieses Ergebnisses nicht.⁹ Bei der Umwandlung einer Kommanditbeteiligung in einen GmbH-Anteil kann demzufolge davon ausgegangen werden, daß sich die an einem Kommanditanteil bestehende Testamentsvollstreckung am gesamten GmbH-Anteil unter Beachtung der sich aus dem notwendigen Mindestschutz des Erben ergebenden Schranken¹⁰ fortsetzt.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Testamentsvollstreckung an einem Komplementäranteil bzw. Anteil eines OHG-Gesellschafters bestand. Allein aufgrund der Umwandlung und der damit verbundenen Änderung der Rechtsform kann der Testamentsvollstrecker keine weitergehenden Befugnisse erhalten, als ihm am alten Anteil zustanden. Erfährt die von der Rechtsprechung an der Außenseite des Gesellschaftsanteils zugelassene Testamentsvollstreckung nur die Vermögensrechte, so kann der Testamentsvollstrecker auch hinsichtlich des GmbH-Anteils gemäß § 2205 S. 1 BGB nur die Vermögensrechte verwalten. Die Wahrnehmung sämtlicher Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker würde daher voraussetzen, daß der Erbe den Testamentsvoll-

strecker entweder zur Ausübung der Gesellschafterrechte bevollmächtigt bzw. diese Gesellschafterrechte treuhänderisch überträgt¹¹. Läßt man dagegen mit der im Vordringen befindlichen Auffassung, die Testamentsvollstreckung am Anteil unbeschränkt haftender Gesellschafter allgemein¹² oder für den Fall zu, daß keine organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis besteht¹³, so umfaßt die Testamentsvollstreckung auch die Verwaltung der mit dem GmbH-Anteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte.

3.2. Beteiligung von Testamentsvollstrecker und Erbe am Umwandlungsverfahren

a) Umwandlungsbeschluß

aa) Die Frage der Beteiligung des Testamentsvollstreckers und des Erben am Umwandlungsbeschluß gemäß § 217 UmwG berührt das Problem des sog. Kernbereichs der Mitgliedschaft. Unter dem Kernbereich der Mitgliedschaft werden grundsätzlich diejenigen Rechtspositionen verstanden, die für den Gesellschaftsanteil bestimmend sind und ihm sein Gepräge geben.¹⁴

Diese Rechtspositionen können ohne die Zustimmung des jeweiligen Gesellschafters nicht verändert werden. Die Kernbereichslehre wurde in erster Linie zum Schutze des einzelnen Gesellschafters gegenüber den anderen Mitgliedern des Gesellschaftsverbandes entwickelt, um so die Selbstbestimmung des einzelnen Gesellschafters zu wahren. Inwieweit sie auch Auswirkungen auf die Anordnung einer Testamentsvollstreckung zeitigt, wurde vom BGH im Beschluß vom 3.7.1989 ausdrücklich offengelassen.¹⁵ In der Literatur sind die Stimmen hierzu unterschiedlich. Die Bandbreite der angebotenen Lösungen reicht von der Berücksichtigung¹⁶ bis zur vollständigen Vernachlässigung des Kernbereichs der Mitgliedschaft.¹⁷

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht zu einem völligen Ausschluß der Gesellschafterrechte des Erben führt, sondern diese nur durch den Testamentsvollstrecker als Repräsentanten des Erben ausgeübt werden. Aus der Sicht der übrigen Gesellschafter stellen der Erbe und der Testamentsvollstrecker insoweit eine Einheit dar.¹⁸ Zudem ist der Erbe dem Testamentsvollstrecker gegenüber nicht völlig rechtlos gestellt, sondern ihm sind durch die §§ 2197 ff BGB gewisse Sicherungsrechte eingeräumt.

Bei der Suche nach einer Lösung muß daher berücksichtigt werden, ob Sinn und Zweck der einzelnen Schutzrechte eine verdrängende Ausübung durch den Testamentsvollstrecker verbieten und ob dem Erben durch das Erbrecht nicht

⁷ Vgl. Mayer in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Kap., Rdnr. 226 ff; *Haegele/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 13. Auflage, Rdnr. 402 f.

⁸ Vgl. *Lüttge*, NJW 95, 422; *Priester* DNotZ 95, 448; kritisch *Widmann/Mayer-Vossius*, Umwandlungsrecht, Teil B Rdnr. 24 ff.

⁹ Zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 2041 BGB vgl. *Haegele/Winkler*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 290. Auf die Gläubigerschutzvorschrift des § 202 I Nr. 2 S. 2 UmwG läßt sich die Fortsetzung der Testamentsvollstreckung nicht stützen, da der Testamentsvollstrecker nach h. M. Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes ist (vgl. hierzu *Bengel/Reimann*, a.a.O. (Fn. 7), 2. Kap., Rdnr. 11) und damit nicht als Dritter i.S.d. § 202 I Nr. 2 S. 2 UmwG angesehen werden kann.

¹⁰ Siehe unten 3.2 a a).

¹¹ Zur Vollmacht- und Treuhandlösung vgl. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 710 ff; *Mayer*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 166 ff.

¹² *Marotzke*, JZ 86, 462 f; *Schlegelberger/K. Schmidt* Komm. z. HGB, 5. Aufl. § 139 Rdnr. 51.

¹³ *Weidlich*, a.a.O. (Fn. 6), 63 ff; ders. ZEV 94, 206 f; *Bommert*, BB 84, 182; *Erman/Hense-Schmidt*, 9. Aufl., §2205 Rdnr. 29.

¹⁴ *Ulmer*, NJW 90, 80. Vgl. auch *Quack*, BB 89, 2273; *Löffler*, NJW 89, 2657.

¹⁵ BGH, NJW 89, 3152, 3155.

¹⁶ *Ebenroth*, Erbrecht, Rdnr. 705 f; *Priester*, in: Festschrift für Walter Stimpel 1985, 482; *Hüffer*, ZHR 151, 403; *Haegele/Winkler*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 370.

¹⁷ *Brandner*, a.a.O. (Fn. 6), S. 45.

¹⁸ Vgl. auch *Ulmer*, NJW 90, 78.

annähernd gleichwertige Befugnisse eingeräumt werden. Wegen § 2206 BGB ist an eine Beteiligung des Erben weiterhin dann zu denken, wenn er durch Maßnahmen des Testamentsvollstreckers einem unmittelbaren Haftungsrisiko mit dem außerhalb des Nachlasses befindlichen Privatvermögen ausgesetzt wird. Die alleinige Ausübung des Stimmrechts durch den Testamentsvollstrecker erscheint daher grundsätzlich bei denjenigen Beschlußgegenständen als unproblematisch, die sich außerhalb des Kernbereichs befinden. Hierbei handelt es sich um solche Beschlußgegenstände, bei denen ein nicht der Testamentsvollstreckung unterliegender Gesellschafter auch gegen seinen Willen eine Mehrheitsentscheidung akzeptieren müßte.

Vor Einführung des neuen Umwandlungsgesetzes war für die Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH gemäß § 48 UmwG a.F. ein einstimmiger Gesellschaftersbeschuß erforderlich. Insofern wurde in der Umwandlung regelmäßig eine kernbereichsrelevante Maßnahme gesehen, die das Einverständnis des Erben erforderte.¹⁹

§ 217 I 2, 3 UmwG sieht nunmehr die Möglichkeit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit vor, wenn der Gesellschaftsvertrag der formwechselnden Gesellschaft eine Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter vorsieht. In diesen Fällen könnten daher Zweifel an der Notwendigkeit des Einverständnisses des Erben aufkommen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Formwechsel auch durch eine Mehrheitsentscheidung keinem Gesellschafter aufgezwungen werden kann. Nach § 207 I 1 UmwG hat der formwechselnde Rechtsträger jedem Anteilinhaber, der gegen den Umwandlungsbeschuß Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner umgewandelten Anteile oder Mitgliedschaften gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten.²⁰ Der Formwechsel einer Personengesellschaft wird daher trotz der Möglichkeit eines Mehrheitsbeschlusses vom Gesetzgeber als eine so einschneidende Maßnahme angesehen, die einem Gesellschafter gegen seinen Willen nicht aufgezwungen werden kann. Aus diesem Grund ist an der Auffassung festzuhalten, daß die Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft eine kernbereichsrelevante Maßnahme darstellt, die der Zustimmung des Erben bedarf. Um die durch den Erblasser beabsichtigte erbrechtliche Kompetenzverteilung aufrechtzuerhalten und zu verhindern, daß der Erbe im Einvernehmen mit den übrigen Gesellschaftern entgegen dem Willen des Testamentsvollstreckers die Grundlage der Gesellschaftsbeteiligung verändert, muß neben dem Erben auch der Testamentsvollstrecker als stimmrechtsbefugt angesehen werden. Nachteile für die übrigen Gesellschafter entstehen aus dieser Verdoppelung der Gesellschaftsrechte nicht, da zur Durchführung der Testamentsvollstreckung nach Eintreten des Erbfalles deren Zustimmung erforderlich ist.²¹ Die Doppelzuständigkeit von Testamentsvollstrecker und Erbe führt dazu, daß bei der Notwendigkeit eines einstimmigen Beschlusses beide dem Formwechsel zustimmen müssen. Reicht ein Mehrheitsbeschuß mit $\frac{3}{4}$ der Stimmen, so haben die anderen Gesellschafter die Möglichkeit, trotz fehlender Zustimmung des Testamentsvollstreckers und/oder des Erben die Umwandlung herbeizuführen. Das doppelte Zustimmungserfordernis führt bei der

Berechnung der $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu keiner Veränderung der Stimmrechtsverhältnisse. Der Testamentsvollstrecker und der Erbe sind insoweit als Einheit zu betrachten.

Müssen der Erbe und/oder der Testamentsvollstrecker eine Mehrheitsentscheidung hinnehmen, so kann jeder von der Möglichkeit Gebrauch machen, nach § 207 UmwG gegen Barabfindung die Übertragung der GmbH-Anteile bzw. das Ausscheiden aus der GmbH zu verlangen. Verlangt der Testamentsvollstrecker gegen den Willen des Erben die Barabfindung, so begegnet dies unter dem Gesichtspunkt des Kernbereichs der Mitgliedschaft keinen Bedenken. Der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft muß auch in anderen Fällen wie bei den gesetzlichen Auflösungsstatbeständen der §§ 131 Nr. 4–6 HGB mit seinem Ausscheiden rechnen, ohne daß er dies beeinflussen kann. Zudem erhält der Erbe mit seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft einen angemessenen Ausgleich für den Verlust seiner Gesellschaftsbeteiligung.²²

Aufgrund der Notwendigkeit einer Zustimmung des Erben ist es auch unerheblich, daß der Erbe aufgrund der Umwandlung in eine GmbH in gewissen Fällen dem Risiko einer Haftung mit seinem Privatvermögen ausgesetzt ist, ohne seine Haftung auf den Nachlaß beschränken zu können. Dies ist z. B. nach den §§ 30, 31 GmbHG dann denkbar, wenn dem Testamentsvollstrecker Vermögenswerte aus dem Gesellschaftsvermögen der GmbH zufließen und hierdurch eine Unterdeckung des Stammkapitals herbeigeführt wird bzw. eine bestehende Unterdeckung vertieft wird.²³ Für den Kommanditistenerben, dessen Hafteinlage voll einbezahlt ist, kann sich weiterhin aufgrund der Differenzhaftung nach § 24 GmbHG in der GmbH eine bisher nicht bestehende Haftungsverschärfung ergeben. Gemäß der Vorschrift des § 220 I UmwG darf zwar der Nennbetrag des Stammkapitals der GmbH das nach Abzug der Schulden verbleibende Vermögen der formwechselnden Gesellschaft nicht übersteigen. § 220 I UmwG dürfte aber einer Verbindung der Umwandlung mit der Verpflichtung, etwaige Differenzbeträge durch die Erbringung von Bareinlagen auszugleichen, nicht entgegenstehen. Nach § 197 UmwG sind die Gründungsvorschriften über die GmbH anwendbar. Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung und der daraus resultierenden Haftung nach §§ 9, 9a, 24 GmbHG einschließlich der Differenzhaftung ist auch in diesem Fall eine Haftung des Erben mit seinem Privatvermögen nicht ausgeschlossen.²⁴

bb) Bezieht sich die Umwandlung auf eine Personenhandelsgesellschaft, an der der Erbe als OHG-Gesellschafter bzw. Komplementär beteiligt ist, so stellt sich die Frage der Zustimmung von Testamentsvollstrecker und Erbe nur, wenn man auch in diesem Bereich eine Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Testamentsvollstrecker befürwortet.²⁵

¹⁹ Vgl. Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 180, Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 370.

²⁰ Den bei einer Kommanditbeteiligung aufgrund der Vorschrift des § 172 IV HGB parallel gelagerten Fall hat der BGH nicht als Hindernis für die Anordnung einer Testamentsvollstreckung angesehen, vgl. BGH, NJW 89, 3155. Vgl. hierzu auch Weidlich, ZEV 94, 207.

²¹ Vgl. BayObLG, NJW 76, 1693; Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 231; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 406.

²² Nach Reimann, MittBayNot 86, 234 umfaßt die Testamentsvollstreckung an der Außenseite des Gesellschaftsanteils auch ein Mitspracherecht des Testamentsvollstreckers bei allen Entscheidungen, die die Vermögensrechte tangieren. Ebenso Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 372; Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 192.

¹⁹ Vgl. Mayer, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 230; Ulmer, ZHR 146, 568.

²⁰ Vgl. hierzu Widmann/Mayer-Vossius, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 140 ff, wonach die Barabfindung auch von Gesellschaftern verlangt werden kann, die dem Formwechsel zugestimmt haben.

²¹ Vgl. BGHZ 68, 241 f; BGH, NJW 85, 1954; NJW 89, 3153; a.M. Quack, BB 89, 2273.

Beschränkt man die Befugnis des Testamentsvollstreckers auf die Vermögensrechte, so ist allein der Erbe zur Ausübung der Stimmrechte, einschließlich der Möglichkeit, die Barabfindung gemäß § 207 UmwG zu verlangen, berechtigt.²⁶

b) Umwandlungsbericht

Gemäß § 192 UmwG ist zur Durchführung der Umwandlung die Erstellung eines Umwandlungsberichts durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter erforderlich. Da bei einer angeordneten Testamentsvollstreckung in der Regel weder der Erbe noch der Testamentsvollstrecker geschäftsführungsbefugt sind, kommt eine Entbehrlichkeit gemäß §§ 215, 192 III 1 UmwG nur in Betracht, wenn alle Anteilsinhaber auf die Erstattung des Umwandlungsberichts verzichten. Der Umwandlungsbericht dient dazu, das Informationsdefizit der nicht an der Geschäftsführung beteiligten Gesellschafter vor der eigentlichen Beschlußfassung zu vermindern. Er soll ihnen eine sachgerechte Willensbildung ermöglichen.²⁷ Da sowohl der Testamentsvollstrecker als auch der Erbe an der Beschlußfassung zu beteiligen sind²⁸, müssen auch beide auf die Erstattung des Umwandlungsberichtes verzichten. Die Ankündigung des Formwechsels als Gegenstand der Beschlußfassung und die Übersendung des Umwandlungsberichts samt Abfindungsangebot gemäß § 216 UmwG hat ebenfalls an den Testamentsvollstrecker und den Erben zu erfolgen.

c) Klage- und Nachprüfungsrechte

§ 195 UmwG sieht die Möglichkeit einer Beschlußanfechtung innerhalb einer Frist von einem Monat vor. Die Klagemöglichkeit gegen den Umwandlungsbeschluß ist jedoch eingeschränkt. Sie kann gemäß § 195 UmwG nicht darauf gestützt werden, daß die Anteile am neuen Rechtsträger im Beschluß zu niedrig bemessen sind bzw. die Mitgliedschaft am neuen Rechtsträger nicht hinreichend werthaltig ist. Sie kann nach § 210 UmwG auch nicht darauf gestützt werden, daß das im Umwandlungsvertrag enthaltene Angebot einer Barabfindung zu niedrig bemessen oder gar nicht gemacht worden ist. Als Ausgleich sieht das Gesetz die Überprüfung der Angemessenheit in einem gerichtlichen Spruchverfahren vor (§§ 196, 212 UmwG). Die Ausübung der Klage- und Nachprüfungsrechte steht dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich allein zu. Der aus dem Kernbereich der Mitgliedschaft sich ergebende Schutz des Erben steht dem nicht entgegen. Auch der BGH hat es bei der Vertretung mehrerer Kommanditisten durch einen Vertreter als zulässig angesehen, daß die Kommanditisten kein unmittelbares Klagerecht haben, sondern sich auf den Vertreter verweisen lassen müssen.²⁹ Der Erbe besitzt die Möglichkeit, nach § 2216 BGB die Geltendmachung der Klage- und Ausübungsrechte vom Testamentsvollstrecker zu verlangen, sofern dies nach den Maßstäben einer ordnungsgemäßen Verwaltung geboten ist.³⁰ Bei einem Verstoß hiergegen stehen dem Erben zusätzlich Schadensersatzansprüche gemäß § 2219 BGB gegen den Testamentsvollstrecker zu.

Um zu verhindern, daß das Beteiligungs- und Zustimmungrecht des Erben unterlaufen wird, ist angesichts der kurzen

Ausschlußfrist des § 195 UmwG allerdings ein unmittelbares Klagerecht des Erben in den Fällen in Betracht zu ziehen, in denen er am Umwandlungsbeschluß nicht beteiligt wurde oder seine Zustimmung zur Umwandlung versagt hat.

d) Anmeldung der Umwandlung³¹

Nach den §§ 198, 222 UmwG ist die Anmeldung durch die Geschäftsführer der GmbH vorzunehmen. Der Testamentsvollstrecker hat daher die Anmeldung nur dann vorzunehmen, wenn er als Geschäftsführer der GmbH bestimmt wurde.

4) Umwandlung einer GmbH in eine Personengesellschaft

Die vorstehenden Ausführungen zur Beteiligung von Testamentsvollstrecker und Erbe am Umwandlungsverfahren lassen sich in gleicher Weise auf die Umwandlung einer GmbH in eine Personengesellschaft übertragen. Nach allgemeiner Auffassung ist auch bei der GmbH der Kernbereich der Mitgliedschaft zu beachten.³² § 233 UmwG verlangt bei der Umwandlung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder offene Handelsgesellschaft die Zustimmung sämtlicher Anteilsinhaber. Gleiches gilt bei der Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft für die Anteilsinhaber, die die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters übernehmen. Bei der Beschlußfassung müssen daher der Testamentsvollstrecker und der Erbe zustimmen.³³ Genügt gemäß § 233 II UmwG ein Beschluß mit einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, so können der Testamentsvollstrecker und der Erbe von den übrigen Gesellschaftern überstimmt werden.³⁴

Eine Besonderheit ergibt sich dann, wenn ein GmbH-Anteil von einer Erbengemeinschaft gehalten wird. Da eine Erbengemeinschaft nicht Gesellschafter einerwerbenden Personengesellschaft sein kann, kann die Umwandlung nicht dazu führen, daß gemäß § 202 I Nr. 2 UmwG die Erbengemeinschaft Anteilsinhaber des Gesellschaftsanteils wird. Mitglied der Gesellschaft kann nur jeder einzelne Erbe persönlich werden. Dies führt zu einer Aufspaltung des der Erbengemeinschaft zustehenden Kapitalanteils entsprechend den Quoten der Miterben und zu einer Vervielfältigung der Mitgliedschaftsrechte. Fraglich ist, ob die Erben aufgrund des in § 18 GmbHG verankerten Einheitlichkeitsprinzips die Umwandlung nur einheitlich annehmen bzw. nur einheitlich von der Barabfindung Gebrauch machen können. Hierbei ist zu beachten, daß die Umwandlung zu einer gesonderten Beteiligung jedes Erben an der Personengesellschaft und zu einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hinsichtlich des GmbH-Anteils führt. Im Ergebnis geht es daher nicht mehr um die Beteiligung an der GmbH, sondern um die Beteiligung an der künftigen Personengesellschaft. Dies rechtfertigt es, in Abweichung von § 18 GmbHG jedem Erben einzeln das Zustimmungsrecht sowie die Möglichkeit, von der Barabfindung nach § 207 UmwG Gebrauch zu machen, zuzubilligen. Daneben besitzt der Testamentsvollstrecker aufgrund seines aus der Nachlaßverwaltung resultierenden

²⁶ Siehe oben Ziff. 3.2. a aa).

²⁷ Vgl. *Widmann/Mayer-Vossius*, a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 47.

²⁸ Siehe oben Ziff. 3.2. a aa).

²⁹ BGHZ 46, 298 f.

³⁰ Vgl. auch *Umer*, NJW 90, 78; *Mayer*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 176.

³¹ Vgl. allgemein hierzu *Widmann/Mayer-Vossius* a.a.O. (Fn. 8), Rdnr. 300 ff.

³² Siehe oben Fn. 7.

³³ Siehe oben Ziff. 3.2. a aa); a.A. für die Umwandlung einer GmbH in eine AG (nur Beteiligung des Testamentsvollstreckers) *BayObLG*, NJW 76, 1693; *Mayer*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 230; *Haegeler/Winkler*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 409.

³⁴ Siehe oben Ziff. 3.2 a aa).

Zustimmungsrechts die Möglichkeit, durch Wahl der Barabfindung einheitlich für alle Erben das Ausscheiden herbeizuführen.

Werden die Erben persönlich haftende Gesellschafter der Personengesellschaft, bedarf die Umwandlung gemäß § 233 II 3 UmwG ihrer Zustimmung. Aufgrund dieser Zustimmung nimmt der Erbe die sich aus den §§ 128, 130 HGB ergebende Haftung mit seinem Privatvermögen in Kauf. § 2206 II BGB steht daher nicht entgegen, wenn der Testamentsvollstrecker aufgrund seiner Verwaltungsbefugnis neben den sonstigen Mitgliedschaftsrechten auch die organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse für die unbeschränkt haftenden Erben ausübt und den Erben hierdurch auch mit seinem Privatvermögen verpflichten kann. Die Anmeldung der Umwandlung hat gemäß § 235 II UmwG durch die

Geschäftsführer der formwechselnden GmbH zu erfolgen. Soweit es sich nicht um die Umwandlung in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, haben die vertretungsberechtigten Gesellschafter gemäß §§ 197 UmwG, 161 II, 108 II HGB bei dem für den neuen Rechtsträger zuständigen Gericht die Firma zu zeichnen. Ist der Erbe persönlich haftender Gesellschafter und seine Vertretungsbefugnis nicht ausgeschlossen, so hat die Firmenzeichnung durch ihn und nicht durch den Testamentsvollstrecker zu erfolgen.³⁵

³⁵ Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall der Anmeldung eines Einzelunternehmens im Rahmen der Vollmachtlösung *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Auflage, Rdnr. 195; *Schaub*, ZEV 94, 72. Zur Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister vgl. *Weidlich* a.a.O. (Fn. 6), 90 f; *Mayer*, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 212.

Aufnahme eines neuen GmbH-Gesellschafters nach Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils

Von Notarassessor Dr. Dirk Steiner, München

1. Einleitung

Fragen der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen tauchen in der Praxis des Kautelarjuristen in erster Linie im Zusammenhang mit der Gestaltung der GmbH-Satzung auf. Dies liegt auf der Hand, nachdem § 34 Abs. 1 GmbHG die Amortisation von Geschäftsanteilen nur erlaubt, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist. Im Mittelpunkt der Satzungsgestaltung stehen dabei die Voraussetzungen, unter denen eine Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen zulässig ist. Dies ist berechtigt, da § 34 Abs. 2 GmbHG bestimmt, daß eine Einziehung ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten nur stattfinden kann, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgelegt waren¹. Weiterhin regelt der Gesellschaftsvertrag zweckmäßigerweise die Höhe der Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters². Weder im Gesetz noch (regelmäßig) in der Satzung finden sich jedoch Regelungen über die Folgen der Zwangseinziehung. Mit diesen Folgen kann der Notar jedoch dann konfrontiert werden, wenn für den ausgeschiedenen Gesellschafter ein neuer Gesellschafter aufgenommen werden soll³. Hier stellt sich die Frage, wie eine solche Aufnahme eines oder mehrerer neuer Gesellschafter bewerkstelligt werden kann. Darauf soll unten näher eingegangen werden. Zunächst muß man sich jedoch Klarheit darüber verschaffen, welche Auswirkungen die Amortisation von Geschäftsanteilen hat, da dies für die daran anknüpfenden Rechtsakte Konsequenzen mit sich bringt⁴.

II. Wirkungen der Einziehung

Wenngleich das Gesetz zu den Wirkungen der Einziehung schweigt, ist unbestritten, daß sich die Rechtsfolge der Einziehung nicht darauf beschränkt, den betroffenen Geschäftsanteil seinem bisherigen Inhaber zu entziehen, sondern vielmehr zur Vernichtung des Geschäftsanteils führt⁵. Mit dem Untergang durch Einziehung erlöschen grundsätzlich alle bestehenden Rechte und die auf ihnen ruhenden Belastungen⁶.

¹ Am besten sollte daher die Satzung bereits bei Errichtung der GmbH entsprechende Regelungen erhalten.

² Vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 1994, Rdnr. 411 ff., m.w.N.

³ Die Aufnahme eines oder mehrerer neuer Gesellschafter ist wirtschaftlich häufig gewünscht, um die finanzielle Belastung bei der Aufbringung der Abfindung für den ausgeschiedenen Gesellschafter möglichst gering zu halten, vgl. Grunewald, GmbHR 1991, S. 185 ff.

⁴ Die Frage, inwieweit eine Zwangseinziehung überhaupt zulässig ist, kann hier aus Platzgründen nicht behandelt werden. Hingewiesen werden soll lediglich auf ein aktuelles Urteil des BGH, wonach ausdrücklich offen bleibt, ob die Zwangseinziehung gegen Abfindung bereits mit der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses an den betreffenden Gesellschafter oder erst mit der Zahlung des Abfindungsbetrags wirksam wird, vgl. BGH GmbHR 1995, S. 377 ff.

⁵ Vgl. Hachenburg/Ulmer, § 34 Rdnr. 57; Scholz/Westermann, § 34 Rdnr. 58; Baumbach/Hueck, § 34 Rdnr. 15.

⁶ Ausgenommen vom Untergang soll aber etwa ein bereits entstandener Zahlungsanspruch (z.B. der Gewinnanspruch) sein. Vgl. Rowedder, GmbHG, § 34 Rdnr. 29 m.w.N.

Ebenso einhellige Meinung ist, daß das in der Satzung festgelegte Stammkapital durch die Einziehung unberührt bleibt⁷. Die Einziehung führt also zu einer Differenz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Nennwerte der verschiedenen Geschäftsanteile⁸. Bei entsprechender Satzungsregelung muß zugleich an den ausgeschiedenen Gesellschafter eine Abfindung gezahlt werden. Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen:

An der X-GmbH mit einem Stammkapital von 200.000,- DM halten A und B je einen Geschäftsanteil in Höhe von 80.000,- DM, C hält einen Geschäftsanteil von 40.000,- DM. Der Anteil des B wird eingezogen. Das Stammkapital beträgt auch nach Einziehung 200.000,- DM. A hält nach wie vor einen Geschäftsanteil von 80.000,- DM, C von 40.000,- DM. Der Geschäftsanteil von B über 80.000,- DM ist vernichtet. B erhält eine Abfindung.

Zur Beseitigung der Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennbetrag der Geschäftsanteile sind drei Wege denkbar: Die verbliebenen Geschäftsanteile können durch Aufstockungsbeschuß im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung auf die Höhe des Stammkapitals aufgestockt werden, das Stammkapital kann auf die Höhe der verbliebenen Geschäftsanteile herabgesetzt werden, oder es können ein oder mehrere neue Geschäftsanteile, insgesamt jedoch nur in Höhe der Differenz zwischen Stammkapital und verbliebenen Anteilen, geschaffen werden. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters müßte sich im Falle der Aufstockung dann durch Abtretung von (Teil-)Geschäftsanteilen vollziehen. Entscheiden sich die Beteiligten hingegen für die Kapitalherabsetzung, dann könnte ein neuer Gesellschafter im Rahmen einer anschließenden Kapitalerhöhung eine neue Stammeinlage übernehmen. Bilden die Gesellschafter einen neuen Geschäftsanteil, könnte dieser an einen neuen Gesellschafter ausgegeben werden. Diese drei verschiedenen Möglichkeiten sollen im folgenden näher untersucht werden.

1. Aufstockungsbeschuß

Der sogenannte Aufstockungsbeschuß ist im Gesetz nicht geregelt⁹. Es handelt sich dabei nicht um eine Kapitalerhöhung, da das Stammkapital – wie bereits erwähnt – durch die Einziehung des Geschäftsanteils unberührt bleibt. Die Vorschriften des GmbHG über die Kapitalerhöhung finden folglich keine unmittelbare Anwendung.

Der Aufstockungsbeschuß ist vielmehr eine kosmetische Operation, die „nur den Zuwachs an Rechten der verbliebenen Gesellschafter ausdrückt“¹⁰. Ungeachtet der zum Teil umstrittenen Voraussetzungen eines wirksamen Auf-

⁷ Vgl. BayObLG, GmbHR 1992, S. 42, m.w.N.

⁸ Vgl. statt vieler Baumbach/Hueck, § 34 Rdnr. 16.

⁹ Seine Zulässigkeit ist heute aber allgemein anerkannt, vgl. Hachenburg/Ulmer, § 34 Rdnr. 64, Fn. 133 a. Nach Lutter/Hommelhoff § 34 Rdnr. 2 tritt die Aufstockung auch ohne entsprechenden Beschuß automatisch ein; ebenso Scholz/Priester, § 53 Rdnr. 151.

¹⁰ Scholz/Westermann, § 34 Rdnr. 63; Bartl/Henkes/Schlarb sprechen von der Ausgleichung eines rechnerischen Schönheitsfehlers, vgl. § 34 Rdnr. 374.

stockungsbeschlusses¹¹ ist dieser Weg zur Aufnahme eines neuen Gesellschafters in der Praxis jedoch nur in bestimmten Fällen empfehlenswert. Zunächst ist zu bedenken, daß die durch Aufstockung gebildeten neuen Nennwerte nach der Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG beschaffen, also durch die Zahl 100 teilbar sein müssen¹². Ob dies im Einzelfall tatsächlich erreicht werden kann, ist häufig eine Frage des Zufalls. Eine Aufstockung der verbliebenen Geschäftsanteile kann nämlich nur entsprechend deren Verhältnis am bisherigen Stammkapital erfolgen. Dies folgt daraus, daß sich durch die Einziehung die Rechte und Pflichten bezüglich der Geschäftsanteile der verbliebenen Gesellschafter verhältnismäßig um die Größe des weggefallenen Anteils erweitern¹³.

Das soll am oben genannten Beispiel verdeutlicht werden: Der eingezogene Anteil des B muß im Verhältnis 2 zu 1 auf A und C verteilt werden. Anteil A müßte folglich von 80.000,- DM um 53.333,33 DM auf 133.333,33 DM und Anteil C von 40.000,- DM um 26.666,67¹⁴ DM auf 66.666,67 DM aufgestockt werden. Dies verstößt gegen § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Eine Analogie zu § 57 h Abs. 1 S. 2 GmbHG wäre insoweit diskussionswürdig und angesichts der vergleichbaren Fallkonstellation wohl zu bejahen. Nach dieser Vorschrift können Geschäftsanteile auf jeden durch zehn teilbaren Betrag ausgestellt werden, sofern der Anteil mindestens 50,- DM beträgt: Der oben genannte – der Praxis entnommene – Fall läßt sich allerdings auch mit dieser Analogie nicht lösen, wie ein Blick auf die Zahlen schnell belegt. Helfen könnte allenfalls eine weitere Analogie zu § 58a Abs. 3 S. 3 GmbHG, wonach Anteile, deren Nennwert unter 50,- DM sinkt, von den Geschäftsführern zu gemeinschaftlichen Anteilen vereinigt werden können. Diese Analogieakrobatik sollte jedoch nur in Anspruch genommen werden, wenn sonst nichts gegen die Aufstockungslösung spricht. Das ist insbesondere bei einer geplanten Aufnahme eines Neugesellschafters nicht der Fall: Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters kann sich nach Aufstockung nur durch Abtretungen von (Teil-)Geschäftsanteilen der verbliebenen Gesellschafter vollziehen. Damit liegt aber ein Rechtsgeschäft zwischen einem oder mehreren alten und einem oder mehreren neuen Anteilinhabern vor. Möglicherweise vereinbarte Ent-

gelte für die Abtretung eines (Teil-)Geschäftsanteils fließen somit dem oder den Altgesellschaftern direkt zu. Die Gesellschaft selbst erhält durch die Neuaufnahme also keine neuen Geldmittel. Gerade diese wird sie aber häufig zur Finanzierung der Abfindung des ausgeschiedenen Gesellschafters benötigen. Die Aufstockung und anschließende Abtretung von (Teil-)Geschäftsanteilen ist daher – auch wenn sie im Einzelfall unproblematisch durchgeführt werden könnte – keine in jedem Fall optimale Lösung.

2. Kapitalherabsetzung und anschließende Kapitalerhöhung

Entscheidet man sich für die Kapitalherabsetzung und anschließende Kapitalerhöhung, bewegt man sich rechtlich in bekanntem Fahrwasser. Grundsätzlich ist die Einziehung im GmbH-Recht als selbständiges, von der Kapitalherabsetzung unabhängiges Rechtsinstitut ausgestaltet¹⁵. Eine Verknüpfung von Kapitalherabsetzung und Einziehung eines Geschäftsanteils ist nur dann – aus Gründen des Erlaßverbotes – nach § 19 Abs. 2 GmbHG zwingend geboten, wenn der Geschäftsanteil, der eingezogen werden soll, nicht voll eingezahlt ist¹⁶.

Selbst wenn dieser spezielle Fall jedoch nicht vorliegt, hat die Kapitalherabsetzung den Vorteil, daß bei einer möglicherweise erforderlichen Auszahlung eines Abfindungsguthabens ein Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG – der nach § 34 Abs. 3 GmbHG ausdrücklich unberührt bleibt – vermieden werden kann. Denn eine Abfindung darf keinesfalls aus nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundenen Mitteln erfolgen. Durch eine Kapitalherabsetzung könnten somit benötigte, aber noch gebundene Mittel freigesetzt werden. Eine anschließende Kapitalerhöhung könnte die getroffenen Maßnahmen sinnvoll ergänzen, da dadurch die Aufnahme eines neuen Gesellschafters unproblematisch möglich ist und zudem durch die Übernahme der neugebildeten Stammeinlage durch den Neugesellschafter der Gesellschaft neue finanzielle Mittel zufließen. Dogmatisch stehen dieser Konstruktion somit keine Bedenken entgegen.

Der Schönheitsfehler dieser Lösung liegt allerdings in der Sperrfrist von einem Jahr nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG. Zwar gibt es seit kurzem die Möglichkeit der vereinfachten Kapitalherabsetzung nach § 58a ff. GmbHG, bei der die Jahresfrist nicht gilt. Voraussetzung ist jedoch, daß die Herabsetzung dazu dient, Wertminderungen auszugleichen oder sonstige Verluste zu decken. Dies trägt dem Wunsch Rechnung, im Sanierungsfall, in dem die Kombination von Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung zum klassischen Instrumentarium gehört, eine Unterbilanz möglichst schnell beseitigen zu können und dem Unternehmen neue Geldmittel zufließen zu lassen. Um einen Sanierungsfall wird es bei der Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen jedoch nur ausnahmsweise gehen. Die unmittelbare Anwendung der Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung wird somit regelmäßig scheitern und einer analogen Anwendung steht m. E. der klare Wortlaut des § 58a Abs. 1 GmbHG, sowie die Tatsache entgegen, daß der Gesetzgeber diesen Fall bei der Neufassung des Gesetzes hätte regeln können. Andererseits geht es auch im Fall der Zwangseinziehung um einen möglichst nahtlosen und zügigen Übergang von Alt- und

¹¹ Umstritten ist beispielsweise, ob es sich bei dem Aufstockungsbeschuß um eine beurkundungspflichtige Satzungsänderung handelt. Der BGH (vgl. GmbHR 1989, S. 337 (338)) hat dies ausdrücklich offen gelassen, neigt aber offenbar zur Verneinung einer Satzungsänderung. Das BayObLG hat eine Satzungsänderung ausdrücklich verneint (vgl. GmbHR 1992, S. 42 f.). Die Literatur ist inzwischen zum Teil dem BayObLG gefolgt (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, § 34 Rdnr. 64; *Scholz/Westermann*, § 34 Rdnr. 63). Teilweise wird aber auch vertreten, daß ein Aufstockungsbeschuß nur im Wege der Satzungsänderung möglich sei (vgl. *Baumbach/Hueck*, § 34 Rdnr. 16; *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rdnr. 2, wo allerdings – vom dort vertretenen Standpunkt aus konsequent (vgl. oben Fn. 9) – nur von einer „formellen“ Berichtigung gesprochen wird. Für die vorliegende Frage der Neuaufnahme eines Gesellschafters spielt dieses Problem jedoch nur eine untergeordnete Rolle und muß hier nicht entschieden werden. Der für den Notar sicherste Weg liegt aber wohl, bis zur endgültigen Klärung durch den BGH, in der Beurkundung und Anmeldung einer Satzungsänderung.

¹² Vgl. *Baumbach/Hueck*, § 34 Rdnr. 16. *Scholz/Westermann*, § 34 Rdnr. 63.

¹³ Vgl. BayObLG GmbHR 1992, S. 42.

¹⁴ Bei genauer Berechnung ergeben sich jeweils hinter dem Komma der Aufstockungsbeträge periodische Zahlen, die aus Gründen der Veranschaulichung hier jedoch vernachlässigt werden sollen.

¹⁵ Vgl. *Hachenburg/Ulmer*, § 58 Rdnr. 39.

¹⁶ Vgl. *Rowedder*, GmbHG, § 34 Rdnr. 15 m.w.N. Zur Vermeidung einer Kapitalherabsetzung sollte jedoch der Gesellschaftsvertrag für den Fall, daß der Geschäftsanteil nicht voll eingezahlt ist, die Zwangsabtretung des Anteils an die Gesellschaft vorsehen.

Neugesellschafter, sodaß das Modell der Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung den praktischen Bedürfnissen insoweit nicht ausreichend Rechnung tragen kann.

Im übrigen wird das Modell der Kapitalherabsetzung bei der Vielzahl der GmbHs, die mit nur 50.000,- DM Stammkapital ausgestattet sind, auf Schwierigkeiten stoßen. Durch die Kapitalherabsetzung würde nämlich die Mindestkapitalziffer nach § 5 Abs. 1 GmbHG unterschritten. Zwar läßt sich argumentieren, daß in Fällen, in denen die Kapitalherabsetzung gleichzeitig mit einer Kapitalerhöhung verbunden wird, die die ursprüngliche Stammkapitalziffer von 50.000,- DM wieder herstellt, die Gläubiger nicht den Schutz des § 58 Abs. 1 GmbHG verdienen¹⁷. Jedoch ist dies vom Wortlaut der §§ 5 Abs. 1 und 58 Abs. 1 GmbHG nicht gedeckt.

Es bleibt somit die letzte Möglichkeit zu untersuchen, nämlich die Bildung eines neuen Geschäftsanteils und dessen anschließende Ausgabe an einen neuen Gesellschafter.

3. Bildung eines neuen Geschäftsanteils

Zu der Bildung eines neuen Geschäftsanteils im vorstehenden Sinne muß zunächst klargestellt werden, daß es sich dabei nicht um eine Kapitalerhöhung nach §§ 57c ff. GmbHG aus Gesellschaftsmitteln handelt. Der Sache nach geht es vielmehr um eine „Wiederbelebung“ des eingezogenen Geschäftsanteils. Rowedder spricht folgerichtig von einer Revalorisierung¹⁸. Das ist konsequent, wenn man sich daran erinnert, daß sich durch die Einziehung das Stammkapital weder nominell noch effektiv ändert. Ähnlich wie bei dem oben behandelten Aufstockungsbeschluß geht es somit bei der Bildung eines neuen Geschäftsanteils um ein Instrument der Praxis, das zunächst die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennbetrag der Geschäftsanteile beseitigen soll. Andererseits folgt aus diesem Befund zugleich, daß man sich bei diesem Vorgehen auf keine gesetzliche Regelung im GmbHG unmittelbar stützen kann. Die Neubildung eines Geschäftsanteils kommt dabei in ihren Wirkungen derjenigen der Aufstockung vor allem dann nahe, wenn der neue Anteil der Gesellschaft selbst als eigener Anteil zustehen soll¹⁹. Im folgenden soll es jedoch in erster Linie um den Fall der Neubildung eines Geschäftsanteils unter gleichzeitiger Zulassung eines neuen Gesellschafters zur entgeltlichen Anteilsübernahme gehen. Die hierzu erforderlichen Voraussetzungen sollen nunmehr erörtert werden.

a) Beschluß

Einigkeit besteht mittlerweile darüber, daß ein neuer Geschäftsanteil durch Beschluß der Gesellschafter gebildet werden kann²⁰. Weiterhin kann kein Zweifel daran bestehen, daß auch bei der Neubildung die Voraussetzungen des § 5 GmbHG erfüllt sein müssen. Dies dürfte indessen bei der Neubildung in der Praxis keine Probleme aufwerfen, da der neue Geschäftsanteil in der Regel in seinem Nennwert dem alten eingezogenen Geschäftsanteil entsprechen wird, für den die Voraussetzungen des § 5 GmbHG bereits erfüllt sein mußten. Lediglich dann, wenn anstelle des alten Geschäfts-

anteils mehrere neue Geschäftsanteile gebildet und ausgegeben werden sollen, ist an die Erfordernisse von § 5 GmbHG wieder zu denken.

b) Mehrheitserfordernisse

Umstritten ist, welche Mehrheit für einen Beschluß zur Neubildung eines Geschäftsanteils erforderlich ist. Das Spektrum der Meinungen reicht hier von der einfachen Mehrheit bis zur Einstimmigkeit. Sofern man mit *Priester*²¹ den Vorgang der Neubildung eines Geschäftsanteils und dessen spätere Überlassung an einen Dritten als Zusammenlegung der automatisch aufgestockten Anteile mit anschließender Teilabtretung begreift, ist die einfache Mehrheit ausreichend. Das BayObLG hat in seiner Entscheidung zum Aufstockungsbeschluß die Ansicht vertreten, daß der Beschluß zur Aufstockung den allgemeinen Bestimmungen der §§ 45 ff. GmbHG unterliegt und somit mit einfacher Mehrheit gefaßt werden kann²². Die Begründung dieser Entscheidung läßt darauf schließen, daß das Gericht auch für die Neubildung einfache Mehrheit genügen läßt. Es wird nämlich in Anlehnung an *Priester* hervorgehoben, daß sich nach dem Gesetz die Einziehung eines Geschäftsanteils, der Wechsel des Inhabers des Geschäftsanteils, sowie auch die Teilung des Geschäftsanteils jeweils außerhalb der Satzung vollzieht und dies damit auch für die Aufstockung gelten müsse. In der Konsequenz dieser Argumentation würde es liegen, auch für die Neubildung einfache Mehrheit genügen zu lassen. Eine klärende Entscheidung des BGH zu dieser Frage liegt jedoch – soweit ersichtlich – noch nicht vor.

Wesentlich strenger im Hinblick auf die erforderliche Stimmenzahl ist etwa *Baumbach/Hueck*²³. Dort wird zumindest beim Fehlen besonderer Satzungsregelungen die Zustimmung aller Gesellschafter für erforderlich gehalten. Begründet wird dies damit, daß mit der Neubildung des Geschäftsanteils die Verminderung der bei den verbleibenden Gesellschaftern durch Einziehung angefallenen Beteiligungsrechte einhergeht.

Eine vermittelnde Meinung geht davon aus, daß die Neubildung einer qualifizierten Dreiviertelmehrheit bedarf²⁴. Diese Meinung verdient m. E. aus folgenden Gründen den Vorzug: Zunächst wurde oben unter 2. gezeigt, daß das gewünschte Ergebnis, nämlich die Schaffung eines neuen Geschäftsanteils und anschließende Ausgabe an einen neuen Gesellschafter ebenso durch einen Kapitalschnitt (zunächst Kapitalherabsetzung und anschließend Kapitalerhöhung) erreicht werden kann. Hierzu bedarf es nach Gesetz aber nur einer Dreiviertelmehrheit. Die Tatsache, daß der Kapitalschnitt aus praktischen Erwägungen häufig nicht in Betracht kommen wird, kann für die Frage der erforderlichen Stimmenmehrheit dabei nicht ausschlaggebend sein. Im übrigen kann der Schutz der überstimmten Gesellschafter im Einzelfall durch deren Anfechtung des Veräußerungsbeschlusses wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder die Treuepflicht gewahrt werden²⁵. Geht man andererseits richtigerweise davon aus, daß sich die Kombination von Neubildung und späterer Ausgabe des Geschäftsanteils – abgesehen von den besonderen Gläubigerschutzvorschriften des § 58 Abs. 1 GmbHG – in ihrer rechtlichen Konstruktion nicht

¹⁷ So jüngst *Sigel* im Zusammenhang mit Reparaturmöglichkeiten bei fehlgeschlagener Kapitalerhöhung, vgl. *GmbHR* 1995, S. 487 (492 f.).

¹⁸ Vgl. *Rowedder*, § 34 Rdnr. 34.

¹⁹ Dazu näher *Hachenburg/Ulmer*, § 34 Rdnr. 66.

²⁰ Vgl. *BayObLG*, *GmbHR* 1992, S. 42; *Scholz/Westermann*, § 34 Rdnr. 63 jeweils m.w.N.

²¹ Vgl. *Priester*, Festschrift Kellermann 1991, S. 337, 346 ff.

²² Vgl. *BayObLG*, *GmbHR* 1992, S. 42 (43).

²³ Vgl. *Baumbach/Hueck*, § 34 Rdnr. 16.

²⁴ Vgl. *Hachenburg/Ulmer*, § 34 Rdnr. 66; *Scholz*, § 34 Rdnr. 66.

²⁵ Vgl. näher dazu *Hachenburg/Ulmer*, § 34 Rdnr. 66.

Sonderwuschvereinbarungen im Baurägervertrag

Von Notarassessor Dr. Gerald Weigl, Mindelheim

Der nachfolgende Beitrag befaßt sich mit den in der notariellen Praxis bei der Vereinbarung von Sonderwünschen¹ zu beachtenden Gesichtspunkten².

I. Begriff/Abgrenzung

1. Als *Sonderwünsche im weiteren Sinn* werden Vereinbarungen über „Abweichungen von dem als Standardausführung angebotenen Leistungspaket des Baurägers“ bezeichnet³.

2. a) *Sonderwünsche im engeren Sinn* sind spätere, abweichende Vereinbarungen (*Ergänzungen und Änderungen*) vom zunächst konkret festgelegten Inhalt des Baurägervertrags⁴.

b) *Abzugrenzen* hiervon ist die – nach Beurkundung des Baurägervertrags erfolgende – Auswahl des Käufers unter mehreren alternativen (oder zusätzlichen) Leistungen des Baurägers, die im Baurägervertrag bereits nach Inhalt und Preis genau beschrieben sind, z. B. ein *Wahlrecht* unter verschiedenen Fliesenarten (zu jeweils festgelegten Preisen)⁵. Hierbei handelt es sich um ein *Leistungsbestimmungsrecht (des Käufers)* gem. § 315 BGB, dessen spätere Ausübung nicht beurkundungspflichtig ist⁶. Soweit sich der Gesamtkaufpreis infolge der Ausübung des Wahlrechts ändert, ist die Ratenbemessung gem. § 3 Abs. 2 MaBV anzupassen⁷.

3. Regelungsbedarf im Zusammenhang mit Sonderwünschen besteht nicht nur hinsichtlich vom Bauräger übernommener Zusatz- oder Alternativleistungen, sondern auch hinsichtlich *Eigenleistungen* des Käufers, soweit durch diese die Leistungspflichten aus dem Baurägervertrag in irgendeiner Weise betroffen werden. Als *Eigenleistungen* werden nachfolgend Arbeiten bezeichnet, die entweder durch den Käufer selbst oder durch vom Käufer – neben dem Bauräger – beauftragte Dritte (z. B. Handwerker) erbracht werden. Zu regeln sind die Zulässigkeit von *Eigenleistungen*⁸ und deren Auswirkungen auf das Leistungsgefüge des Baurägerver-

trags, insbesondere eine Kaufpreismäßigung beim Wegfall von Leistungen des Baurägers oder eine Mehrvergütung für dessen zusätzlichen Aufwand⁹.

Für die Verträge des Käufers mit Dritten, die mit der Durchführung solcher Eigenleistungen betraut werden, gelten die für den Baurägervertrag geltenden Vorschriften der MaBV und des § 313 BGB regelmäßig nicht¹⁰.

II. Vereinbarungen im Baurägervertrag selbst

1. Zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits feststehende Sonderwünsche

a) Rechtliche Vorgaben

aa) (1) Sind die Vertragsteile bereits bei Beurkundung des Baurägervertrags über konkrete Abweichungen von der „Standard“-Baubeschreibung einig, muß diese Änderung, die auch in den Ratenplan gem. § 3 Abs. 2 MaBV einzubeziehen ist¹¹, mitbeurkundet werden. Andernfalls ist der Baurägervertrag nach § 313 S. 1 BGB nichtig¹².

(2) Dies gilt nicht, falls es sich bei der ins Auge gefaßten Abweichung lediglich um einen *unverbindlichen Wunsch des Käufers* handelt, der nicht rechtlich bindend festgelegt werden soll. Bei näherem Hinsehen wird dies aber nur selten dem „wahren“ Willen des Käufers entsprechen. Der Notar sollte jedenfalls einen in Richtung „Unverbindlichkeit“ geäußerten Willen des Käufers einer näheren Prüfung unterziehen und klären, ob sich der Käufer wirklich lediglich auf das Wohlwollen des Baurägers verlassen will. Stellt sich nämlich nachträglich heraus, daß in Wirklichkeit doch ein Rechtsbindungswille bestand, ist der Baurägervertrag – unabhängig von der Kenntnis des Notars von dem versteckt vorhandenen Bindungswillen¹³ – nichtig. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Gefälligkeitsverhältnissen¹⁴ kann nur ausnahmsweise ein unverbindlicher Wunsch des Käufers angenommen werden. Daher sind jedenfalls Sonderwünsche, deren (anteiliger) Wert nicht unerheblich ist oder die in anderer Weise für den Käufer von nicht zu vernachlässigender Bedeutung sind, regelmäßig mitzubeurkunden.

¹ Zum Begriff s. nachfolgend I.; zur Literatur s. insb. Fn. 2, 3, 50, 53, 54.

² Zu den Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer s. *Basty*, Der Baurägervertrag, 2. Aufl. 1995, Rdnr. 310 ff., insb. dort Fn. 565, 577; *Schmidt*, in: Münchner Vertragshandbuch Bd. 4, Bürgerliches Recht, 1. HB, 3. Aufl. 1992, S. 247.

³ Vgl. *Locher/Koebke*, Baubetreuungs- und Baurägerrecht, 4. Aufl. 1985, Rdnr. 478; *Basty* (Fn.2) Rdnr. 310; hierzu werden auch reine Einschränkungen des üblichen Leistungsumfangs (insb. im Hinblick auf *Eigenleistungen*, s. u. I.3.) gezählt, *Basty* a.a.O.; *Brych/Pause*, Baurägerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. 1995, Rdnr. (B) 225, beziehen in den Begriff „Sonderwunsch“ dessen fehlende Anspruchsqualität hinein.

⁴ S. *Basty* (Fn.2) Rdnr. 313; *Korte*, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Rdnr. 225.

⁵ Vgl. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 313; *Schmidt* (Fn. 2), S. 246 f.

⁶ Vgl. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 334; *Schmidt* (Fn. 2), S. 247.

⁷ *Schmidt* (Fn. 2) S. 247; *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 325.

⁸ Insbesondere, unter welchen Voraussetzungen der Bauräger zu deren Gestattung verpflichtet ist.

⁹ Z. B. im Hinblick auf dessen Bauaufsicht oder für die Vermittlung von Handwerkern.

¹⁰ S. dazu noch unten II. 1. a).

¹¹ Soweit sich die Änderung auf den Kaufpreis auswirkt; vgl. *Basty* (Fn.2) Rdnr. 325 u. 327.

¹² *Basty* (Fn.2) Rdnr. 311.

¹³ Die Kenntnis des Notars (bzw. die Kenntnisnahmemöglichkeit) spielt insoweit nur für die Amtshaftung des Notars eine Rolle. Ist der Rechtsbindungswille des Käufers allerdings auch für den Bauräger (genauer: aus Sicht des sog. objektiven Empfängerhorizonts) nicht erkennbar, berührt dieser Willensmangel die Wirksamkeit des Vertrags zunächst – d. h. vorbehaltlich einer Anfechtungsmöglichkeit – nicht, vgl. *Heinrichs*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 54. Aufl. 1995, vor § 116, Rdnr. 3 und § 313 Rdnr. 25.

¹⁴ S. hierzu *Palandt/Heinrichs* (Fn.13), vor § 241, Rdnr. 9 ff.

(3) Entsprechendes gilt für Abweichungen von der „Standard“-Baubeschreibung, soweit das Vorliegen einer rechtlichen Einheit im Sinne des § 139 BGB in Frage steht¹⁵. Bei Vereinbarungen zwischen Bauträger und Käufer, die zumindest in tatsächlicher Hinsicht einen gemeinsamen Bezug zum Bauträgerobjekt aufweisen, werden in der Regel keine *rechtlich selbständigen Vertragsverhältnisse* anzunehmen sein, so daß für sämtliche dieser Regelungen, insbesondere hinsichtlich Sonderwünschen, die Vorschriften der MaBV und des § 313 BGB gelten¹⁶.

Keine Anwendung finden diese Vorschriften dagegen regelmäßig auf *Verträge des Käufers mit Dritten*, insbesondere mit – im Verhältnis zum Bauträger selbständigen – Handwerkern¹⁷, da diese Verträge meist mit dem Bauträgervertrag keine rechtliche Einheit im Sinne des § 139 BGB bilden. Soweit durch solche Verträge allerdings das Leistungsgefüge des Bauträgervertrags beeinflußt wird, sind natürlich für die hieraus resultierenden Änderungen des Bauträgervertrags die vorgenannten Vorschriften zu beachten.

bb) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die *Heilung der Nichtigkeit* nach § 313 S. 2 BGB hingewiesen, doch tritt die Heilung nicht vor Eintragung des Eigentumswechsels ein; der Bauträgervertrag ist zumindest bis dahin unwirksam¹⁸.

b) Die Bedeutung der Sachverhaltsaufklärung

aa) Schon die vorstehenden Ausführungen belegen die Wichtigkeit einer genauen Sachverhaltsaufklärung und Willensforschung vor und bei Beurkundung des Bauträgervertrags. Die *vollständige Ermittlung* des Vertragswillens liegt darüber hinaus vor allem auch *im Interesse des beurkundenden Notars selbst*:

(1) So kann die mangelnde Willensforschung zur *Amtshaltung* des Notars nach §§ 19 Abs. 1 BNotO, 17 Abs. 1 BeurkG führen. Im Bereich der Sonderwünsche könnte sich ein Schadensrisiko insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit des Bauträgervertrags gem. § 313 S. 1 BGB infolge fehlender Mitbeurkundung ergeben¹⁹. Kommen die Vertragsteile nicht von sich aus auf bestimmte Änderungswünsche des „Standard“-Bauvertrags zu sprechen, besteht allerdings grundsätzlich keine diesbezügliche Aufklärungsbzw. Nachfragepflicht des Notars, solange nicht konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen von Sonderwünschen gegeben sind²⁰. Nicht außer acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang aber die immer höhere Anforderungen setzende – z.T. freilich fragwürdige – Rechtsprechung der Gerichte²¹.

(2) Auch wenn somit grundsätzlich keine Amtspflicht des Notars besteht, das Vorliegen von Sonderwünschen aus

eigener Initiative aufzuklären, ist eine entsprechende Nachfrage anzuraten. Durch eine umfassende Sachverhaltsaufklärung vor und bei Beurkundung des Bauträgervertrags werden nicht *nur spätere Vertragsänderungen und -ergänzungen vermieden*, die nicht zuletzt aus notarieller Sicht schwierige und praktisch kaum befriedigend zu lösende Probleme aufwerfen²².

Vor allem gibt der Bereich der Sonderwünsche auch eine gute Gelegenheit, durch das Eingehen auf die individuellen Vorstellungen der Beteiligten, hier insbesondere des Käufers, für deren *Zufriedenheit mit der notariellen Leistung* zu sorgen und dem immer wieder anzutreffenden Vorurteil in der Bevölkerung vom reinen „Vorlesejob“ des Notars entgegenzuwirken.

(3) Empfehlenswert ist es, die Frage der *Sonderwünsche* möglichst bereits *vor Beurkundung* zu klären. Dies gilt vor allem, wenn bei der Beurkundung²³ nur der Käufer, nicht aber der Bauträger anwesend ist und dessen (spätere) Zustimmung zu den vom Käufer in der Beurkundung vorgebrachten Sonderwünschen fraglich ist. Insbesondere wenn der Beurkundung ein gesondertes Beratungsgespräch nicht vorausgeht, sollte dem Käufer vorab ein Vertragsentwurf einschließlich Teilungserklärung und Baubeschreibung ausgehändigt werden, verbunden mit der Frage nach etwaigen Sonderwünschen. Ferner könnte der Bauträger für die Problematik der Sonderwünsche sensibilisiert werden.

Auch im Falle der Beurkundung eines Bauträgervertrags bei Anwesenheit beider Vertragsteile ist eine Vorabklärung anzuraten. Damit vermeidet man nicht nur unnötige Diskussionen über Vertragsänderungen während des Beurkundungsverfahrens, sondern beugt vor allem der Situation vor, die entsteht, wenn ein *Sonderwunsch* geäußert wird, dessen *Durchführbarkeit* in der Beurkundungsverhandlung *nicht geklärt* oder *der in dieser noch nicht ausreichend konkretisiert* werden kann²⁴. Will man hier die Beurkundung nicht verschieben, muß man auf komplizierte Gestaltungen ausweichen, wie z. B. die Vereinbarung einer Verpflichtung des Bauträgers, innerhalb einer bestimmten Frist ein detailliertes Angebot über den Änderungswunsch abzugeben, oder die Aufnahme von Rücktrittsrechten für den Fall der Undurchführbarkeit der Sonderwünsche oder eines Leistungsbestimmungsrechts (§ 315 BGB) hinsichtlich des genauen Inhalts des Sonderwunsches etc.²⁵ (zu allgemeinen Regelungen über die spätere Berücksichtigung von Sonderwünschen s. nachfolgend 2.).

2. Regelungen über die Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche

a) Die Rechtslage bei fehlender Regelung

Grundsätzlich besteht *kein Anspruch* des Käufers auf *Berücksichtigung von Sonderwünschen*, soweit nicht der Bauträgervertrag eine entsprechende Verpflichtung des Bauträgers enthält.

¹⁵ Bei mehreren rechtlich selbständigen Vertragsverhältnissen ist die Beurkundungspflicht gem. § 313 BGB für jedes Vertragsverhältnis getrennt zu prüfen, vgl. im einzelnen *Palandt/Heinrichs* (Fn.13), § 313, Rdnr. 25 u. 31 ff.

¹⁶ S. hierzu *Basty* (Fn.2) Rdnr. 336; *Schmidt* (Fn.2) S. 246; *Korte* (Fn.4) Rdnr. 224.

¹⁷ Zu den Eigenleistungen des Käufers s. bereits oben I.3.

¹⁸ Zur Mitbeurkundung der Auflassung zur Vermeidung der Nichtigkeit *nachträglich* vereinbarter Sonderwünsche s. u. III. 1.

¹⁹ S. o. II. 1. a).

²⁰ *Reithmann*, in: *Reithmann/Röll/Gefele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, Rdnr. 207 ff.

²¹ Vgl. beispielsweise das Urteil des OLG Düsseldorf v. 15.12.94 NJW 95, 1761 ff. (zur Kapitalerhöhung im Wege einer – vermeintlichen – Bareinlage).

²² S. hierzu u. III.

²³ Insbesondere eines Angebots.

²⁴ S. dazu noch unten II. 2. c).

²⁵ Vgl. hierzu *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 312 u. 320 ff.

Ausnahmsweise kann der Käufer die Zulassung von Änderungswünschen verlangen, wenn die Interessen des Bauträgers dadurch in keiner Weise beeinträchtigt werden (§ 242 BGB)²⁶. Eine solche Beeinträchtigung liegt beispielsweise vor, wenn sich für den Bauträger ein Mehraufwand ergibt, der vereinbarte Kaufpreis verringert wird oder sich der Bauablauf kompliziert bzw. verzögert²⁷ und diese sonderwuschbedingten Abweichungen nicht ganz unerheblich sind. In Betracht kommen insoweit also praktisch nur zusätzliche Eigenleistungen des Käufers, soweit sie den Bereich des Bauträgers nicht betreffen²⁸.

Im übrigen läßt sich ein Anspruch auf Berücksichtigung von Eigenleistungen auch nicht über eine (Teil-)Kündigung nach § 649 BGB begründen, da diese Vorschrift nach h.M. weder für den Bauträgervertrag insgesamt noch für dessen werkvertraglichen Teil anwendbar ist²⁹.

b) Vertraglicher Ausschluß eines Anspruchs auf Berücksichtigung von Sonderwünschen

Häufig ist in Bauträgerverträgen die Regelung enthalten, daß kein Anspruch auf Berücksichtigung von Sonderwünschen bestehe³⁰. Einer solchen Bestimmung kommt – entsprechend den vorhergehenden Ausführungen – lediglich klarstellende Bedeutung zu³¹; an dem ausnahmsweise gegebenen Anspruch auf Berücksichtigung in den unter a) genannten Fällen von Treu und Glauben dürfte sich trotz einer derartigen Vereinbarung nichts ändern³².

c) Vertraglicher Anspruch auf Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche

Haben Sonderwünsche zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits konkrete Form angenommen, so sind sie im Bauträgervertrag mitzubeurkunden. Soweit noch Unklarheiten bestehen, sollte der Notar – soweit nur irgendwie möglich – auf eine Klärung bis zum Zeitpunkt der Beurkundung drängen³³. Notfalls kann mit entsprechenden *Rücktrittsrechten bzw. Leistungsbestimmungsrechten* gearbeitet werden³⁴. Regelmäßig unakzeptabel ist in diesem Fall das völlige Übergehen der Sonderwünsche im Bauträgervertrag bzw. der bloße Hinweis auf die Möglichkeit einer späteren Vereinbarung³⁵.

Sind zum Zeitpunkt der Beurkundung des Bauträgervertrags konkrete Sonderwünsche noch nicht ins Auge gefaßt, besteht die Möglichkeit, eine *allgemeine Verpflichtung des Bauträgers zur Berücksichtigung von Sonderwünschen* in den Vertrag aufzunehmen (z.B. in der Form eines Anspruchs auf Vertragsänderung)³⁶. Hier stellt sich dann das Problem, unter

welchen genauen Voraussetzungen diese Verpflichtung zum Tragen kommen soll und welche Folgen für den Fall einer späteren Nichteinigung, insbesondere hinsichtlich des Preises des Sonderwunsches³⁷, eintreten sollen.

Sieht man von der Fallgruppe detaillierter Sonderwunschlisen³⁸ ab, dürften solche Regelungen immer eine gewisse Streit anfälligkeit mit sich bringen und können daher, auch wenn sich der Bauträger im Einzelfall darauf einlassen sollte, nur eingeschränkt empfohlen werden (zu möglichen Formulierungsvorschlägen s.u. IV.). In jedem Fall ist darauf zu achten, daß sich der Bauträger nicht zur Berücksichtigung von Sonderwünschen verpflichtet, die im Widerspruch zu Verträgen mit weiteren Erwerbem stehen³⁹.

III. Die nachträgliche Vereinbarung von Sonderwünschen

1. Beurkundungspflicht

a) Die nachträgliche Vereinbarung von Sonderwünschen ist – als Änderung des beurkundungspflichtigen Bauträgervertrags – grundsätzlich ebenfalls nach § 313 S. 1 BGB *beurkundungspflichtig*⁴⁰, und zwar unabhängig davon, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen handelt⁴¹. Bei *unwirksamer Sonderwunschvereinbarung* ist dem Bauträger – bei Meidung eines Bußgeldes⁴² – die Entgegennahme der entsprechenden Vergütung untersagt⁴³. Das Beurkundungserfordernis besteht jedoch nicht – neben den in Ziffer I.2. und II.1.a) genannten Fällen – für die *bloße Gestattung*⁴⁴ von *Eigenleistungen*, die das Leistungsgefüge des Bauträgervertrags unberührt lassen⁴⁵.

Von den übrigen Fallgruppen, für die allgemein eine Ausnahme von der Beurkundungspflicht für nachträgliche Vertragsänderungen anerkannt wird⁴⁶, spielt im Zusammenhang mit Sonderwünschen praktisch nur die *bereits erklärte*

²⁶ Vgl. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 316; *Schmidt* (Fn. 2) S. 246; *Locher/Koeble* (Fn. 3) Rdnr. 479.

²⁷ A.a.O. (s. vorhergehende Fn.).

²⁸ Vgl. *Korte* (Fn. 4) Rdnr. 229 a.E.

²⁹ *Palandt/Thomas* (Fn. 13), § 649 Rdnr. 1.

³⁰ Zu entsprechenden Formulierungsvorschlägen s. u. IV.

³¹ *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 317.

³² Bei einem eindeutigen Ausschluß auch in den Fällen, in denen nach § 242 BGB die Sonderwünsche zuzulassen wären, würde sich die Frage nach der Wirksamkeit dieser Bestimmung stellen.

³³ S. o. II. 1., dort insb. b).

³⁴ S. o. II. 1. b) a.E. (mit Hinweis auf *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 312).

³⁵ S. bereits o. II. 1.; zu den Problemen im Zusammenhang mit derartigen späteren Vereinbarungen s. u. III.

³⁶ Zu weiteren Möglichkeiten insoweit vgl. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 318 ff.; *Locher/Koeble* (Fn. 3) Rdnr. 479.

³⁷ Soweit dieser im Bauträgervertrag noch nicht festgelegt ist.

³⁸ S. hierzu bereits oben I.2.

³⁹ Vgl. ausführlich *Brych/Pause* (Fn. 3), Rdnr. (B) 231 ff. (relevant insb. beim Bauträgervertrag über Wohnungs- bzw. Teileigentum).

⁴⁰ Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 13), § 313, Rdnr. 41; *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 335.

⁴¹ H.M.; s. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 13), § 313, Rdnr. 41; zum Meinungsstand s. *Korte* (Fn. 4) Rdnr. 215 ff.; ferner *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 335; a. A. allerdings *Brych/Pause* (Fn. 3) Rdnr. (B) 75, die Sonderwünsche untergeordneter Bedeutung der nicht beurkundungspflichtigen Fallgruppe der Beseitigung von Abwicklungsschwierigkeiten gleichstellen wollen (für die notarielle Praxis unter dem Gesichtspunkt des „sichersten Weges“ eher zu vernachlässigen).

⁴² § 18 Nr. 3 MaBV.

⁴³ *Basty*, (Fn. 2) Rdnr. 324; zu weiteren Problemen im Zusammenhang mit unwirksamen Sonderwünschen s. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 332 u. 328, und *ders.* WM 95, 1525, 1526 f. [= MittBayNot 1995, 367 ff.] zum Sonderproblem der Rückzahlungspflicht gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV hinsichtlich Zahlungen aufgrund unwirksamer Sonderwunschvereinbarungen.

⁴⁴ Eine Gestattung des Bauträgers kann auch in Fällen erforderlich sein, in denen das Leistungsgefüge des Bauträgervertrags an sich unberührt bleibt, z. B. bei einer Erschwerung des Baufortgangs durch die Eigenleistungen oder bei einer Vereinbarung einer Gestattungspflicht (mit dem Ziel der Kontrolle des Bauträgers darüber, ob ein Fall vorliegt, in dem sich ein Anspruch auf Zulassung von Eigenleistungen aus Treu und Glauben ergibt).

⁴⁵ S. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 333 a.E.; *Korte* (Fn. 4) Rdnr. 229 a.E.

⁴⁶ Vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 13), § 313, Rdnr. 42 f.

Auflassung des Bauträgergrundstücks eine Rolle. Im Unterschied zu § 313 S. 2 BGB⁴⁷ entfällt die Formbedürftigkeit von Vertragsänderungen nämlich nicht erst mit Eintragung der Eigentumsumschreibung, sondern bereits mit Erklärung der Auflassung⁴⁸.

b) Dementsprechend wird als „Notlösung“ zur Vermeidung der Nichtigkeit nachträglicher formloser Sonderwunscheinbarungen die Mitbeurkundung der Auflassung im Bauträgervertrag erwogen⁴⁹, wobei die Vorlage zur Eigentumsumschreibung bzw. – wohl noch eleganter – die Erklärung der Bewilligung durch den Notar von der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig gemacht wird⁵⁰. Im Hinblick auf das Sicherungsbedürfnis des Verkäufers stellt diese Vorgehensweise – im Vergleich zum Vorbehalt der Auflassung – eine durchaus gleichwertige Lösung dar⁵¹, wobei jedoch darauf zu achten ist, inwieweit bei der Vorlage zur Eigentumsumschreibung im Rahmen des Treuhandauftrags auch der Zahlungseingang eines sonderwunschbedingten Mehrbetrags zu berücksichtigen ist⁵².

In jedem Fall bleiben bezüglich der nachträglichen Sonderwünsche – auch bei Mitbeurkundung der Auflassung – die nachfolgend dargestellten Problemfelder zu beachten.

2. § 3 Abs. 2 MaBV

Ändert sich durch die nachträgliche Vereinbarung von Sonderwünschen der im Bauträgervertrag festgelegte Gesamtkaufpreis, ist diese Änderung nach wohl überwiegender Meinung in die Ratenbemessung nach § 3 Abs. 2 MaBV miteinzubeziehen⁵³.

⁴⁷ S. hierzu bereits oben II.1.a) a. E.

⁴⁸ H. M., vgl. Korte (Fn. 4) Rdnr. 222.

⁴⁹ Basty (Fn. 2) Rdnr. 335 a. E.

⁵⁰ S. hierzu Basty (Fn. 2) Rdnr. 328 u. 292 ff.; Reithmann, in Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, Rdnr. B 227 ff. Speziell zur Aussetzung der Bewilligungserklärung s. Nieder, in: Münchner Vertragshandbuch (Fn. 2), S. 26 unter bb): Hierbei wird ausdrücklich geregelt, daß eine Bewilligung der Eigentumsumschreibung in der Erklärung der Auflassung nicht enthalten ist, und der Notar nicht nur zur Antragstellung, sondern auch zur Erklärung der Bewilligung (durch Eigenurkunde) ermächtigt ist, wobei von der Ermächtigung nur nach Nachweis der Kaufpreiszahlung Gebrauch gemacht werden darf (damit wird das mühsame auszugswise Ausfertigen der Urkunde – ohne die Auflassungserklärung – vermieden, außerdem das Problem des nach h. M. unwirksamen Antragsverzichts der Vertragsteile).

⁵¹ A. a. O. (vorhergehende Fn.) (mit abweichender Beurteilung bei einer noch nicht vermessenen Teilfläche). Nicht übersehen werden darf freilich, daß dem Bauträger bei Mitbeurkundung der Auflassung hinsichtlich nachträglicher Vertragsänderungen weitgehend freie Hand gelassen wird, indem der Käufer dem Schutz des § 313 BGB entzogen wird.

⁵² S. hierzu Basty (Fn. 2) Rdnr. 329.

⁵³ So Basty (Fn. 2) Rdnr. 326; Marcks, Makler- und Bauträgerverordnung, 5. Aufl. 1991, § 3, Rdnr. 22 a. m. w. N.; Kutter, in Beck'sches Notarhandbuch, A. II. Rdnr. 43; Schmidt (Fn. 2) S. 246 (allerdings nur für Sonderwünsche größeren Umfangs; für eine solche Differenzierung gibt § 3 Abs. 2 MaBV jedoch nichts her). Die Kaufpreiserhöhung kann auf die noch ausstehenden Raten aufgeschlagen werden (so Schmidt (Fn. 2) S. 235); der auf die bereits fälligen Raten entfallende Teil kann jedoch auch sofort fällig gestellt werden (so Basty (Fn. 2) Rdnr. 326; Brych/Pause (Fn. 3) Rdnr. (B) 242).

Die Gegenmeinung⁵⁴ möchte dagegen einen sonderwunschbedingten Mehrpreis (in voller Höhe) mit der Rate im Sinne des § 3 Abs. 2 MaBV fällig werden lassen, in deren zugehörigen Baufortschritt bzw. -abschnitt die Ausführung des Sonderwunsches fällt. Der Gegenmeinung ist zwar zuzugeben, daß dem Schutzbedürfnis des Käufers auch mit dieser Fälligkeitstellung durchaus ausreichend Rechnung getragen würde. Doch beziehen sich die in § 3 Abs. 2 MaBV vorgegebenen Raten auf den im Bauträgervertrag vereinbarten Gesamtkaufpreis (und zwar – in pauschalierender Weise – abhängig von einem bestimmten Bautenstand, jedoch unabhängig von dem jeweils konkreten Schutzbedürfnis des Käufers); dies muß dann – mangels gesetzlicher Ausnahmeregelung – auch für eine spätere Änderung des Bauträgervertrags bzw. des Kaufpreises gelten.

Will man die Anpassung des Ratenplans unter Beachtung des § 3 Abs. 2 MaBV vermeiden, bleibt deshalb nur die Fälligkeitstellung des sonderwunschbedingten Mehrpreises mit der letzten Kaufpreisrate bzw. bei einer Verringerung des Kaufpreises infolge nachträglich zugelassener Eigenleistungen eine Verrechnung in dieser Höhe mit der gerade anstehenden Rate⁵⁵. Zur (teilweisen) Rückzahlung einer bereits erhaltenen Rate wird der Bauträger durch § 3 Abs. 2 MaBV bei einer nachträglichen Verringerung des Kaufpreises allerdings nicht verpflichtet⁵⁶.

3. Auswirkungen nachträglicher Sonderwunscheinbarungen auf die Lastenfreistellung

a) Soll sich der im Bauträgervertrag vereinbarte Kaufpreis infolge Eigenleistungen verringern, ist hierzu die Zustimmung der den Bauträger finanzierenden Bank einzuholen, wenn diese im Falle der – häufig erfolgten – Abtretung Gläubigerin des Kaufpreises ist⁵⁷ und der Bauträger von der Bank nicht zu einer Ermäßigung des Kaufpreises bevollmächtigt ist. Die Abtretung „des geschuldeten Kaufpreises“ – so die häufige Formulierung – könnte man allerdings dahingehend auslegen, daß der Kaufpreis von vornherein nur in der jeweils geschuldeten Höhe als abgetreten gilt bzw. der Bauträger zu entsprechenden Abänderungen des Kaufpreises als konkludent bevollmächtigt anzusehen ist⁵⁸. Im Zweifel sollte die Zustimmung der Bank jedoch eingeholt werden⁵⁹.

Auch soweit der Kaufpreis nicht abgetreten wurde, kann eine Einbeziehung der Bank im Hinblick auf die Sicherung der Lastenfreistellung erforderlich sein, falls sich deren Freigabeerklärung gerade auf den im Bauträgervertrag vereinbarten Kaufpreis bezieht oder die Freigabe an einen bestimmten Mindestpreis geknüpft ist, der durch die dem Käufer gewährte Ermäßigung unterschritten würde⁶⁰.

⁵⁴ Reithmann (Fn. 50) Rdnr. B 114; Koebler, in: Koebler, Rechts-handbuch Immobilien, Loseblatt (Stand 6/1994), Nr. 12, Rdnr. 99.

⁵⁵ Diese Abweichungen von § 3 Abs. 2 MaBV zugunsten des Käufers sind ohne weiteres möglich.

⁵⁶ Basty (Fn. 2) Rdnr. 326.

⁵⁷ S. Basty (Fn. 2) Rdnr. 331; Palandt/Heinrichs (Fn. 13), § 398, Rdnr. 18.

⁵⁸ Diese Überlegung ist allerdings – soweit ersichtlich – nicht durch Rspr. bzw. Lit. abgesichert.

⁵⁹ Zur Vermeidung einer unwirksamen Kaufpreisherabsetzung bzw. einer Haftung wegen Verletzung der Treuhandaufgabe (s. nachfolgend im Text).

⁶⁰ Vgl. Basty (Fn. 2) Rdnr. 331.

b) Umgekehrt wird regelmäßig bei einer *sonderwunschedingten Erhöhung des Kaufpreises* das Freigabeversprechen auch von deren Einbeziehung abhängig sein, ebenso sich eine Abtretung des Kaufpreises an die Bank auf die Erhöhung erstrecken⁶¹.

IV. Formulierungsmuster⁶²

1. Jeden Anspruch auf Berücksichtigung von nachträglichen Sonderwünschen schließt *Wolfsteiner* aus⁶³:

3.2. Die Baudurchführung ist allein Sache des Verkäufers. Der Käufer darf Bauarbeiten weder anordnen noch aufhalten; er kann nicht verlangen, daß von der vereinbarten Bauausführung abgewichen wird oder daß der vereinbarte Leistungsumfang verändert wird.

3.3. Der Käufer kann sich nur dann darauf berufen, der Verkäufer habe einer Abweichung von der hier vereinbarten Bauausführung zugestimmt (Sonderwunsch), wenn die Zustimmung schriftlich erklärt ist. Die Zustimmung bedeutet im Zweifel nur, daß der Käufer die Änderung in eigener Verantwortung für die Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften, auf eigene Kosten und auf eigene Gefahr bei den am Bau beschäftigten Unternehmern – bei Dritt-Unternehmern nur im Falle ausdrücklicher Einwilligung des Verkäufers – in Auftrag geben darf. Auch dann aber haben Weisungen, die der Verkäufer und seine Leute auf der Baustelle geben, Vorrang vor Weisungen des Käufers. Schäden und Verzögerungen, die durch die Ausführung von Sonderwünschen entstehen, hat ohne Rücksicht auf Verschulden der Käufer zu vertreten.“

Diese klare Regelung benachteiligt den Käufer jedenfalls dann nicht unbillig, wenn diesem vor und bei Beurkundung – insbesondere durch entsprechende Nachfrage und deutlichen Hinweis auf die Rechtslage – Gelegenheit gegeben wurde, sich über den Wunsch nach etwaigen Abweichungen von der „Standard“-Baubeschreibung tatsächlich Klarheit zu verschaffen.

Im übrigen nimmt diese Bestimmung – wie es der gängigen Praxis entspricht⁶⁴ – eine Weichenstellung dahingehend vor, daß *nachträgliche Sonderwünsche* nicht zwischen Käufer und Bauträger, sondern *zwischen Käufer und den Handwerkern selbst vereinbart* werden. Damit werden zwar die unter III. erörterten Probleme vermieden, solange nicht auch eine Abänderung des Bauträgervertrags hinsichtlich der darin festgelegten Leistungen, insbesondere des Kaufpreises, notwendig bzw. gewünscht wird. Doch entspricht ein solches Ausweichen auf Vertragsbeziehungen unmittelbar zwischen Käufer und Handwerkern in der Regel nicht dem berechtigten Interesse des Käufers und auch nicht dem Schutzgedanken der gesetzlichen Regelungen der MaBV und des § 313 BGB⁶⁵. Insbesondere bei der Geltendmachung von *Gewährleistungsansprüchen* zeigen sich die Nachteile dieser Konstruktion für den Käufer deutlich, dem als Anspruchsgegner nicht mehr alleine der Bauträger, sondern auch die Handwerker gegenüberstehen mit den damit verbundenen Nachteilen bei der Klärung der Mängelverantwortlichkeit⁶⁶.

Zweifelhaft ist bei der Formulierung *Wolfsteiners*, ob der völlige Ausschluß der Ansprüche auf Berücksichtigung von

Sonderwünschen auch für die Fälle Wirksamkeit entfaltet, in denen nach der allgemeinen Rechtslage ein Anspruch nach Treu und Glauben besteht⁶⁷.

2. Inhaltlich ähnliche Regelungen schlagen *Schmidt*⁶⁸:

„ § 8 Sonderwünsche

Bauliche Sonderwünsche können im Rahmen der Baugenehmigung und des Baufortschritts berücksichtigt werden. Sie bedürfen der Genehmigung der Verkäuferin und sind rechtzeitig mitzuteilen. Sie sind nach Genehmigung vom Käufer unmittelbar an die am Bau beteiligten Unternehmer auf seinen Namen und auf seine Rechnung in Auftrag zu geben. Die Abrechnung erfolgt zwischen dem Käufer und den ausführenden Unternehmern direkt. Die Verkäuferin übernimmt keine Haftung hierfür. Die am Bau beteiligten Unternehmen sind dem Käufer auf Wunsch bekanntzugeben. Der Bauablauf darf durch Sonderwünsche nicht beeinträchtigt und verzögert werden; der Käufer haftet hierfür ungeachtet der Genehmigung eines Sonderwunsches durch die Verkäuferin. Die Erstellung von Planungen und Tekturen, die für Sonderwünsche erforderlich sind, sind gesondert zu vergüten.“

und – sehr knapp – *Reithmann*⁶⁹ vor:

„... Aufträge für Sonderwünsche sind vom Erwerber unmittelbar an die betreffenden Handwerker zu geben und mit diesen abzuwickeln. Dies darf nur im Einverständnis mit dem Bauträger erfolgen und ist nur möglich, wenn es das Bauvorhaben nicht verzögert.“

Abgesehen von den bereits genannten Bedenken gegen die „Notlösung“ der Auftragsvergabe unmittelbar an die Handwerker ist bei diesen Formulierungen m.E. nicht ganz eindeutig, ob und inwieweit der Käufer einen Anspruch auf die Genehmigung bzw. das Einverständnis des Bauträgers haben soll.

3. Der genaue Umfang der Verpflichtung des Bauträgers bleibt auch bei der Formulierung von *Götte*⁷⁰ offen:

§ 6 Sonderwünsche

(1) Die Käuferpartei kann als Sonderwunsch eine von der vorgesehenen Bauausführung abweichende Ausstattung verlangen, soweit dies technisch und baurechtlich möglich ist und der Baufortschritt nicht verzögert wird.

(2) Derartige Sonderwünsche sind mindestens 6 Wochen vor Beginn der betreffenden Arbeiten bei der Verkäuferpartei geltend zu machen, die sie direkt an den Handwerker oder Unternehmer weitergibt. Auftraggeber für Sonderwünsche ist unmittelbar die Käuferpartei, so daß insoweit keine Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten dieses Vertrages zustande kommen und auch keine Gewährleistungsansprüche gegen die Verkäuferpartei begründet werden.

(3) Durch Sonderwünsche entstandene Mehrkosten trägt die Käuferpartei; sie sind direkt an die Unternehmer zu bezahlen.

(4) Gutschriften für Einsparungen erhält die Käuferpartei nur dann, wenn und soweit auch der Unternehmer eine Gutschrift gewährt oder den Werklohn herabsetzt.

(5) Die Verkäuferpartei erhält für ihre Verwaltungsarbeit eine Kostenpauschale von 5% des gutgeschriebenen Betrages bzw. der Mehrkosten.“

⁶¹ Vgl. *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 330 (mit zutreffender Kritik zur Gegenmeinung).

⁶² Ohne Anspruch auf Vollständigkeit der vorgeschlagenen Formulierungsmuster.

⁶³ *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, S. 427 f.

⁶⁴ Vgl. *Reithmann* (Fn. 50) Rdnr. B 15, ferner *Wolfsteiner* MittBayNot 81, 7.

⁶⁵ So auch *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 319 a. E.

⁶⁶ So *Schmidt* (Fn. 2) S. 247. Auch für Eigenleistungen des Käufers haftet der Bauträger möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der Verletzung seiner bauaufsichtlichen Pflichten. Ausführlich zu den Gewährleistungsansprüchen s. *Brych/Pause* (Fn. 3) Rdnr. (B) 250 ff.

⁶⁷ S. hierzu oben II.2.b)

⁶⁸ *Schmidt* (Fn. 2) S. 214.

⁶⁹ *Reithmann* (Fn. 50) Rdnr. B 16.

⁷⁰ *Götte*, in: *Wurm/Wagner/Zartmann*, Formularbuch, S. 640 (s. auch dort S. 248).

Hier fungiert also der *Bauträger hinsichtlich der Sonderwünsche als Vermittler zwischen Käufer und Handwerker* gegen gesondertes Entgelt (vgl. § 6 Abs 2 und 5 der Formulierung)⁷¹. Nicht ganz klar ist hier die Rechtslage, wenn der vom Bauträger ins Auge gefaßte Handwerker zur Durchführung des Sonderwunsches nicht in der Lage oder sonst nicht bereit ist, insbesondere ob und inwieweit den Bauträger hier eine Verpflichtung zur Herbeischaffung eines den Sonderwunsch ausführungsbereiten Handwerkers trifft. Letztlich zielt der in § 6 Abs. 1 der Formulierung enthaltene Anspruch des Käufers wohl nur auf die Pflicht des Bauträgers zur *Gestattung* von Eigenleistungen, und zwar in der Form der Ausführung durch vom Käufer beauftragte Dritte⁷².

In keiner Weise sichergestellt ist ferner, daß nach Durchführung der entsprechenden Sonderwunschvergabe der Bauträger tatsächlich lediglich als Vermittler und rechtsgeschäftliche Vertreter des Käufers anzusehen ist. Im Verhältnis zwischen Käufer und Bauträger wird im Hinblick auf die Regelung im Bauträgervertrag zwar im Zweifel von einem bloßen Vermittlungsauftrag auszugehen sein, eine entsprechende Vermutung kann aber bei einer späteren abweichenden Handhabung ohne weiteres widerlegt werden. Im Verhältnis zum Handwerker kann der Bauträger nur dann als Vertreter des Käufers angesehen werden, wenn der Bauträger erkennbar nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Käufers auftritt (§ 164 Abs. 1 BGB). Ob dies in der Praxis tatsächlich so durchgeführt wird, kann bezweifelt werden. Eine durchaus interessengerechte Regelung zur Höhe der Kaufpreiserabsetzung infolge Eigenleistungen stellt die Bestimmung des § 6 Abs. 4 dar⁷³.

4. *Schippel* regelt den Bereich der Sonderwünsche wie folgt⁷⁴:

„... Soweit es der Baufortschritt erlaubt, sind auf Wunsch des Käufers solche Abweichungen gegenüber der Baubeschreibung und der vorgesehenen Ausstattung möglich, die vom Verkäufer generell als Sonderwünsche angeboten werden. Die Kosten hierfür werden zwischen Verkäufer und Käufer jeweils nach Einzelrechnungsstellung fällig.

Darüber hinausgehende Sonderwünsche kann der Käufer nur direkt mit den am Bau beteiligten Handwerkern vereinbaren, soweit es der Baufortschritt noch erlaubt und der Verkäufer zustimmt. Die Abrechnung solcher Sonderwünsche erfolgt direkt zwischen den Handwerkern und dem Käufer. Verzögert sich wegen der zuletzt genannten Sonderwünsche der Baufortschritt, so hat dies der Verkäufer nicht zu vertreten.“

Der zweite Teil der Formulierung entspricht inhaltlich im wesentlichen den obengenannten Vorschlägen. Im ersten Teil bezieht sich *Schippel* auf eine im Bauträgervertrag⁷⁵ enthaltene Sonderwunschliste⁷⁶. Auf Bedenken stößt die in diesem Zusammenhang getroffene Fälligkeitsregelung, soweit hier auf eine Einzelrechnungsstellung – wohl unabhängig vom Ratenplan gem. § 3 Abs 2 MaBV – abgestellt wird⁷⁷.

5. Von *Basty* stammt folgende Formulierung⁷⁸:

„...“

IV. Bauverpflichtung

...“

5. Eine von der Baubeschreibung abweichende Ausführung der vom Verkäufer geschuldeten Arbeiten darf der Käufer nur nach Genehmigung des Verkäufers in Auftrag geben. Die Genehmigung kann insbesondere versagt werden, wenn die Ausführung der Sonderwünsche baurechtlich unzulässig oder mit dem Baufortschritt unvereinbar ist.

Übernimmt der Verkäufer selbst die Ausführung von Sonderwünschen, gelten hierfür die Bestimmungen dieses Vertrages. Im übrigen haftet er hinsichtlich der Sonderwünsche weder für fristgerechte Ausführung noch für Sachmängel.“

Diese Vereinbarung enthält auch eine (knappe) Regelung hinsichtlich nachträglicher Sonderwünsche, deren Durchführung der *Bauträger* übernimmt. Auf nähere Festlegungen kann zumindest dann verzichtet werden, wenn ausreichend Vorsorge für eine spätere ordnungsgemäße Vereinbarung getroffen wurde, insbesondere durch entsprechende Belehrung durch den Notar.

6. Eigener Vorschlag:

a) Sind Sonderwünsche nicht geplant, kann folgende Formulierung gewählt werden:

„...“

Bauverpflichtung

...“

Abweichungen von der in der Anlage beigefügten⁷⁹ Baubeschreibung werden nicht vereinbart. Ein Anspruch auf Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche besteht nicht.“

Der erste Satz dient hierbei lediglich als Merkposten, der zweite Satz der Klarstellung der gesetzlichen Rechtslage⁸⁰.

Anzuraten wäre ferner auch ein ausdrücklicher Hinweis auf die Beurkundungspflicht *nachträglicher* Vertragsänderungen, wenn die Auflassung nicht bereits im Bauträgervertrag erklärt wurde⁸¹. Verzichtbar dürfte hingegen ein Hinweis auf mögliche künftige Vertragsbeziehungen unmittelbar zwischen dem Käufer und einzelnen Handwerkern⁸² sein.

b) Den Interessen des Käufers könnte – in einer auch für den Bauträger akzeptablen Weise – durch folgende Ergänzung des zweiten Satzes der obigen Formulierung Rechnung getragen werden:

„...“

Davon abweichend kann der Käufer jedoch das Einverständnis des Verkäufers zu einer abweichenden Bauausführung verlangen, wenn diese technisch und baurechtlich möglich ist, zusätzliche Leistungspflichten sowie sonstigen Mehraufwand für den Verkäufer nicht begründet und den Baufortschritt nicht verzögert. In diesem Fall ermäßigt sich der in Ziff. ... vereinbarte Kaufpreis, soweit der Verkäufer infolge der abweichenden Bauausführung konkret bezifferbare Aufwendungen erspart und Vereinbarungen mit dem Gläubiger der in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld nicht entgegenstehen.“

⁷⁸ *Basty* (Fn. 2) O. IV. Ziff. IV.

⁷⁹ Soweit diese nicht in einer Verweisungsurkunde enthalten ist.

⁸⁰ S. o. II.2.a).

⁸¹ S. dazu oben III.1. Bei Mitbeurkundung der Auflassung im Bauträgervertrag sollten die Vertragsteile auf die einschlägigen Vorschriften der MaBV und des AGBG insb. im Hinblick auf nachträgliche Vertragsänderungen hingewiesen werden.

⁸² S. hierzu oben IV. 1. u. 3.

⁷¹ S. zu diesem Modell auch *Locher/Koebler* (Fn. 3) Rdnr. 480 a.E. u. Rdnr. 483; außerdem *Basty* (Fn. 2) Rdnr. 319 u. 322 (insb. dort Fn. 575).

⁷² S. o. I.3.

⁷³ Vgl. auch *Koebler* (Fn. 54) Nr. 17 Rdnr. 40 u. 44; zum geschuldeten Preis bei fehlender Regelung s. *Brych/Pause* (Fn. 3) Rdnr. (B) 240 ff.

⁷⁴ *Schippel*, in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 1995, S. 148.

⁷⁵ Insb. in der Baubeschreibung.

⁷⁶ S. dazu oben I.2.

⁷⁷ S. hierzu bereits oben I.2. u. III.2.

Dem Käufer wird hier ein Recht auf bauliche Abweichungen – insbesondere auf Berücksichtigung von Eigenleistungen⁸³ – in dem Umfang eingeräumt, in dem es dem Käufer billigerweise zugestanden werden sollte. Letztlich handelt es sich insoweit um eine Konkretisierung des nach § 242 BGB bestehenden Anspruchs auf Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche⁸⁴ verbunden mit einem Teilkündigungsrecht⁸⁵.

Bezüglich der Kaufpreismäßigung könnten gegebenenfalls Rechte des Gläubigers der Globalgrundschuld entgegenstehen⁸⁶. Soweit sich allerdings die Abtretung an den Gläubiger bzw. dessen Auflage im Zusammenhang mit der Freistellungsverpflichtung auf den im Bauträgervertrag vereinbarten Kaufpreis beziehen, dürfte darin die Kaufpreismäßigung automatisch eingeschlossen sein, da diese bereits im Bauträgervertrag mitenthalten ist und nicht erst später vereinbart wird⁸⁷.

Verdeutlichend könnte weiter ein Hinweis zur Fälligkeit der Kaufpreismäßigung erfolgen⁸⁸, außerdem – insbesondere beim Bauträgervertrag über Wohnungs- bzw. Teileigentum – zur Notwendigkeit der Beachtung der Rechte weiterer Erwerber⁸⁹.

c) Für einen noch nicht vollständig konkretisierten Sonderwunsch⁹⁰ könnte die Regelung lauten:

„ ...

Bauverpflichtung

...

⁸³ Zum Begriff s. o. I.3.

⁸⁴ S. o. II.2.a).

⁸⁵ S. hierzu oben II.2.a) a.E.

⁸⁶ S. o. III.3.

⁸⁷ Insoweit bräuchte also eine Zustimmung des Gläubigers für eine entsprechende Kaufpreismäßigung nicht eingeholt werden. Könnte durch die Kaufpreismäßigung aber ein vom Gläubiger genannter Mindestpreis unterschritten werden bzw. die Lastenfreistellung nicht mehr gesichert sein, muß die Zustimmung des Gläubigers eingeholt werden. Diese sollte ebenfalls in Zweifelsfällen eingeholt werden (s. o. III.3.).

⁸⁸ S. dazu oben III.2. (insb. dort a. E.).

⁸⁹ S. hierzu oben II.2.c) a.E.

⁹⁰ S. o. II.2.c).

Abweichend von der in der Anlage beigefügten Baubeschreibung kann der Käufer unter der Voraussetzung, daß baurechtliche Vorschriften und die Rechte der anderen Wohnungs- bzw. Teileigentümer nicht entgegenstehen, den Einbau/Ausbau (etc.) ... verlangen. Das Verlangen ist spätestens ... zu stellen. Die nähere Leistungsbestimmung gem. § 315 BGB steht dem Käufer/Verkäufer zu. Der in Ziff. ... vereinbarte Kaufpreis erhöht sich um die Selbstkosten des Verkäufers zuzüglich eines Gewinnaufschlags von ...%. Im übrigen gelten für diese Leistungspflichten die Vorschriften dieses Vertrags, gegebenenfalls entsprechend. Im übrigen besteht ein Anspruch auf Berücksichtigung nachträglicher Sonderwünsche nicht. Davon abweichend ... (usw. wie in der obigen Formulierung)“.

Bei ausreichender Konkretisierung des Sonderwunsches ist das Käuferverlangen nicht beurkundungspflichtig⁹¹.

V. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen dürften verdeutlicht haben, daß die Vereinbarung nachträglicher Sonderwünsche aus notarieller Sicht mehrere schwierige und praktisch kaum befriedigend lösbare Probleme aufwirft.

Der wichtigste Ratschlag kann hier nur lauten, den Sachverhalt – insbesondere im Hinblick auf etwa bestehende Sonderwünsche – möglichst bereits vor⁹² Beurkundung des Bauträgervertrags umfassend aufzuklären⁹³ und die Vertragsteile auf die Rechtslage⁹⁴ und die Probleme nachträglicher Vereinbarungen hinzuweisen⁹⁵. Dies wird den Käufer – hoffentlich – zur endgültigen Klärung seiner Vorstellungen veranlassen, so daß die Vereinbarung nachträglicher Sonderwünsche größtenteils vermieden werden kann. Man mag die Mühen bedauern, die Sonderwünsche mit sich bringen – insbesondere deren im Einzelfall unbequeme Mitbeurkundung –, doch bildet die hiermit verbundene individuelle Betreuung einen wichtigen Bestandteil der notariellen Tätigkeit.

⁹¹ S. o. I.2.b).

⁹² Bei Beurkundung kann es möglicherweise schon zu spät sein, s. o. II.2.

⁹³ S. hierzu oben II.2.

⁹⁴ S. hierzu insb. oben II.2.a) u. b).

⁹⁵ S. hierzu oben III; ein „überzeugendes“ Argument dürfte hier – wie meist – der Hinweis auf die Kosten einer Nachbeurkundung sein (im Falle der nicht im Bauträgervertrag erklärten Auffassung).

Zur Anmeldung der Abberufung des einzigen Geschäftsführers einer GmbH

Von Notarassessor Dr. Michael Commichau, Hamburg

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist die Frage, ob und unter welchen zeitlichen Vorgaben der einzige Geschäftsführer einer GmbH seine Abberufung als Geschäftsführer zum Handelsregister der Gesellschaft anmelden kann, wenn nach seiner Abberufung kein neuer Geschäftsführer bestellt worden ist. Diese nicht nur theoretische Frage ist für den betreffenden Geschäftsführer insofern von Bedeutung, als diesem in der Regel an der Beseitigung des durch die fortbestehende Handelsregistereintragung gesetzten Rechtsscheins gelegen sein dürfte.

I. Die Anmeldebefugnis des GmbH-Geschäftsführers

Gemäß § 78 GmbHG sind die vom GmbHG vorgeschriebenen Anmeldungen zum Handelsregister durch den bzw. die bestellten Geschäftsführer der Gesellschaft vorzunehmen. Gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG gehört zu den anmeldepflichtigen Tatsachen auch jede Änderung in der Person der Geschäftsführer sowie insbesondere die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers. Nach einhelliger Auffassung kann nur ein bereits bestellter Geschäftsführer dieser Anmeldepflicht nachkommen, wobei es ausreicht, daß der anmeldende Geschäftsführer vor der Anmeldung als Geschäftsführer bestellt worden ist. Somit kann insbesondere ein neubestellter Geschäftsführer seine eigene Bestellung zum Handelsregister anmelden¹.

Der abberufene Geschäftsführer einer GmbH wäre danach nicht mehr zur Anmeldung seiner Abberufung zum Handelsregister befugt.

II. Die Anmeldung der Abberufung des einzigen GmbH-Geschäftsführers

Zur Anmeldung der Abberufung des alleinigen Geschäftsführers einer GmbH ist grundsätzlich der neubestellte Geschäftsführer berufen, der in aller Regel die Anmeldung der Abberufung des alten Geschäftsführers mit der Anmeldung seiner Neubestellung verbinden dürfte. Sofern die Gesellschaft weitere Geschäftsführer hat, sind diese in vertretungsberechtigter Zahl zur Anmeldung berufen. Für ein Tätigwerden des alten Geschäftsführers besteht insoweit kein Anlaß.

Vollständig anders stellt sich die Situation jedoch dar, wenn durch einen formwirksamen Gesellschafterbeschluß der alte Geschäftsführer zwar abberufen worden ist, jedoch kein neuer Geschäftsführer bestellt wurde. Sofern die GmbH neben dem abberufenen Geschäftsführer keinen weiteren vertretungsberechtigten Geschäftsführer hatte, stellt sich dann die Frage, *wer* die Abberufung des Geschäftsführers zum Handelsregister anmelden kann. Weiterhin stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Eintragung Wirksamkeit entfalten kann.

1. Anmeldung durch den abberufenen Geschäftsführer

Grundsätzlich ist ein abberufener Geschäftsführer nicht mehr zur Vornahme von Anmeldungen zum Handelsregister befugt.

Nach wohl h.M. kann der abberufene Geschäftsführer jedoch seine Abberufung mit Wirkung ab Eintragung im Handelsregister zu demselben anmelden. Sofern der Gesellschafterbeschuß die Fortdauer der Geschäftsführungsbefugnis bis zur Eintragung der Abberufung in das Handelsregister vorsieht, erheben sich gegen diese Verfahrensweise ohnehin keine Bedenken, da der Geschäftsführer hier noch bis zu der entsprechenden Anmeldung amtieren soll². Für den Fall, daß der Gesellschafterbeschuß die *sofortige* Abberufung des Geschäftsführers vorsieht, soll dieser ebenfalls seine Abberufung mit Wirkung ab der Eintragung in das Handelsregister zu demselben anmelden können³. Hierbei wird offenbar unterstellt, daß der Geschäftsführer bis zur Eintragung seiner Abberufung weiterhin als Geschäftsführer agieren kann. Diese Argumentation übersieht jedoch, daß die Eintragung der Vertretungsbefugnis in das Handelsregister lediglich deklaratorische Bedeutung hat, wie sich bereits aus der Anmeldebefugnis der neubestellten Geschäftsführer hinsichtlich ihrer eigenen Neubestellung ergibt. Andernfalls wären auch diese keine anmeldebefugten Geschäftsführer i.S.d. § 78 GmbHG. Folgt man der h.M., ergibt sich an dieser Stelle somit ein Widerspruch, der sich nur mit der Erlaubnis einer auch rückwirkend möglichen Anmeldung der Abberufung durch den abberufenen Geschäftsführer selbst lösen läßt.

2. Anmeldung durch Alleingeschäftsführer auch für die Vergangenheit?

Fraglich ist also, inwieweit der abberufene Geschäftsführer seine Abberufung auch mit Wirkung für die Vergangenheit zum Handelsregister anmelden kann. Anlaß für eine derartige Befugnis besteht vornehmlich dann, wenn kein „neuer“ Geschäftsführer bestellt worden ist.

a. Wirksamer Gesellschafterbeschuß

Voraussetzung hierfür ist in jedem Fall ein formwirksamer Gesellschafterbeschuß, der die Abberufung des Geschäftsführers zu einem bestimmten Zeitpunkt vorsieht. Da die Handelsregistereintragungen bezüglich der Geschäftsführerstellung lediglich deklaratorischen Charakter haben, hängt die Wirksamkeit der Abberufung des Geschäftsführers nicht von der Anmeldung zum Handelsregister ab, der Geschäftsführer geht seines Amtes vielmehr im Zeitpunkt der wirksamen Beschlußfassung verlustig.

Unter Rechtsscheinsgesichtspunkten kann es für den abberufenen Geschäftsführer jedoch von Interesse sein, seine Ab-

¹ Lutter-Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 39 Rdnr. 6; Scholz-U.H. Schneider, GmbHG, 8. Aufl., § 39 Rdnr. 13.

² Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 39 Rdnr. 6; Scholz-U.H. Schneider, GmbHG, 8. Aufl., § 39 Rdnr. 13.

³ So OLG Frankfurt a.M. WM 1983, 1025 = RpfI 1983, 404.

berufung nicht erst mit Wirkung ab der Eintragung zum Handelsregister anzumelden. Dies dürfte vornehmlich in Hinblick auf Geschäftsführerpflichten von Interesse sein, die gegenüber Dritten bestehen und aus deren Verletzung diese Dritten möglicherweise gegen den Geschäftsführer vorgehen könnten⁴.

Gegen die Befugnis des Geschäftsführers zur Anmeldung der Abberufung seiner selbst als Geschäftsführer mit rückwirkender Wirkung könnte eingewandt werden, daß in diesem Falle die Gesellschaft nicht in gesetzlicher Weise vertreten wird. Die in diesem Fall analog §§ 29, 48 Abs.1 BGB nach überwiegender Ansicht in der Literatur erforderliche Bestellung eines Notgeschäftsführers⁵ würde jedoch die Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers zusätzlich weiter verzögern⁶.

b. Das Prinzip der inhaltlichen Richtigkeit des Handelsregisters

Vor dem Hintergrund, daß die Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers zum Handelsregister lediglich deklaratorischen Charakter hat, kommt dem auch vom Landgericht Berlin in seiner Entscheidung vom 22.7.1992⁷ betonten Prinzip der inhaltlichen Richtigkeit des Handelsregisters besondere Bedeutung zu.

Das Prinzip der inhaltlichen Richtigkeit des Handelsregisters hat gegenüber der formalen Betrachtungsweise, die an § 78 GmbHG angelehnt die wirksame Bestellung des Geschäftsführers als Voraussetzung für seine Befugnis zur Anmeldung seines Ausscheidens beim Handelsregister ansieht, Vorrang zu genießen. Dies muß insbesondere im Hinblick auf § 15 HGB gelten, da anderenfalls Dritte im Vertrauen auf den Fortbestand der Geschäftsführerbestellung möglicherweise

Erklärungen gegenüber dem noch eingetragenen Geschäftsführer abgeben, obwohl dieser tatsächlich nicht mehr vertretungsbefugter Geschäftsführer der Gesellschaft ist.

c. Der falsche Rechtsschein

Insbesondere der Geschäftsführer selbst hat ein begründetes Interesse an der Vermeidung des falschen Rechtsscheins hinsichtlich des Fortbestehens seiner Geschäftsführerbestellung. Dieses Interesse ergibt sich zum einen daraus, fortan nicht mehr für die Gesellschaft tätig zu sein und als Vertretungsorgan derselben mit Angelegenheiten der Gesellschaft befaßt zu werden. Zum anderen ergibt sich das Interesse des abberufenen Geschäftsführers an der Löschung der Handelsregistereintragung daraus, daß erst vom Zeitpunkt der Löschung der Eintragung an für ihn selbst keinerlei Verpflichtungen gegenüber Dritten bestehen, deren Verletzung möglicherweise zu Schadensersatzforderungen dieser Dritten gegen den Geschäftsführer führen.

Ein Interesse der Gesellschaft am Fortbestand der Eintragung ist ebenfalls nicht begründbar. Zum Zeitpunkt der Abberufung des alten Geschäftsführers können die beschließenden Gesellschafter einen neuen Geschäftsführer bestellen. Die Abberufung des alten Geschäftsführers ohne Bestellung eines neuen Geschäftsführers in Kenntnis der Umstände kann kein Interesse der Gesellschaft am Fortbestand der Registereintragung begründen. Wenn sich die Gesellschaft aus eigenem Entschluß ihres gesetzlichen Vertretungsorgans beraubt, darf dies nicht einseitig zu Lasten des abberufenen Geschäftsführers wirken, der auf die Entscheidung der Gesellschafterversammlung keinen Einfluß hat.

III. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Entscheidung des Landgerichts Berlin⁸ zu folgen ist. Das Prinzip der inhaltlichen Richtigkeit des Handelsregisters in Verbindung mit dem Interesse des abberufenen Geschäftsführers an der Zerstörung des Rechtsscheins hinsichtlich seiner Geschäftsführerstellung lassen die auf § 78 GmbHG gestützten formalen Bedenken gegen eine Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers durch diesen selbst in den Hintergrund treten. Folglich muß der abberufene einzige Geschäftsführer einer GmbH für den Fall, daß kein neuer Geschäftsführer bestellt worden ist, seine Abberufung auch mit rückwirkender Wirkung zum Handelsregister anmelden können. Diese Befugnis sollte unabhängig davon bestehen, ob zuvor oder gleichzeitig die Bestellung eines Notgeschäftsführers beantragt wird.

⁴ Zu denken wäre hierbei aber auch an Zustellungen im Auftrage von Geschäftsgegnern der Gesellschaft an die vermeintlich noch durch den eingetragenen Geschäftsführer vertretene Gesellschaft zwecks fristgerechter Anspruchgeltendmachung.

⁵ Vgl. statt vieler nur *Scholz-Winter*, GmbHG, 8. Aufl., § 78 Rdnr. 11.

⁶ Auf Anfrage beim Amtsgericht Hamburg „verfügte“ die zuständige Rechtspflegerin, daß in einem derartigen Fall aufgrund des Zeitaufwands für die Bestellung eines Notgeschäftsführers die Anmeldung der Abberufung durch den abberufenen Geschäftsführer selbst vorzuziehen sei (AG Hamburg, Vfg. v. 7.12.1992, 66 HRB 32954).

⁷ LG Berlin, Beschl. v. 22.7.1993, ZIP 1993, 197 = RPfl 1993, 202.

⁸ A.a.O. (Fn. 7).

Pflicht zur Begründung des Rücktrittes vom Erbvertrag ?

Anmerkung zu OLG Düsseldorf, MittBayNot 1995, 150
von Notarassessor Jens Kirchner, Weilheim

Der Entscheidung des OLG lag – auf die wesentlichen Punkte beschränkt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die Erblasserin schloß mit ihrer Tochter zu notarieller Urkunde einen Erbvertrag, in dem sie die Tochter als Alleinerbin einsetzte. Als Gegenleistung verpflichtete sich die Tochter zu Wart und Pflege der Erblasserin.

Die Erblasserin behielt sich ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, daß die Tochter der Verpflichtung zur Wart und Pflege *trotz schriftlicher Abmahnung* nicht oder nur schlecht nachkäme.

Die Erblasserin hat später die Nichterfüllung der Pflichten durch die Tochter mit anwaltlichem Schreiben unter detaillierter Angabe von Gründen gerügt und angedroht, sie werde, wenn die Tochter ihr Verhalten fortsetze, vom Erbvertrag zurücktreten. Nach ca. einer Woche erklärte sie zu notarieller Urkunde den Rücktritt. Die Erklärung ging der Tochter ordnungsgemäß zu. In der notariellen Rücktrittserklärung schilderte die Erblasserin den Sachverhalt um die Abmahnung. Das Abmahnschreiben wurde „in Fotokopie als Anlage zur Urkunde genommen“.

Weiter heißt es in der Urkunde: „Trotz des Schreibens von Herrn O. (Rechtsanwalt) vernachlässigt meine Tochter weiterhin ihre Pflicht, für mich zu sorgen. Aus diesem Grunde trete ich hiermit von dem Erbvertrag ... zurück ...“

Das OLG stellt fest, der Rücktritt sei nicht wirksam erfolgt, weil die Erblasserin erstens nicht bewiesen habe, daß die in der Abmahnung aufgestellten Behauptungen zutreffen und weil zweitens der Rücktritt nicht formgerecht erklärt sei.

1. Der erste Teil der Urteilsgründe ist nicht zu beanstanden.

Das OLG verpflichtet den rücktrittswilligen Erblasser, den Vertragserben zunächst abzumahnern, wobei die Verfehlung (Leistungsmangel) in der Abmahnung konkret darzulegen ist und der Erblasser dem Vertragserben für den Fall, daß er sein Verhalten fortsetzt, den Rücktritt androhen muß.

Ob diese Rügepflicht von Gesetzes wegen besteht – wie das OLG meint –, mag hier dahinstehen¹, denn die Rügepflicht war im Erbvertrag ausdrücklich vereinbart. Hinsichtlich der Anforderungen an die Abmahnerklärung ist dem OLG zustimmen: Die Warnfunktion wird nur erfüllt, wenn der Abmahrende das Fehlverhalten des anderen Vertragsteiles konkret darlegt.

Die in der Abmahnung angegebenen Gründe müssen tatsächlich vorliegen und sind im Streitfall von dem, der sich auf den Rücktritt beruft – hier dem Erblasser –, zu beweisen – auch darin ist dem OLG beizupflichten.²

2. Das OLG stützt seine Annahme, der Rücktritt sei formell unwirksam, auf zwei Argumente:

a. Zum einen meint es, daß der Rücktritt vom Erblasser nur auf solche Umstände und Verhaltensweisen gestützt werden

könne, die nach dem Zeitpunkt der Abmahnung oder zwar vor diesem Zeitpunkt liegen, dem Erblasser aber erst nachträglich bekannt geworden sind (Leitsatz drei). Es belegt seine Ansicht mit einer Entscheidung des BAG³ und der Ansicht von Putzo⁴. In beiden Fundstellen wird jedoch die Kündigung im Arbeitsrecht behandelt, bei der zum Schutz des Arbeitnehmers bekanntermaßen eine Abmahnung vorauszugehen hat. Diese Rechtsprechungsgrundsätze ohne weiteres auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation zu übertragen, erscheint mir kühn. Zumindest die Frage, ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt, wäre zu erörtern gewesen.

Allerdings hat die Ansicht des OLG einiges für sich: Wer abmahnt, gibt dem Abgemahnten nochmals eine Chance. Deshalb würde der Abmahrende sich zu seinem Verhalten in Widerspruch setzen, könnte er auf die in der Abmahnung gerügten Verhaltensweisen auch seinen Rücktritt stützen. Jedenfalls hat dies aber – entgegen der Ansicht des OLG – mit der Frage der *Form* des Rücktrittes nichts zu tun.

b. Weiterhin verlangt das OLG für einen formgerechten Rücktritt, daß der Erblasser in der *notariellen Rücktrittserklärung auch den Kernsachverhalt* angibt, aus dem sich sein Rücktrittsrecht ergibt.

Dem stimme ich in der Begründung und im Ergebnis nicht zu:

aa. Aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ist ein Begründungszwang nicht zu entnehmen. Dies entspricht dem Grundsatz, daß bei Gestaltungsrechten, auch wenn ihre Ausübung einen Grund erfordert, dieser Grund in der Erklärung nicht angegeben werden muß. Vielmehr ordnet das Gesetz den Begründungszwang als Ausnahme gerade ausdrücklich an (vgl. etwa § 564 b III BGB; § 1 III KSchG; § 2336 II BGB).

Daraus, daß der Gesetzgeber die Begründungspflicht für den Rücktritt beim Erbvertrag nicht angeordnet hat, ist zu schließen, daß die Begründung nicht erforderlich ist. Es kann sich auch nicht um ein Redaktionsversehen handeln, denn in einem bestimmten Rücktrittsfall gilt das Begründungsgebot: Rücktritt durch Testament nach Tod des anderen Vertragsteiles bei Verfehlung des Bedachten (§§ 2297 S. 2 i.V.m. § 2294 und § 2336 Abs. 3 BGB). Dem Gesetzgeber war also das Problem der Begründung des Rücktrittes wohlbewußt. Er hat es aber nur in dem vorgenannten Fall angeordnet. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren.

Im übrigen sind auch bei einem Rücktritt wegen Verfehlung des Bedachten unter Lebenden (gem. § 2294 BGB) die Gründe nicht anzugeben.⁵

bb. Aus anderen Erwägungen läßt sich eine Begründungspflicht nicht herleiten: Die Pflicht zur notariellen Beurkundung des Rücktrittes hat den Sinn, den Erblasser zu zwingen, seinen Rücktrittswillen nochmals zu überdenken. Denn ein Stück Papier ist zu Hause in der Erregung schnell beschrieben und abgesandt. Der Gang zum Notar hingegen stellt eine

¹ Für eine Abmahnpflicht bei Dauerverpflichtungen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben: *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Auflage, § 2293, Rz. 10.

² So auch *Staudinger/Kanzleiter*, 12. Auflage, § 2293, Rz. 13.

³ NJW 1989, 2493, 2494.

⁴ *Palandt*, BGB, 54. Auflage, Vorbem. zu § 620, Rz. 41.

⁵ *Palandt/Edenhofer*, 54. Auflage, § 2294, Rz. 1; *Staudinger/Kanzleiter*, 12. Auflage, § 2294, Rz. 9.

gewisse Hemmschwelle dar. Weiterhin sichert die notarielle Beurkundung, daß die Erklärung eindeutig abgegeben wird und ihre Existenz bewiesen ist. Einen darüber hinausgehenden Zweck, insbesondere die Angabe von Gründen zugunsten des Rücktrittsgegners zu sichern, hat die notarielle Beurkundung jedoch nicht.

Dem Rücktrittsgegner ist mit der Angabe der Gründe – anders als bei der Abmahnung – auch nicht gedient. Denn an dem Rücktritt selbst kann er nichts mehr ändern. Wenn er glaubt, ein pflichtwidriges Verhalten sei ihm nicht vorzuwerfen, so ist ihm unbenommen, die Wirksamkeit des Rücktritts gerichtlich prüfen zu lassen.

Bei einem Prozeß nach dem Tod des Erblassers – der u.U. lange Zeit nach dem Rücktritt stattfindet – mag es hilfreich sein, wenn sich die Rücktrittsgründe aus der Rücktrittserklärung selbst ergeben. Damit ist der Sachverhalt näher umrissen. Diese Zweckmäßigkeitserwägung allein genügt jedoch nicht, ein sich nicht aus dem Gesetz ergebendes Tatbestandsmerkmal – hier Begründungspflicht – aufzustellen.

cc. Vielmehr spricht folgende Überlegung gegen eine Begründungspflicht: Wollte man die Angabe von Gründen zur Wirksamkeitsvoraussetzung machen, so würde die Wirksamkeit des Rücktrittes mit weiteren Unwägbarkeiten belastet. Denn neben der Frage, ob der Rücktritt wirklich begründet ist, also das Verhalten des Bedachten den Rücktritt rechtfertigt, wäre dann noch zu prüfen, ob diese Verhaltensweise in der Rücktrittserklärung richtig angegeben wurde. Dies liefe aber dem Sinn der notariellen Beurkundungspflicht, nämlich Rechtsklarheit zu schaffen, zuwider. Man mag dem entgegenhalten, dem Notar sei zuzumuten, die Gründe zu formulieren. Aber daß ein Gericht oft geneigt ist, an diese Formulierung andere Anforderungen zu stellen, zeigt der vom OLG entschiedene Fall.

dd. Das OLG belegt seine Ansicht mit der Entscheidung des BGH vom 2.2.1985⁶, jedoch zu Unrecht, denn es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen: Der BGH behandelt die Frage, wie konkret die Gründe für die *Pflichtteilsentziehung* gem. § 2336 II BGB in der Verfügung anzugeben sind, wobei das Gesetz die Begründung der „Entziehungs“-Erklärung *ausdrücklich anordnet*.

⁶ NJW 1985, 1554 ff.

§ 2336 II BGB kann auf den Rücktritt vom Erbvertrag nicht analog angewandt werden⁷, weil eine Regelungslücke nicht ersichtlich ist⁸. Zudem ist die Interessenlage unterschiedlich: Der Streit um die Wirksamkeit des Pflichtteilsentzuges wird in der Regel erst nach dem Tod des Erblassers entbrennen. Dann können Unklarheiten über die Gründe des Erblassers bestehen, die kaum mehr aufzuklären sind. Hingegen findet der Rücktritt vom Erbvertrag grundsätzlich unter Lebenden statt, die die Frage der Wirksamkeit dann sofort gerichtlich ausstreiten können. Der Vertragserbe bedarf hier keines Schutzes, denn er kann den Prozeß sofort anstrengen⁹.

3. Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung in zweierlei Hinsicht bedeutsam:

Zum einen sollte der Notar im Hinblick auf die Entscheidung des OLG – auch wenn man sie als unzutreffend ansieht – auf eine Begründung der Rücktrittserklärung hinwirken. Zum zweiten ist zu überlegen, ob man bereits bei Abschluß des Erbvertrages das Rücktrittsverfahren klärt. Im Erbvertrag könnte man neben den Rücktrittsgründen auch eine Regelung darüber treffen, ob der Rücktritt eine Abmahnung voraussetzt, ob diese zu begründen ist und ob die Rücktrittserklärung selbst zu begründen ist.

Da nach richtiger Ansicht von Gesetzes wegen eine Pflicht zur Angabe von Gründen in der Rücktrittserklärung nicht besteht, bedarf es eines vertraglichen Ausschlusses dieser Begründungspflicht an sich nicht. Ein solcher Ausschluß wirkt jedoch klarstellend. Der Ausschluß ist jedenfalls möglich, selbst wenn man der Meinung des OLG folgt: Da sich der Erblasser das freie und uneingeschränkte Rücktrittsrecht vorbehalten kann, so kann als „Minus“ ein Rücktrittsrecht, dessen Ausübung zwar Gründe voraussetzt, die aber in der Rücktrittserklärung nicht anzugeben sind, vereinbart werden.

⁷ So auch *Staudinger/Kanzleiter*, 12. Auflage, zu § 2294 in Rz. 9.

⁸ Siehe oben 2. b. aa.

⁹ So die h.M., vgl. z.B. OLG Düsseldorf MittBayNot 1995, 150 (zugrundeliegende Entscheidung); MünchKomm-BGB/*Musielak* 1. Auflage, § 2293, Rz. 11, § 2286, Rz. 7; a.A. *Staudinger/Kanzleiter*, 12. Auflage, § 2293, Rz. 13.

Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Dritte Auflage 1995, Verlag Franz Vahlen, München, DM 198,-

Das bewährte Handbuch liegt nun in neubearbeiteter dritter Auflage vor.

Es enthält neun Teile:

Teil I

Das Verfahren der Familiengerichte

Teil II

Das materielle Scheidungsrecht

Teil III

Die Regelung der elterlichen Sorge und des Umgangs mit dem Kinde

Teil IV

Ehegattenunterhalt

Teil V

Kindesunterhalt

Teil VI

Versorgungsausgleich

Teil VII

Zugewinnausgleich

Teil VIII

Die Regelung der Rechtsverhältnisse an Ehewohnung und Hausrat

Teil IX

Vermögensauseinandersetzung unter Ehegatten außerhalb des Güterrechts

Teil I und VIII sind von *Hans-Ulrich Maurer*, Teil II, III und VII von *Dieter Schwab*, Teil IV, V und IX von *Helmut Borth* und Teil VI von *Meo-Micaela Hahne* bearbeitet worden.

Die Durchsicht des umfangreichen Werkes veranlaßt folgende Anmerkungen:

Eine Vereinbarung nach § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB wird unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres Antrag auf Scheidung gestellt wird. Auf Seite 213 beruft sich *Maurer* zu Recht auf die §§ 608, 624 Abs. 3, 270 Abs. 3 ZPO, wonach auf die Einreichung des Scheidungsantrags bei Gericht abzustellen ist für die Frage, ob innerhalb der Jahresfrist Antrag auf Scheidung gestellt worden ist oder nicht (ebenso *Hahne* auf Seite 1398). Auf die Zustellung kommt es nicht an (genauso OLG Bamberg, DNotZ 84, 671; *Dörr*, NJW 90, 2729; *Grunkowski*, MittRhNotK 93, 18; DNotI-Report 1993, Heft 3, S. 5; *Eichenhofer*, DNotZ 94, 227).

Wichtig ist der Hinweis auf § 53 d Satz 2 FGG (Seite 214, 215), daß die Verweigerung der Genehmigung durch das Familiengericht zu einer Regelung nach § 1587 o Absatz 2 BGB nicht selbständig anfechtbar ist. Etwas anderes gilt für die Genehmigung, die mit der befristeten Beschwerde nach § 621 e ZPO angefochten werden kann (Seite 215), soweit einer der Partner überhaupt beschwert ist.

Maurer will auf Seite 371 § 323 Absatz 2 ZPO auf vollstreckbare Urkunden nicht anwenden, weil derartige Verträge lediglich aus materiellrechtlichen Gründen abgeändert werden könnten.

Für die notarielle Praxis ist unter Umständen von Bedeutung, daß ausländische Entscheidungen im Rahmen von Scheidungen im Inland nur befolgt werden, wenn sie anerkannt worden sind. Die Anerkennung nehmen inländische Behörden und Gerichte grundsätzlich inzidenter im jeweiligen Verfahren vor, doch gelten Ausnahmen. Hierauf weist *Maurer* auf Seite 397 besonders hin.

Ganz wichtig sind die Ausführungen von *Borth* auf Seite 1134, wonach beim Erb- und Pflichtteilsverzicht die Haftung für den Unterhalt durch Erben nach § 1586 b Absatz 1 BGB entfällt. Diese Bestimmung hat zur Folge, daß getrennt lebenden oder in einem Scheidungsverfahren sich befindlichen Ehegatten ein Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht empfohlen werden kann, weil dann der Unterhaltsberechtigte seine Unterhaltsansprüche im Fall des Ablebens des Unterhaltspflichtigen verliert.

Nach einer Entscheidung des BSG vom 03.02.1994 (FamRZ 1994, 1239) fällt bei der Geltendmachung des Realsplittings der Versicherungsschutz für Familienangehörige in der gesetzlichen Krankenversicherung weg, weil nach § 22 Nr. 1 a EStG die Unterhaltsbezüge zu versteuern sind; nach § 10 Absatz 1, 5 SGB V gibt es keinen Versicherungsschutz, wenn Familienangehörige ein Gesamteinkommen haben, das regelmäßig im Monat $\frac{1}{7}$ der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB VI übersteigt (1995: 4060,- DM dividiert durch 7 = 580,- DM monatlich). Wenn also in einer notariellen Urkunde die Abzugsmöglichkeit von Unterhaltszahlungen nach § 10 Absatz 1 Ziffer 1 EStG (bis zu 27.000,- DM im Jahr) beim Unterhaltsverpflichteten vorgesehen ist, dann muß der Unterhaltsberechtigte nach § 22 Ziff. 1 a EStG nicht nur diese Unterhaltszahlungen versteuern, sondern er verliert u.U. auch den Krankenversicherungsschutz. Dies bedeutet, daß in diesem Fall der Unterhaltspflichtige nicht nur die steuerliche Belastung, sondern ebenso die Mehrbelastung bei der Krankenversicherung übernehmen sollte. Darauf weist *Borth* auf Seite 974 eindringlich hin.

Auf Seite 1140 stellt *Borth* nochmals klar, daß während des Getrenntlebens auf Unterhalt für diese Zeit nicht verzichtet werden kann (ebenso *Johannsen-Henrich*, Eherecht, Rdnr. 2 zu § 1585 c).

Die Unterhaltsvereinbarung bedarf von Gesetzes wegen keiner Form. Auf Seite 1142 erwähnt *Borth*, daß bei sachlichem und zeitlichem Zusammenhang eines Unterhaltsvertrages mit formbedürftigen Regelungen zum Zugewinn, Versorgungsausgleich oder der Übertragung eines Grundstücks sich ähnlich wie bei § 313 BGB sehr wohl ein Formerfordernis ergeben kann (ebenso *Hahne* auf Seite 1402; *Johannsen-Henrich*, Eherecht, Rdnr. 5 zu § 1585 c; *Rau*, MittRhNotK 88, 188; *Thiele*, MittBayNot 90, 138).

In notariellen Urkunden wird teilweise nicht sauber getrennt, ob eine Unterhaltsvereinbarung die gesetzlichen Bestimmungen ersetzen oder nur modifizieren soll. Die Absicht, den Unterhaltsanspruch auf eine völlig neue vertragliche Grundlage zu stellen, kann nur bei besonderen Umständen angenommen werden (*Borth*, Seite 1143). Ob bei Regelungen, die nichts mit einer bevorstehenden Scheidung zu tun haben, das Verschuldensprinzip eingeführt werden kann, ist zweifelhaft. *Borth* bejaht die Möglichkeit auf Seite 1147 (ebenso *Ludwig*, DNotZ 82, 653; *Johannsen-Henrich*, Eherecht, Rdnr. 12 zu

Bürgerliches Recht

1. BGB § 313 Satz 1 (*Zur Formpflicht nachträglicher Vereinbarungen bei einem Grundstückskauf*)

Die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB findet auf nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages Anwendung, sofern dadurch eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird; dies gilt grundsätzlich auch für die nachträgliche Verlängerung der Frist zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts (Klarstellung des Senatsurteils vom 27. Oktober 1972, V ZR 37/71, NJW 1973, 37).

BGH, Beschl. v. 9.11.1995 – V ZR 36/95 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

Die Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB findet auf nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages Anwendung, sofern dadurch eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird. Dies gilt grundsätzlich auch für die nachträgliche Verlängerung der Frist zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts. Der Senat hat hiervon Ausnahmen nur für die Fälle zugelassen, daß entweder die Vertragspartner lediglich zwecks Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit eine nur dieser Abwicklung dienende neue Vereinbarung treffen (Urt. v. 27. Oktober 1972 [= MittBayNot 1973, 16 = DNotZ 1973, 473]), oder daß die Änderung (vor Eigentumsumschreibung) der Auflassung zeitlich nachfolgt (Urt. v. 28. September 1984 [= MittBayNot 1984, 274 = DNotZ 1985, 284]). Einer dieser Ausnahmefälle ist hier nicht gegeben.

2. GBO § 23 (*Rückübereignungsvormerkung ohne Löschungserleichterung*)

Eine Auflassungsvormerkung kann auch dann nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt, wenn sie ohne zeitliche Begrenzung bestellt worden ist (Ergänzung zu BGHZ 117, 390).

BGH, Beschluß vom 21.9.1995 – V ZB 34/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH und Notar *Hans Kleider*, Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag ließ der Beteiligte zu 1 einen Miteigentumsanteil von 1/2 an seinem Hausgrundstück an die Beteiligte zu 2 auf. Dem Beteiligten zu 1 wurde zugleich ein Anspruch auf Rückübereignung für den Fall eingeräumt, daß

a) die Beteiligte zu 2 über den Miteigentumsanteil ohne Zustimmung des Beteiligten zu 1 verfügt oder daß

b) über das Vermögen der Beteiligten zu 2 das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird, sie in Vermögensverfall gerät oder die Zwangsvollstreckung in „das Vertragsgrundstück“ betrieben wird.

Der Rückübereignungsanspruch soll nach dem Vertrag mit dem Ableben des Beteiligten zu 1 erlöschen, sofern er zuvor nicht unbedingt entstanden ist.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübereignung bewilligten die Beteiligten die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Beteiligten zu 1 genügen soll.

Das Grundbuchamt hat die Beteiligte zu 2 als Miteigentümerin zu 1/2 sowie zugunsten des Beteiligten zu 1 eine Auflassungsvormerkung bezüglich dieses Anteils eingetragen. Den Antrag auf Eintragung der Löschungserleichterungsklausel hat es dagegen zurückgewiesen. Erinnerung und Beschwerde der Beteiligten sind erfolglos geblieben. Auch die weitere Beschwerde, die das Bayerische Oberste Landesgericht mit Rücksicht auf den Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom 9.2.1994, Rpfleger 1994, 345 [= MittBayNot 1994, 331] dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt hat, hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist statthaft (§ 79 Abs. 2 GBO).

Das vorliegende Gericht geht davon aus, daß sich die bewilligte Auflassungsvormerkung nicht auf die Lebenszeit des Beteiligten zu 1 beschränkt und daß der gesicherte Anspruch, sofern er zu Lebzeiten des Beteiligten zu 1 wirksam geworden ist, vererblich ist und dann ebenfalls keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt. Für diesen Fall hält das vorliegende Gericht eine entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO mit der Folge, daß die beantragte Löschungserleichterungsklausel einzutragen wäre, nicht für zulässig.

Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Köln in dem angeführten Beschluß den Standpunkt vertreten, die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks sei bei dieser Fallgestaltung in analoger Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO geboten. Die beiden Gerichte sind mithin über dieselbe, hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage unterschiedlicher Auffassung. Dies trägt die Vorlage.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO), hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Sind bei einem auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten dinglichen Recht seiner Art nach Rückstände von Leistungen möglich, so bedarf es nicht der an sich gemäß § 23 Abs. 1 GBO erforderlichen Bewilligung des Rechtsnachfolgers, wenn im Grundbuch eingetragen ist, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt (§ 23 Abs. 2 GBO). Für die Löschung einer sich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkenden Auflassungsvormerkung hat der erkennende Senat die Zulässigkeit einer Löschungserleichterungsklausel nach § 23 Abs. 2 GBO verneint (BGHZ 117, 390 [= MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569]). Ist nämlich die Vormerkung mit Eintritt der Bedingung erloschen, so entfallen ihre gesetzlichen Wirkungen (§§ 883 Abs. 1 und 2, 884, 888 BGB, § 24 KO, § 48 ZVG). Rückstände im Sinne des § 23 GBO sind dann nicht mehr denkbar. Soweit der gesicherte Anspruch auf Rückübereignung – unter bestimmten Voraussetzungen – vererblich und damit nicht zeitlich beschränkt ist, so stellt der Fortbestand dieses Anspruchs keinen Rückstand der Vormerkung dar.

2. Im Anschluß an diese Entscheidung ist in Rechtsprechung und Rechtslehre vielfach der Versuch unternommen worden, § 23 Abs. 2 GBO auf die Vormerkung dann analog anzuwenden, wenn nicht nur der gesicherte Rücküberweisungsanspruch – sofern entstanden – vererblich ist, sondern auch die Vormerkung ohne zeitliche Begrenzung bestellt worden ist. In diesem Fall könne nämlich der fortbestehende schuldrechtliche Anspruch als Rückstand der ebenfalls fortbestehenden Vormerkung begriffen werden und die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel rechtfertigen (OLG Köln, Rpfleger 1994, 345 [MittBayNot 1994, 331]; AG München, MittBayNot 1992, 279; Ertl, MittBayNot 1992, 195; Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129, 134 ff; Rastätter, BWNotZ 1994, 135, 137 f).

Der Senat vermag sich dem nicht anzuschließen.

a) Die Vorschrift des § 23 Abs. 2 GBO setzt voraus, daß das eingetragene Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist (§ 23 Abs. 1 GBO). Schon daran fehlt es bei der vorliegenden Fallgestaltung, worauf das vorliegende Gericht zu Recht hinweist (s. auch Tiedtke, DNotZ 1992, 539, 543 f; Streuer, Rpfleger 1994, 346, 347). Die Vormerkung, um deren Löschung es geht, ist gerade nicht auf die Lebenszeit des Beteiligten zu 1 bestellt worden. Vielmehr soll sie fortbestehen und den Rückkaufansprüche, sofern er auf den Erben übergegangen ist, sichern.

b) Ferner kommt die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel nur in Betracht, wenn Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind. Solche Rückstände will das Oberlandesgericht Köln in der von der Auffassung des vorliegenden Gerichts abweichenden Entscheidung (a.a.O. S. 346) in dem auf den Erben übergegangenen Rücküberweisungsanspruch erblicken, da dieser Anspruch allein in der Person des ursprünglich Berechtigten entstanden, aber nicht erfüllt worden sei. Mag auch diese Sichtweise den Eindruck erwecken, der Anspruch auf Rücküberweisung sei in solch einem Fall rückständig, so ist bei nüchterner Betrachtung nichts anderes geschehen, als daß der ursprüngliche Anspruch auf einen Rechtsnachfolger übergegangen ist. Er hat sich dabei in seinem Wesen nicht verändert. Die Annahme, es handle sich um Rückstände im Sinne von § 23 Abs. 1 GBO, liegt daher fern (vgl. Tiedtke, DNotZ 1992, 539, 543; Streuer, Rpfleger 1994, 346 f). Hinzu kommt, daß es ohnehin nicht um Rückstände des eingetragenen Rechts geht. Betroffen ist allein – wie der Senat in seiner bereits zitierten Entscheidung dargelegt hat (BGHZ 117, 390, 393) – der schuldrechtliche Anspruch.

c) Angesichts dieser wesentlichen Unterschiede zu dem in § 23 Abs. 2 GBO geregelten Sachverhalt kommt eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die hier vorliegende Fallkonstellation nicht in Betracht. Sie entspräche nicht der Interessenlage. Normalerweise kann ein auf die Lebenszeit des Berechtigten bestehendes Recht bei Fristablauf durch eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO zur Löschung gebracht werden. Sind hingegen Rückstände vorhanden mit der Folge, daß das Recht insoweit fortbesteht, ist eine Grundbuchberichtigung nicht möglich. Verfahrensrechtlich bedarf die Löschung der Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO). Darüber hinausgehend schützt § 23 Abs. 1 GBO den Betroffenen schon dann, wenn bei einem auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Recht Rückstände nicht ausgeschlossen sind (unabhängig davon, ob sie wirklich bestehen). In jedem Fall bedarf es zur Löschung seiner Bewilligung (vgl. dazu Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129 f). Dies bedeutet für den Eigentümer, der nach Fristablauf das

Recht zur Löschung bringen will, eine Erschwerung, die im Einzelfall einer schnellen Verwertung des Grundstücks hinderlich sein kann. Daher gibt § 23 Abs. 2 GBO in solchen Fällen die Möglichkeit, eine Löschungserleichterung zu vereinbaren und einen entsprechenden Vermerk einzutragen, der wiederum den Weg freimacht für das Verfahren nach § 22 GBO.

Dieser vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenausgleich findet seine Rechtfertigung darin, daß Rückstände im allgemeinen die Ausnahme bilden werden und – vor allem – daß sie gegenüber dem (erloschenen) Stammrecht nicht erheblich ins Gewicht fallen, so daß die Erleichterung für den Grundstückseigentümer, die mit einer gewissen Gefährdung des Berechtigten einhergeht – sein Recht erlischt zwar nicht, kann aber nach Löschung einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten anheim fallen (§ 892 BGB) –, der für beide Seiten unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung gerecht wird. Dieses gesetzgeberische Konzept würde indes verlassen, wenn die Vorteile des § 23 Abs. 2 GBO dem Eigentümer auch dann zugute kämen, wenn es sich nicht um mögliche Rückstände (z. B. Zinsen oder sonstige Nutzungen) handelt, die dem Berechtigten noch zustehen können, sondern um das Recht selbst, mag auch sein Fortbestand nach Fristablauf wegen der vereinbarten Bedingungen die Ausnahme bilden. Hier müssen die Interessen des Berechtigten im Vordergrund stehen. Die Möglichkeit einer Löschung ohne seine Bewilligung wäre systemwidrig. Sein Recht ist (unter Umständen) unverändert wirksam. Diese Sachlage unterscheidet sich damit grundlegend von dem in § 23 Abs. 2 GBO geregelten Fall, der an das Erlöschen des Stammrechts anknüpft und lediglich Rückstände in Rechnung stellt (vgl. auch Tiedtke, DNotZ 1992, 539, 543 f; Streuer, Rpfleger 1994, 346 f).

Hinweis der Schriftleitung:

Zu dieser Entscheidung erscheint in Kürze ein Beitrag von Notar Dr. Eduard Wufka, Starnberg.

3. WEG § 4 Abs. 1 BGB §§ 875, 876, 877 (Reichweite einer Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung)

1. Ist in einem notariellen Kaufvertrag dem Bauträger Vollmacht zur Ergänzung und Änderung der Teilungserklärung erteilt und soll diese Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt uneingeschränkt sein, so ist zur Aufteilung eines Teileigentums die Zustimmung der eingetragenen Erwerber bzw. der Auflassungsvormerkungsberechtigten nicht erforderlich.
2. Die in einem notariellen Kaufvertrag dem Verkäufer erteilte, „gegenüber dem Grundbuchamt uneingeschränkte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung“, betrifft nur das Verhältnis der Erwerber zum Verkäufer; sie macht die Bewilligung der dinglich Berechtigten nicht entbehrlich.

BayObLG, Beschluß vom 19.10.1995 – 2 Z BR 99/95 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte erwarb mit notariellem Vertrag vom 13.1.1993 von der Firma B., einer Bauträgerin, einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück von 550/1000. Auf dem Grundstück sollte eine Eigen-

tumswohnanlage, bestehend aus mehreren Häusern und zwei Tiefgaragen errichtet werden, wobei zunächst die Verkäuferin zwei Häuser und eine Tiefgarage, sodann die Käuferin die weiteren Häuser und eine zweite Tiefgarage erstellen sollte.

Durch notariellen Vertrag vom 9.7.1993 teilte die Firma B. ihren 450/1000 Miteigentumsanteil in 25 Anteile auf und verband diese je mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und/oder einem Kellerabteil und/oder einem Kfz-Abstellplatz in der Tiefgarage. Die Beteiligte teilte ihren 550/1000 Miteigentumsanteil auf in einen 514/1000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einem Kfz-Abstellplatz in der Tiefgarage, im Aufteilungsplan mit H 13 bezeichnet, und 12 Miteigentumsanteile zu je 3/1000 jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an einem Kfz-Abstellplatz in der Tiefgarage, im Aufteilungsplan mit H 1 – H 12 bezeichnet. In der notariellen Urkunde heißt es, das geplante Bauvorhaben der Firma B. sei mittlerweile baurechtlich genehmigt, jedoch noch nicht das der Beteiligten; es lägen für das Bauvorhaben der Firma B. der genehmigte Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung vor, jedoch noch nicht für das Vorhaben der Beteiligten. Die Herstellung der Gebäude der Firma B. erfolge gemäß der Urkunde beigefügten Baubeschreibung. Für die Eigentumswohnanlage solle die Gemeinschaftsordnung gelten, die in der Anlage 2, auf die verwiesen werde, enthalten sei. In dieser Anlage, der ein Lageplan beigefügt ist, in dem die geplanten Gebäude eingezeichnet sind und gekennzeichnet ist, welche Fläche der Firma B. und welche der Beteiligten zur Bebauung zugewiesen werden soll, wird u.a. folgendes bestimmt:

„§ 16 Sondernutzungsrechte und Gebrauchsregelungen

... Den jeweiligen Eigentümern der Eigentumseinheiten der Firma B. wird hiermit das Sondernutzungsrecht an der gesamten unbebauten Grundstücksteilfläche, auf dem beigehefteten Lageplan rot schraffiert eingezeichnet, sofern es sich nicht um die notwendigen gemeinschaftlichen Zuwegungen gem. Planunterlagen handelt, eingeräumt,

den jeweiligen Eigentümern der Eigentumseinheiten der Beteiligten das Sondernutzungsrecht an dem grün schraffierten Teil des vorerwähnten Lageplans, sofern es sich nicht um die notwendigen gemeinschaftlichen Zuwegungen handelt.

Die Miteigentümer können also namentlich an ihren Sondernutzungsrechtsbereichen (auch an Garten- oder Hofflächen) Sondernutzungsrechte bestimmten Einheiten zuordnen; die übrigen Miteigentümer sind dann von der Nutzung entsprechend ausgeschlossen.“

§ 18 der Anlage 2 zur notariellen Urkunde betrifft die Ver- und Entsorgung und enthält Regelungen bzgl. Anlage und Änderungen der Leitungssysteme.

Der notarielle Vertrag vom 9.7.1993 wurde grundbuchamtlich vollzogen; die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher sind angelegt, die Beteiligte ist entsprechend dem notariellen Vertrag als Eigentümerin der 13 Teileigentumseinheiten in den Teileigentumsgrundbüchern eingetragen.

In der Folgezeit veräußerte die Firma B. die Wohnungseigentumseinheiten und den überwiegenden Teil der Teileigentumseinheiten an verschiedene Käufer. In Abschnitt I Nr. 2 der notariellen Urkunden ist darauf hingewiesen, daß die Firma B. und die Beteiligte sich verpflichtet hatten, an dem Grundstück Wohnungs- und Teileigentum zu begründen, das Bauvorhaben der Firma B. baurechtlich genehmigt sei, jedoch nicht das der Beteiligten, und daß für das Bauvorhaben der Firma B. der genehmigte Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorlägen, nicht jedoch für das Vorhaben der Beteiligten. In Abschnitt XI Nr. 2a der notariellen Kaufverträge erteilten die Käufer der Firma B. jeweils unwiderrufliche Vollmachten folgenden Inhalts:

„... die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung und die Aufteilungspläne abzuändern und zu ergänzen, namentlich nach Vorliegen auch der genehmigten Aufteilungspläne und Abgeschlossenheitsbescheinigung für das Bauvorhaben der Beteiligten, die Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung bzgl. deren Bauvorhaben entsprechend zu erweitern bzw. zu ergänzen und auch nach Maßgabe der Vollmacht im letzten Absatz von § 18 der Anlage 2 der Teilungserklärungsurkunde sachdienliche Anpassungen vorzunehmen, ferner zum Zwecke von räumlichen Veränderungen unter anderen Eigentumseinheiten und bei baulichen Veränderungen, welche das Kaufobjekt nicht unmittelbar

berühren, auch wenn sie sich im übrigen auf das Gemeinschaftseigentum beziehen, auch Kellerabteile zu verändern, wenn sich die Lage und die Größe nicht wesentlich ändern, sowie auch die Miteigentumsanteile zu ändern, wenn das Verhältnis der Wohn-/Nutzfläche des Kaufobjekts zur Gesamtwohn-/Nutzfläche gewahrt bleibt, ferner Sondernutzungsrechte, insbesondere im Rahmen der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung zu begründen oder zu ändern; der Bevollmächtigte ist jedoch intern gehalten, nur solche Änderungen vorzunehmen, die zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlich sind, oder durch die das hier verkaufte Sondereigentum und evtl. Sondernutzungsrechte nicht unmittelbar und nachteilig betroffen werden; die Vollmacht zur Ergänzung und Änderung ist gegenüber dem Grundbuchamt uneingeschränkt, die genannten Einschränkungen wirken nur intern gegenüber dem Bevollmächtigten.“

Einige Käufer sind mittlerweile als Eigentümer in den Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbüchern eingetragen, zugunsten der übrigen Käufer sind jeweils Auflassungsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen. Sämtliche Wohnungs- und Teileigentumsrechte sind mit Rechten Dritter belastet.

Mit notarieller Nachtragsurkunde vom 25.2.1994 „zur Teilungserklärung“ vom 9.7.1993 teilten die Beteiligte und die Firma B. die Teileigentumseinheit H 13, zu der der Miteigentumsanteil von 514/1000 an dem Grundstück gehört, in eine große Anzahl von Teilen auf und verbanden jeden Anteil mit Sondereigentum an einer Wohnung oder Gewerbeeinheit und/oder einem Kellerraum. In Abschnitt IV dieser Urkunde heißt es:

„Im übrigen verbleibt es bei den Bestimmungen der diesamtlichen Teilungserklärungsurkunde vom 9.7.1993 ..., insbesondere bei der Gemeinschaftsordnung gemäß Anlage 2 zur vorgenannten Urkunde, soweit nicht vorstehend bezüglich der Sondernutzungsrechte und Gebrauchsregelung in § 16 der vorgenannten Urkunde geändert bzw. begründet.

... Die Firma B. handelt gegenwärtig zugleich für ihre sämtlichen Käufer von Wohnungs-/Teileigentumseinheiten aufgrund der in den notariellen Kaufverträgen erteilten entsprechenden Vollmachten und stimmt ausdrücklich auch namens dieser Käufer den aufgrund gegenwärtiger Urkunde erfolgten Änderungen zur Gemeinschaftsordnung mit dem Antrag auf Vollzug im Grundbuch.“

Durch Nachtragsurkunde vom 28.7.1994 wurde diese Unterteilung teilweise geändert.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Vollzug der Urkunden vom 25.2.1994 und 28.7.1994 u. a. wie folgt beanstandet:

„Das Bauvorhaben der Beteiligten werde auf einer Grundstückfläche ausgeführt, die derzeit noch Gemeinschaftseigentum sei; die Zustimmungen sämtlicher Miteigentümer und sämtlicher Berechtigter in Abteilung II und III seien erforderlich.“

Mit der Erinnerung/Beschwerde hat sich die Beteiligte gegen die Zwischenverfügung gewandt. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Das Rechtsmittel ist nur zum Teil begründet.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Zu der in der Urkunde vom 25.2.1994 nebst Nachträgen enthaltenen Änderung der Teilungserklärung sei die Zustimmung aller Miteigentümer, insbesondere der Erwerber, die Eigentumseinheiten von der Firma B. gekauft hätten und zu deren Gunsten Auflassungsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen seien, erforderlich. Zwar könne die Zustimmung und grundbuchrechtliche Bewilligung auch von einem Vertreter abgegeben werden. Eine wirksame Vollmacht zur Vertretung hätten die Käufer der Firma B. jedoch nicht erteilt. Als Berechtigung zur Änderung der Teilungserklärung komme nur der erste Teil der in Abschnitt XI Nr. 2a beschriebenen Vollmacht in Frage, in dem die Firma B. bevollmächtigt werde, die Gemeinschaftsordnung im Hinblick auf das Bauvorhaben der Beteiligten „entsprechend zu erweitern bzw. zu ergänzen“. Der nächste

Teil der Vollmacht, der auf § 18 der Anlage 2 zur Teilungserklärung Bezug nehme, betreffe nur mögliche Erklärungen zu Regelungen der Ver- und Entsorgung. Im folgenden Teil werde nur Vollmacht zu baulichen und räumlichen Veränderungen insbesondere der Kellerabteile erteilt. Im folgenden sei zwar von einer Änderung der Miteigentumsanteile die Rede, gemeint seien aber offensichtlich nur geringfügige Abweichungen in der Größe der jeweils bestehenden Anteile. Der letzte Teil der Vollmacht beziehe sich ausdrücklich nur auf die Begründung und Änderung von Sondernutzungsrechten.

In dem maßgeblichen Teil der Vollmacht werde auch nur die Berechtigung zur Abänderung erteilt „entsprechend“ dem Bauvorhaben der Beteiligten. Durch das Wort „entsprechend“ werde ein unbestimmter Begriff benutzt, der eine Wertung des Grundbuchamts erfordere. Diese sei vielfach nur nach einer Beweisaufnahme möglich, die im Antragsverfahren nicht zulässig sei.

Die in den Kaufverträgen der Firma B. gegebenen Vollmachten seien auch nicht klar gefaßt; sie widersprächen dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz. Bei Erteilung der Vollmachten hätten für das Bauvorhaben der Beteiligten weder genehmigte Baupläne noch baurechtlich genehmigte Aufteilungspläne vorgelegen; den Verträgen seien auch keine sonstigen genauen Aufteilungspläne beigelegt worden. Die genaue Größe, die äußere Gestaltung und die vorgesehene Nutzung sowie Aufteilung seien nicht erkennbar gewesen.

Zum Vollzug der notariellen Urkunde vom 25.2.1994 samt den Nachträgen sei auch die Zustimmung aller Berechtigten in Abteilung 2 und 3, somit sämtlicher Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich. Diese seien in ihrer Rechtsstellung betroffen, denn eine Beeinträchtigung ihrer grundbuchmäßigen Rechte könne nicht ausgeschlossen werden. Die in den notariellen Verträgen der Firma B. mit den verschiedenen Käufern enthaltenen Vollmachten änderten an dieser Rechtslage nichts; die Grundpfandrechtsgläubiger seien an den Kaufverträgen nicht beteiligt gewesen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand. Zum Vollzug der notariellen Urkunde vom 25.2.1994 kann die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer nicht mehr verlangt werden. Im übrigen ist das Rechtsmittel der Beteiligten unbegründet.

a) In der notariellen Urkunde vom 25.2.1994 wird der Miteigentumsanteil der Beteiligten von 514/1000 am Grundstück aufgehoben; gleichzeitig werden neue Wohnungseigentumsrechte begründet. Dabei wird der Miteigentumsanteil in 20 Teile aufgespalten; jeder Anteil wird mit Sondereigentum verbunden, das durch Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums an den neu zu errichtenden Gebäuden entsteht.

(1) Bei diesen Vorgängen handelt es sich um eine Aufhebung des Teileigentums der Beteiligten und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte, da Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt wird. Diese nachträgliche Umgestaltung bedarf der Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung (§ 925 BGB) gemäß § 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 WEG, da neues Sondereigentum geschaffen wird; ferner ist die Eintragung im Grundbuch notwendig (vgl. BayObLGZ 1991, 313/316 f. [= MittBayNot 1992, 50]; 1992, 40/412 [= MittBayNot 1992, 199 = DNotZ 1992, 426]; 1994, 233/235 f. [= MittBayNot 1994, 529 = DNotZ 1995, 607]).

(2) Die Aufteilung entsprechend der notariellen Urkunde vom 25.2.1994 haben die Beteiligte und die Bauträgerin, die noch

als Eigentümerin einer größeren Anzahl von Wohnungs- und Teileigentumsrechten im Grundbuch eingetragen ist, bewilligt. Soweit die Erwerber von Wohnungs- und Teileigentum bereits in den Grundbüchern eingetragen sind, ist grundsätzlich ihre Zustimmung erforderlich. Ebenso ist die Zustimmung der Erwerber, zu deren Gunsten Auflassungsvormerkungen in den Grundbüchern eingetragen sind, grundsätzlich notwendig (BayObLGZ 1993, 259/261 f. [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]; BayObLGZ 1994, 302/307 [= MittBayNot 1994, 527 = DNotZ 1995, 612]). Die Zustimmung und die grundbuchrechtlich notwendige Bewilligung der eingetragenen Erwerber und der Auflassungsvormerkungsberechtigten kann jedoch auch vom Bauträger aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht erklärt werden. Im Hinblick auf den das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz muß die Vollmacht eindeutig sein. Sie muß zumindest im Wege der Auslegung zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führen (BayObLGZ 1993, 259/263 [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]; 1994, 244/245 f. [= DNotZ 1995, 610/611]; BayObLGZ 1994, 302/307 [= MittBayNot 1994, 527 = DNotZ 1995, 612]). Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Die Auslegung einer Vollmacht der vorliegenden Art ist grundsätzlich Sache des Tatrichters (BayObLG, Rpfleger 1991, 365). Sie kann vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Ein solcher liegt hier darin, daß das Landgericht wesentliche Teile der Vollmacht nicht in seine Würdigung einbezogen hat.

(3) Nach Auffassung des Landgerichts kommt nur der erste Teil der in Abschnitt XI Nr. 2a niedergelegten Vollmacht für eine Änderung der Teilungserklärung in Frage; dieser berechnete die Bauträgerin insbesondere bezüglich des Bauvorhabens der Beteiligten, die Teilungserklärung zu erweitern und zu ergänzen. Das Landgericht verkennt dabei, daß die zwei Halbsätze nach dem ersten Strichpunkt die Vollmacht insgesamt betreffen und nicht nur die zuletzt genannten Sondernutzungsrechte. Diese Halbsätze lauten:

„der Bevollmächtigte ist jedoch intern gehalten, nur solche Änderungen vorzunehmen, die zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlich sind, oder durch die das hier verkaufte Sondereigentum und evtl. Sondernutzungsrechte nicht unmittelbar und nachteilig betroffen werden; die Vollmacht zur Ergänzung und Änderung ist gegenüber dem Grundbuchamt uneingeschränkt, die genannten Einschränkungen wirken nur intern gegenüber dem Bevollmächtigten.“

Aus dem Zusammenhang und aus dem Aufbau des Satzes ergibt sich, daß die zitierten Halbsätze für den gesamten Inhalt der Vollmacht gelten sollen und nicht nur für die Bevollmächtigung zur Begründung oder Änderung von Sondernutzungsrechten, wie das Landgericht annimmt. Durch diese Erklärungen ist klargestellt, daß der Bauträgerin nach Vorliegen der genehmigten Aufteilungspläne und der Abgeschlossenheitsbescheinigung für das Bauvorhaben der Beteiligten zum grundbuchamtlichen Vollzug uneingeschränkte Vollmacht hinsichtlich der Änderung der „Teilungserklärung“ – (gemeint ist offensichtlich der Vertrag vom 9.7.1993) – und der Aufteilung eingeräumt ist.

In den Kaufverträgen der Bauträgerin mit den Erwerbern ist in Abschnitt I Nr. 2 jeweils auf das Bauvorhaben der Beteiligten hingewiesen und gesagt, daß für dieses Bauvorhaben noch kein genehmigter Aufteilungsplan und keine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegen. Nach Abschnitt XII der jewei-

ligen Kaufverträge wurde der Vertrag vom 9.7.1993 jeweils Inhalt der Kaufverträge. Hieraus und aus dem diesem Vertrag beigelegten Anlagen sowie aus dem Grundrißplan konnte entnommen werden, daß und auf welchem Grundstücksteil die Beteiligte in einem zweiten Bauabschnitt weitere Gebäude errichten würde. Da die Erwerber der Bauträgerin trotz fehlender genauer Baupläne und ohne Kenntnis der vorgesehenen Nutzung uneingeschränkte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung gaben und nur intern gewisse Einschränkungen machten, ist zum Grundbuchamtlichen Vollzug der Unterteilung in der notariellen Urkunde vom 25.2.1994 nebst Nachträgen ihre Bewilligung nicht mehr erforderlich.

(4) Die Formulierung im ersten Satzteil der in Abschnitt XI Nr. 2a beschriebenen Bevollmächtigung, der Bauträgerin werde Vollmacht erteilt, die Teilungserklärung bezüglich des Bauvorhabens der Beteiligten „entsprechend“ zu erweitern und zu ergänzen, macht die ansonsten dem Grundbuchamt gegenüber unbeschränkte Vollmacht nicht derart unbestimmt, daß sie, wie das Landgericht meint, gegen den das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz verstößt. Ermöglicht werden soll eine Aufteilung des Miteigentumsanteils entsprechend den genehmigten Aufteilungsplänen und der Abgeschlossenheitsbescheinigung. Damit ist der Umfang der Vollmachten durch die genehmigten Aufteilungspläne und die Abgeschlossenheitsbescheinigung festgelegt (vgl. BayObLGZ 1994, 233/236 [= MittBayNot 1994, 529 = DNotZ 1994, 612]).

(5) Ob die weiteren Bestimmungen der Vollmacht, es dürften bezüglich Ver- und Entsorgungseinrichtungen „sachdienliche Anpassungen“ sowie „bauliche Veränderungen, die das Kaufobjekt nicht unmittelbar berühren“ vorgenommen werden, noch dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen (vgl. dazu BayObLGZ 1993, 259/263 f. [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]; 1994, 244/246 [= DNotZ 1995, 610]; 302/307 [= MittBayNot 1994, 527 = DNotZ 1995, 612]), braucht hier nicht näher geprüft zu werden, da, wie ausgeführt, die Vollmacht dem Grundbuchamt gegenüber unbeschränkt ist und die in diesen Bestimmungen gemachten Einschränkungen nur intern gegenüber der Bauträgerin gelten sollen.

b) Zur Aufhebung des Teileigentums der Beteiligten und der Begründung neuer Wohnungseigentumsrechte verlangen die Vorinstanzen zu Recht die Bewilligung der dinglich Berechtigten an diesem Teileigentum und derjenigen Gläubiger, denen dingliche Rechte an den der Firma B. bzw. den Erwerbern gehörenden Wohnungs- und Teileigentumsrechten zustehen. – Nicht erforderlich wäre hingegen die Bewilligung Dritter, denen an dem ganzen Grundstück und damit an allen Wohnungs- und Teileigentumsrechten dingliche Rechte in Form einer Gesamtberechtigung zustehen, da ihr Pfandobjekt erhalten bleibt (vgl. BayObLGZ 1991, 313/317 [= MittBayNot 1992, 50]). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

(1) Wie ausgeführt, ist für die Aufhebung des Teileigentums und die damit verbundene Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte die Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer nach § 4 Abs. 1, Abs. 2 WEG und die Eintragung notwendig. Betroffen im Sinn des § 19 GBO von dieser beantragten Eintragung ist jeder, dessen Grundbuchmäßiges Recht rechtlich beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann (BGHZ 91, 343/346 [= MittBayNot 1984, 129 = DNotZ 1984, 695]; BayObLGZ 1991, 313/317). Dies ist jeder, dessen Mitwirkung (Zustimmung) zu dem materiell-rechtlich zugrundeliegenden Rechtsgeschäft er-

forderlich ist (BayObLGZ 1985, 124/127 [= MittBayNot 1985, 745 = DNotZ 1986, 87]). Zur Aufhebung des Teileigentums bedarf es der Zustimmung der dinglich Berechtigten gemäß §§ 875, 876 BGB; zur Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten an diesen Rechten geboten (§§ 876, 877 BGB), weil das Pfandobjekt verändert wird. Erforderlich ist die Zustimmung und dementsprechend die Eintragungsbewilligung dinglich Berechtigter nach § 19 GBO aber nur mit der Einschränkung, daß ihre Rechtsstellung rechtlich und nicht nur wirtschaftlich nachteilig berührt wird (BGH a.a.O.; BayObLGZ 1989, 28/31 [= MittBayNot 1989, 149 = DNotZ 1990, 42]). Ein rein formelles Betroffensein des Drittberechtigten kann seine Mitwirkung entbehrlich machen (BayObLGZ 1974, 217/221 [= MittBayNot 1974, 147 = DNotZ 1975, 31]).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten an dem Teileigentum der Beteiligten erforderlich. Da dieses Teileigentum aufgehoben und der Miteigentumsanteil aufgespalten wird (die einzelnen Teile werden Bestandteile neuer Eigentumsrechte), gehen die Rechte der dinglich Berechtigten unter (BayObLGZ 1994, 233/236 f. [= MittBayNot 1994, 529 = DNotZ 1995, 607]); sie sind daher in ihrer Rechtsstellung betroffen.

(3) Ebenso werden die dinglich Berechtigten an den Wohnungs- und Teileigentumsrechten der Firma B. sowie die Gläubiger, zu deren Gunsten dingliche Rechte an den Wohnungs- und Teileigentumsrechten der eingetragenen Erwerber bzw. der Auflassungsvormerkungsberechtigten eingetragen sind, nachteilig berührt. Der Miteigentumsanteil umfaßt das gemeinschaftliche Eigentum. Dieses wird durch die Bildung von Sondereigentum geschmälert. Die Belastungen an den umgewandelten Teilen erlöschen (BayObLGZ 1991, 313/318 [= MittBayNot 1992, 50]). Eine Beeinträchtigung der Rechte der dinglich Berechtigten ist damit nicht auszuschließen.

(4) Die in den Kaufverträgen von den Erwerbern der Bauträgerin erteilten Vollmachten betreffen nur das Verhältnis der Erwerber zu der Verkäuferin und machen daher die Bewilligung der dinglich Berechtigten zu der beantragten Eintragung neuer Wohnungs- und Teileigentumsrechte nicht entbehrlich.

(5) Die der Beteiligten in § 16 der Anlage 2 zur notariellen Urkunde vom 9.7.1993 eingeräumten Sondernutzungsrechte führen ebenfalls nicht dazu, daß die Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich ist. Das Sondernutzungsrecht ist kein dingliches Recht, sondern nur ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht (BayObLGZ 1991, 313/318). Durch den Verlust des Miteigentums verringert sich für die Grundpfandgläubiger das Haftungsobjekt. Dieser Rechtsverlust ist wesentlich größer, als er durch die Begründung eines Sondernutzungsrechts eintreten kann.

Anmerkung:

Der Fall betrifft eine Mehrhausanlage, die so konstruiert wurde, daß zunächst der eine Miteigentumsanteil von 450/1000 vom Bauträger B dazu verwendet wurde, für zwei Häuser mit Tiefgarage Wohnungs- und Teileigentum zu bilden und diese Objekte zu bauen und zu verkaufen, während der andere mit 550/1000 nach Abspaltung einiger Anteile für Tiefgaragenstellplätze zu Sondereigentum in einer Größe von 513/1000 als überdimensionaler Miteigentumsanteil an einem Tiefgaragenteileigentum „geparkt“ wurde, um dann später mit 510/1000 für die Bildung von Wohnungseigentum der weiteren Häuser der Mehrhausanlage zur Verfügung zu

stehen. Es ist das System, für das ich in der 3. Auflage des Münchener Vertragshandbuches ein Formular einer Teilungserklärung angeboten habe (Band 4 2. Halbband Formular IX.3). Um die damit verbundenen Probleme zu lösen, müssen zum einen in der Teilungserklärung Regelungen getroffen und zum anderen in den Kaufverträgen der zuerst verkauften Wohnungen eingehende Vollmachten erteilt werden. Das BayObLG hat sich soweit ersichtlich erstmals mit diesem überdimensionalen Miteigentumsanteil befaßt. Es ist zu begrüßen, daß es diese Gestaltungsmöglichkeit bei einer Mehrhausanlage, die in Stufen gebaut wird, bestätigt. Es hat erfreulicherweise die notwendigen Vollmachten in ihrem wahren Sinn erkannt und ist vom Sezieren der einzelnen Sätze durch die Vorinstanzen abgerückt. Der Fall zeigt aber auch, daß man sich bei der Formulierung der Vollmachten besonders deutlich und klar ausdrücken muß, um alles Notwendige zu erfassen.

Zutreffend stellt das BayObLG klar, daß die Bildung von neuem Sondereigentum mit dem überdimensionalen Miteigentumsanteil dann, wenn Wohnungen des ersten Bauabschnittes an Erwerber schon aufgelassen sind, der Form der Auffassung als dinglich unerläßliche Einigung sämtlicher Miteigentümer bedarf. Eine Aufteilung nach § 8 WEG durch den Eigentümer des großen Miteigentumsanteils kommt nicht mehr in Betracht; vielmehr ist § 3 WEG einschlägig (dazu Anm. 3 c Abs. 2 zum Formular IX.3 im Münchener Vertragshandbuch). Im Entscheidungsfall wurde auch so verfahren. Die Mitwirkung sämtlicher Miteigentümer wurde durch die Vollmachten sichergestellt und gehandhabt.

Die Achillesferse ist aber die über §§ 876, 877 BGB erforderliche Zustimmung im Grundbuch eingetragener Drittberechtigter, insbesondere der Gläubiger der eingetragenen Grundschulden des ersten Bauabschnittes. Da diese Gläubiger bei den Beurkundungsvorgängen selbst nicht mitgewirkt haben, scheidet eine Lösung über Vollmachten aus. Daß die Vollmachten der Miteigentümer dafür nicht herhalten können, hat das Gericht zu Recht festgestellt. Den Weg, die Zustimmung dieser Gläubiger durch die Ausgestaltung von Sondernutzungsrechten entbehrlich zu machen, hat das BayObLG abgelehnt. Hier kann dem Gericht nicht gefolgt werden. Auch wenn es dabei an frühere Entscheidungen anknüpft, verkennt es die dogmatische Seite der Sondernutzungsrechte und ordnet sie in das System des WEG und der §§ 876, 877 BGB nicht richtig ein. In der rechtlichen Ausgestaltung der Sondernutzungsrechte und ihrer notwendigen Praktikabilität stellt der Beschluß einen Rückschritt dar. Dies ist umso bedauerlicher, als das BayObLG wiederholt praxisgerecht durch mutige Entscheidungen Hindernisse beseitigt hat, die einen enormen Arbeits- und Kostenaufwand bewirkt hätten. Zu nennen sind die Zulässigkeit des Unschädlichkeitszeugnisses (MittBayNot 1988, 75) und die Zulässigkeit einer löschungsfähigen Quittung des Verwalters bei einer Wohngeldzwangshypothek (MittBayNot 1995, 283).

Im Münchener Vertragshandbuch vertrete ich die Meinung, daß über die Ausgestaltung eines Sondernutzungsrechts für den Park-Anteil die Gläubigerzustimmungen für die Bildung von Sondereigentum mit diesem überdimensionalen Miteigentumsanteil entbehrlich werden (Anm. 5 Abs. 4 zu IX.3). Daran halte ich fest und begründe dies wie folgt:

Die Entwicklung der Sondernutzungsrechte, primär an Kraftfahrzeugstellplätzen, hat einen langen Werdegang hinter sich. Den Durchbruch brachte die Entscheidung des BGH vom 24.11.1978 (DNotZ 1979, 168 = MittBayNot 1978, 206) mit der Ausformung der dogmatischen Zweifelt für den Inhalt

des Sondernutzungsrecht: Positives Nutzungsrecht bei dem einen Wohnungseigentum, negativer Nutzungsausschluß der anderen Miteigentümer. In der Folgezeit wurde das dogmatische Gerüst weiter verfeinert. Am 8.11.1985 ließ das BayObLG (MittBayNot 1986, 25) eine Bedingung für das volle Entstehen des Sondernutzungsrechts dergestalt zu, daß auf der Basis einer entsprechenden Festsetzung der Sondernutzungsflächen (Stellplätze) in der Gemeinschaftsordnung (= negatives Element) der Bauträger die Zuweisung an einzelne Sondereigentümer vornehmen könnte. Erst mit dieser Zuweisung wird es Inhalt dieses Sondereigentums (bedingte Entstehung des positiven Elements). Mit der Anerkennung der Zweigliedrigkeit in Verbindung mit der Möglichkeit, im Entstehungsvorgang des Sondernutzungsrechts eine Bedingung vorzusehen, war ein wertvolles Instrumentarium für die Gestaltung der in der Praxis zu bewältigenden Probleme geschaffen. Das vom BayObLG bestätigte Sondernutzungsrecht am Sondereigentum (Doppelparker, MittBayNot 1994, 438 mit zust. Anm. Schmidt MittBayNot 1995, 115) bestätigt diese erfreuliche Entwicklung.

Ein ständiges Begleitthema war die Auswirkung auf die übrigen Miteigentümer und im Grundbuch eingetragene Drittberechtigte, vor allem Grundschuldgläubiger. Seit BGH MittBayNot 1978, 206 (24.11.1978) bedurfte es zur Veräußerung von Sondernutzungsrechten keiner Mitwirkung am Veräußerungsvorgang nicht beteiligter Miteigentümer, seit BayObLG (8.11.1985) MittBayNot 1986, 25 kann die Zuordnung von Sondernutzungsflächen ohne sie erfolgen, wenn die Grundlage in der Gemeinschaftsordnung enthalten ist. Maßgebend ist der bereits festgelegte grundbuchmäßige Inhalt des Sondereigentums. Diese Dogmatik von dem im Grundbuch festgelegten Inhalt des Sondereigentums (negative und positive Elemente) ermöglichte es, für die Wirkung nach außen, also gegenüber Rechtsnachfolgern und Dritten, auf § 10 Abs. 2 WEG abzustellen. Ein Dritter konnte nicht mehr Rechte erhalten, als der so bestimmte Inhalt des Sondereigentums hergab. Der nach Begründung des Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragene drittberechtigte Grundschuldgläubiger konnte kein Haftungsobjekt mehr mit einem anderen Inhalt erlangen.

Im BGH-Beschluß vom 14.6.1984 (DNotZ 1984, 695 mit kritischer Anm. Schmidt) forderte der BGH die Zustimmung dinglich Berechtigter zu einer Eintragung der Vereinbarung von Sondernutzungsrechten an Kfz-Stellplätzen für bestimmte Miteigentümer. Diese Entscheidung mußte zu Unruhe führen, weil der BGH offenbar die Konsequenz aus seiner Dogmatik der negativen und positiven Komponenten des Sondereigentums scheute (dazu Schmidt a.a.O.). In dieser Entscheidung wurde auch die auf Sondernutzungsrechte bezogene Unterscheidung zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Beeinträchtigung des Dritten geboren, die das BayObLG jetzt wieder aufgenommen hat. Die Unruhe legte sich erst mit BayObLG vom 4.4.1985 (BayObLGZ 1985, 124 = MittBayNot 1985, 74 mit Anm. Schmidt). Dort hat das Gericht ausgeführt, daß der durch das Sondernutzungsrecht bewirkte Ausschluß der übrigen Miteigentümer eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums deren materiell-rechtliche Mitwirkung nach §§ 873, 877 BGB entbehrlich mache. Es setzt sich dann ausdrücklich vom BGH in der Weise ab, daß es den sachlichen Unterschied herausstellt: Beim BGH sei die Vereinbarung von Sondernutzungsrechten in der Gemeinschaftsordnung nur „vorgesehen“, der negative Nutzungsausschluß aber in der Teilungserklärung nicht enthalten. Darin unterscheidet sich der Fall des BayObLG von dem des BGH. In diesem eigenen Fall des BayObLG war der vom allgemeinen Mißbrauch aus-

geschlossene Teil (ein Keller) bereits konkret festgelegt. Es ist daher nicht ganz nachzuvollziehen, weshalb sich das BayObLG in der jetzigen Entscheidung auf den BGH beruft, obwohl es in dem in den Entscheidungsgründen zitierten Beschluß vom 4.4.1985 (BayObLGZ 1985, 124) sich vom BGH distanziert hatte und eben anders als der BGH entschied. Vor allem hat es damals die materiell-rechtliche Bedeutung des Sondernutzungsrecht betont, während es jetzt wieder die Schiene der bloßen wirtschaftlichen Beeinträchtigung fährt, die es damals anders als der BGH sah.

Noch deutlicher wird das BayObLG am 8.11.1985 (MittBay-Not 1986, 24). Es bestätigt zunächst die neue Handhabung der Sondernutzungsrechte einschließlich des Bedingungselements. Es heißt dann wörtlich: „Auch in die Rechtsstellung der dinglich Berechtigten – damit sind hier und im folgenden diejenigen Personen gemeint, die nach dem Erlaß der Gemeinschaftsordnung und ihrer Eintragung im Grundbuch beschränkte dingliche Rechte an einzelnen Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten erhalten haben – wird nach Bedingungseintritt nicht eingegriffen; sie sind von diesem Zeitpunkt an nicht mehr betroffen i. S. des § 19 GBO.“ Eintritt der Bedingung ist dabei die Realisierung des positiven Elements des Sondernutzungsrechts durch Bestimmung des Inhalts des begünstigten Sondereigentums. Zwar werde die rechtliche Position des Dritten durch Sondernutzungsrechte nachteilig berührt, was zur materiell-rechtlichen Zustimmungspflichtigkeit der §§ 877, 876 BGB führe. Dann heißt es: „Anderes gilt, soweit Wohnungseigentümer bereits durch eine Vereinbarung, die im Grundbuch eingetragen ist, vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind“. Dann wird ausgeführt, daß dies im Verhältnis zu den anderen Miteigentümer gelte. Für die Inhaber von beschränkten dinglichen Rechte gelte aber das gleiche. So bewirke „die positive Einräumung des Sondernutzungsrechts keine Änderung des Inhalts ihres Sondereigentums. Damit sind die §§ 877, 876 BGB nicht anwendbar. Die dinglich Berechtigten werden durch die Eintragung des Sondernutzungsrechts nicht i. S. des § 19 GBO berührt“. Grundlage für die inhaltliche Rechtsposition von Sondereigentümern ist also die Gemeinschaftsordnung als Vereinbarung und das, was in ihr als Nutzungsregelung bzw. Nutzungsausschluß konkret verankert ist. Die Vereinbarung, heißt es weiter, verändere bereits den Inhalt eines Sondereigentums und sei unter diesem Blickwinkel eine Verfügung. Liege diese zeitlich vor dem Entstehen der beschränkten dinglichen Rechte, habe der dinglich Berechtigte sie so gegen sich gelten zu lassen, wie sie gegen den Eigentümer selbst wirkt. Zu dieser Wirkung gegen Sondernachfolger nach § 10 Abs. 2 WEG führt das Gericht aus: „in diesem Sinn wird von „Verdinglichung“ der Vereinbarung gesprochen“.

An diesen Positionen zum Sondernutzungsrecht hält das BayObLG bislang fest, so am 9.7.1987 (WE 1988, 66), am 15.2.1989 (BayObLGZ 1989, 28 = DNotZ 1990, 42) und am 24.10.1989 (WE 1991, 52). Am 15.2.1989 ging es um die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum. Weil bereits die Gemeinschaftsordnung diese Umwandlung zugelassen habe, bedürfe es für diese Inhaltsänderung weder der Zustimmung der anderen Miteigentümer noch der dinglich Berechtigten an den anderen Einheiten i. S. des § 19 GBO. Damit seien auch die §§ 877, 876 BGB nicht anwendbar. Am 15.2.1989 wurde im dortigen Fall genauso argumentiert.

Im jetzigen Fall der Mehrhausanlage geht es zwar nicht um die unmittelbare Eintragung von Sondernutzungsrechten, aber doch um die Ausnützung von Sondernutzungsrechtsposi-

tionen, die in der Gemeinschaftsordnung bereits benannt sind. Wenn das Gericht bei den obigen Sondernutzungsfällen zu Recht mit dem Inhalt von Sondereigentum argumentiert, das bereits vor Begründung der beschränkten dinglichen Rechte entstanden ist, was Betroffensein i. S. des § 19 GBO ausschalte und somit die materiell-rechtliche Mitwirkung der Dritten entbehrllich mache, dann geht es auch jetzt um das materielle Recht und nicht um eine lediglich wirtschaftlich nachteilige Berührung. Warum alles das, was bislang in den obigen Entscheidungen gesagt wurde und das alles darauf abstellte, das rechtliche Nichtbetroffensein der Drittberechtigten zu verneinen, nicht mehr gelten soll und auf die rein wirtschaftliche Ebene verschoben wird, ist im Kern wenig begründet. Gerade die Berufung auf den BGH ist irreführend, weil sich das BayObLG von ihm damals abgegrenzt hatte.

Dem Gericht kann auch nicht gefolgt werden, wenn es sich darauf beruft, daß Sondernutzungsrechte schuldrechtlichen Charakter haben und daher das Recht zur Mitwirkung an der Veränderung dinglicher Positionen nicht beseitigen. Sicher ist das Sondernutzungsrecht wie jede Vereinbarung schuldrechtlicher Natur und regelt das Verhältnis der Miteigentümer untereinander. Die Vereinbarung ist kein dingliches Recht i. S. der dinglichen Rechte des Sachenrechts. Das ist aber nur die halbe Wahrheit. In ihrer Wirkung gegen Sondernachfolger nach § 10 Abs. 2 WEG enthält sie ein dingliches Element, weswegen das BayObLG am 8.11.1985 selbst das Wort „Verdinglichung“ in den Mund nimmt. An dem, was es damals mit Anführungszeichen „Verdinglichung“ nennt, knüpft es aber genau die Rechtsfolgen an, die sich im Verhältnis zu beschränkt dinglich Berechtigten ergeben. Das ist das Nichtbetroffensein in der Konstellation der Verankerung in den eingetragenen Vereinbarungen, und zwar gerade in rechtlicher, nicht nur in wirtschaftlicher Hinsicht.

Die knappen Ausführungen im Beschluß lassen möglicherweise auf eine fehlende Differenzierung schließen. Zutreffend ist zunächst, daß alle Miteigentümer, also auch die des Bauabschnittes der Firma B., bei der Bildung der neuen Einheiten rechtlich mitwirken müssen. Das ergibt sich aus dem dinglichen Akt des § 4 Abs. 2 WEG in der Form der Auflassung. Daß die Gemeinschaftsordnung bereits Nutzungsrechte dieser Miteigentümer an der im Plan gekennzeichneten Fläche des 2. Bauabschnittes ausgeschaltet hat, beseitigt nicht die dingliche Notwendigkeit von deren Mitwirkung. Im Sinn der §§ 877, 876 BGB wären auch sie nicht mehr betroffen. Anders ist die Situation bei den Gläubigern. Sie werden in den dinglichen Akt des § 4 Abs. 2 WEG nicht einbezogen. Bei ihnen kommt es nur auf das Betroffensein i. S. der §§ 19 GBO und 876, 877 BGB an. Hier hat das BayObLG bislang aber immer betont, daß eine bereits in der Gemeinschaftsordnung ausgeschlossene Mitnutzung an Gemeinschaftseigentum das rechtliche Betroffensein ausschließe und Gläubigerzustimmungen entbehrllich mache. Nach alledem steht man den Ausführungen besonders in Abschnitt 2. b) Abs. 3 ziemlich verständnislos gegenüber. Was ich mit fehlender Differenzierung meine, ist die Unterscheidung zwischen der dinglich notwendigen Mitwirkung aller Miteigentümer und der rechtlichen Basis für die Position der Drittberechtigten. Aus ersterer darf man nicht die rechtliche Beurteilung der Frage der Gläubigermitwirkung herleiten.

Dies hat das BayObLG auch im Beschluß vom 15.2.1989 zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum gesehen. Dieser Vorgang ist seinem Wesen nach dem dinglichen Teil in den Vorgängen um das Wohnungseigentum zuzuordnen, nicht dem Vereinbarungsteil der §§ 10 ff. WEG.

Auch da hat es diejenigen, die nur über §§ 877, 876 BGB berührt gewesen wären, nicht zu den Zustimmungsbedürftigen gezählt. Die Situation des jetzigen Beschlusses kommt jenem vom 15.2.1989 sogar noch näher als die reinen Sondernutzungsrechtsbeschlüsse.

Eine Ahnung dessen und eine gewisse Furcht vor dem, was das BayObLG jetzt entschied, kam schon durch den Beschluß vom 5.9.1991 (BayObLGZ 1991, 313 = MittBayNot 1992, 50) auf. Dort sollte ein mit einem Sondernutzungsrecht versehener Speicher in Sondereigentum umgewandelt werden. Hier hat das Gericht die Gläubigerzustimmung bei allen Einheiten gefordert. Sie seien durch die Umwandlung in ihrer Rechtsstellung betroffen, denn eine Beeinträchtigung (Wertminderung) ihrer Rechte könne nicht ausgeschlossen werden. Dem kann nicht so allgemein beigeplichtet werden. Wenn bei den Sondernutzungsrechten Rechtspositionen in der Vereinbarung so klar vorgegeben sind, daß Gläubigerzustimmungen nicht mehr notwendig sind, dann ist nicht erkennbar, daß die Einbeziehung der Sondernutzungsfläche in das Sondereigentum der begünstigten Wohnung plötzlich zu einer anderen Betrachtungsweise führen soll. Man fragt sich, worin der (ja doch wirtschaftliche!) Wertverlust der beliebigen Eigentumswohnung liegen soll. Wenn das BayObLG sagt (ähnlich im jetzigen Beschluß), der Verlust des Miteigentums sei weit einschneidender als der Ausschluß vom Mitgebrauchsrecht, so gibt dieser allgemeine Satz für die rechtliche Beurteilung nach §§ 877, 876 BGB nicht genügend her, um eine gegenüber den obigen Fällen andere Betrachtungsweise zu rechtfertigen. Der Vergleich, den das Gericht zur Abmessung einer Teilfläche zieht, wonach selbst zur Abmessung einer wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallenden Teilfläche von 1 qm die Zustimmung des dinglich Berechtigten notwendig ist, paßt nicht. Dort ist der Gläubiger vor der Abmessung eingetragen, beim Sondernutzungsrecht ist bereits Inhalt des beliebigen Sondereigentums, daß der Sondernutzungsbereich anderer Miteigentümer aus dem Haftungsgegenstand herausgenommen ist. Auf dieser Position beruht die ganze Rechtsprechung des BayObLG zu den Gläubigerstellungen der Sondernutzungsrechte. Wo der qualitative Sprung zur Bildung von Sondereigentum aus Sondernutzungsrechten liegen soll, ist nach wie vor nicht zu erkennen und auch nicht überzeugend dargetan.

Am 5.9.1991 schreibt das Gericht: „Es mag zeitraubend und kostspielig sein, die Bewilligungen aller Grundpfandrechtsgläubiger zu beschaffen. Der Senat hält es aber nicht für zulässig, aus praktischen Erwägungen Abstriche von der Formenstrenge des Grundbuchrechts zuzulassen. Damit würde der Sicherheit des Rechtsverkehrs und der Beleihbarkeit von Wohnungseigentum kein guter Dienst erwiesen“. Auch dieser Satz stimmt an sich. Er paßt aber nicht auf den Sachverhalt. Beim Wohnungseigentum bestimmt der im Grundbuch eingetragene Inhalt der Vereinbarungen einschließlich Sondernutzungsrechte auch das Objekt der Beleihung und den Haftungsgegenstand. Der Nutzungsausschluß auch an Teilen des Gemeinschaftseigentums gehört wesentlich dazu. Aus der Sicht des Gläubigers und der Werthaltigkeit des Pfandobjekts ist es unerheblich, ob Sondernutzungsrecht oder Sondereigentum für die Wertbestimmung maßgeblich sind. Weder die Beleihbarkeit noch die Sicherheit des Rechtsverkehrs werden beeinträchtigt, wenn beide Fälle im Hinblick auf § 19 GBO und §§ 877, 876 BGB gleichbehandelt werden. Alle Gläubiger, insbesondere bei der stufenweise errichteten Mehrhausanlage, beizuziehen, ist nicht nur kostspielig (wer soll eigentlich die Kosten zahlen? der Bauträger? – dann kann es von vornherein zu höheren Preisen führen) und zeitaufwendig

(wann kann dann mit dem Verkauf des neuen Bauabschnitts begonnen werden mit allen Fälligkeitsproblemen nach MaBV, z. B. Vormerkung im Wohnungsgrundbuch?). Gesteht das BayObLG den Gläubigern ein Ermessen zu, etwa ein Recht zur Nichtzustimmung? Das müßte fast die Konsequenz der Position sein, die das BayObLG einnimmt. Dann kann man das ganze gleich ganz aufgeben. Die Frage ist, ob es wirtschaftlich überhaupt sinnvoll ist, bei dem jetzigen Hemmnis des BayObLG Mehrhausanlagen in Stufen mit überdimensionalem Miteigentumsanteil zu bauen. Sicher kann man sagen, man soll die Hände davon lassen. Den wirtschaftlichen und bauplanerischen Notwendigkeiten kann man sich aber nicht entziehen. Das WEG hat ein Instrumentarium zur Verfügung gestellt, das auch solche Situationen mit einer brauchbaren Vertragsgestaltung lösen kann. Es ist nicht verständlich, daß bei den Gläubigerpositionen, die von Anfang an in diese Gestaltung konkretisiert einfließen, eine Bremse eingebaut bleibt, die aus den Erfordernissen des BGB, des WEG und der GBO nicht notwendig ist. Es ist zu wünschen, daß das BayObLG die Gelegenheit findet, diese Bremse zu beseitigen. Die rechtsdogmatische Lösung steht zur Verfügung, so daß das Gericht seinen praxisingerechten Entscheidungen eine neue hinzufügen kann.

Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

4. GBO § 52; BGB § 2211 (Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks)

Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in das Grundbuch ohne gleichzeitige Eintragung der Erben ist nicht zulässig.

BayObLG, Beschluß vom 25.10.1995 – 2 Z BR 114/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist der Testamentsvollstrecker über den Nachlaß der im Grundbuch eingetragenen Eigentümerin von Grundstücken. Er hat unter Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt, einen Testamentsvollstreckervermerk in das Grundbuch einzutragen.

Mit Schreiben vom 10.11.1994 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Beteiligten aufgefordert, unter Nachweis der Erbfolge einen Grundbuchberichtigungsantrag zu stellen. Dies wurde dem Beteiligten sodann durch Zwischenverfügungen vom 17.3. und 30.5.1995 unter Fristsetzung aufgegeben. Der Erinnerung gegen die Zwischenverfügung vom 30.5.1995 wurde nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluß vom 4.9.1995 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten, die erfolglos blieb.

Aus den Gründen:

c) Rechtlich zutreffend haben die Vorinstanzen die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung der Erben abgelehnt. Nach § 52 GBO ist ein Testamentsvollstreckervermerk bei Eintragung der Erben von Amts wegen miteinzutragen. Daraus wird in der grundbuchrechtlichen Literatur einhellig abgeleitet, daß ein Testamentsvollstreckervermerk nur zusammen mit der Eintragung der Erben, nicht aber isoliert eingetragen werden darf. Die

Eintragung nur eines Testamentsvollstreckervermerks wird als inhaltlich unzulässige Eintragung im Sinn des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO angesehen (vgl. *Demharter*, Rdnr. 13, *KEHE/Eickmann*, GBR, 4. Aufl. Rdnr. 5, *Meikel/Kraiss*, Rdnr. 18, jeweils zu § 52; *Haegele/Schöner*, GBR, 10. Aufl. Rdnr. 3466; ebenso *MünchKomm/BGB-Brandner*, 2. Aufl. § 2205 Rdnr. 88).

(1) Unter Berufung auf den Beschluß des Landgerichts Bamberg vom 17.3.1965 [= *MittBayNot* 1965, 187] wird vereinzelt insoweit eine Einschränkung gemacht, als ausnahmsweise die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung der Erben dann für zulässig erachtet wird, wenn die Voreintragung der Erben im Hinblick auf § 40 GBO entbehrlich ist (vgl. *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung S. 110; *Möhring/Beisswinger/Klingelhöffer*, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 7. Aufl. S. 179; *Haegele/Schöner/Stöber* a. a. O. Fn. 10). In dem vom Landgericht Bamberg entschiedenen Fall wurde die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks zusammen mit der Eintragung des nunmehrigen Alleineigentümers, der zunächst Miterbe des der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Grundstücks war und dem der Testamentsvollstrecker ohne vorherige Eintragung aller Erben gemäß § 40 Abs. 2 GBO das Alleineigentum übertrug, für zulässig gehalten. Ob gegen die Entscheidung des Landgerichts Bamberg Bedenken bestünden, braucht nicht entschieden zu werden, weil es dort nicht um die isolierte Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ging.

(2) Der Senat hält mit der allgemeinen Meinung eine Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung der Erben nicht für zulässig. Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch dient dem Zweck, einen gutgläubigen Erwerb durch Verfügung der Erben zu verhindern, die sich z.B. auf ein öffentliches Testament (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) ohne Anordnung einer Testamentsvollstreckung stützen (§ 2211 Abs. 2, § 892 BGB; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 3465). Diese Wirkung kann der Testamentsvollstrecker grundsätzlich dadurch herbeiführen, daß er die Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erben beantragt. Dann wird von Amts wegen die Testamentsvollstreckung im Grundbuch vermerkt (§ 52 GBO). Für eine Eintragung nur des Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung der Erben besteht kein Bedürfnis. Auch Kostengesichtspunkte spielen insoweit keine Rolle, weil für die Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfalls im Rahmen des § 60 Abs. 4 KostO Gebühren nicht erhoben werden. Daß mit der Eintragung der Erben die Kosten eines Erbscheins verbunden sein können, rechtfertigt es nicht, die Eintragung nur des Testamentsvollstreckervermerks zuzulassen. Im übrigen besteht auch insoweit eine Kostenvergünstigung (§ 107 Abs. 3 KostO). Sofern die Erben unbekannt sein sollten, besteht schon deshalb die vom Beteiligten befürchtete Gefahr nicht, durch sie könnten unberechtigte Verfügungen vorgenommen werden. Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks, solange noch der Erblasser im Grundbuch eingetragen ist, stellt eine vom Gesetz nicht vorgesehene und nicht zulässige Eintragung dar.

5. BGB § 830 (Vereinigung von Einzelerbbaurechten)

1. Eine Vereinigung bestehender Erbbaurechte zu einem Gesamterbbaurecht ist möglich und bedarf grundsätzlich nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers.
2. Eine Vereinigung ist jedoch nur dann möglich, wenn die Rechte im wesentlichen den gleichen Inhalt haben. Ferner ist zu fordern, daß die Laufzeit der Erbbaurechte einheitlich ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluß vom 2.11.1995 – 2 Z BR 58/95 –, mitgeteilt von *Dr. Gerhard Bunte*, Notar in Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind seit 22.12.1994 als Gesellschafter bürgerlichen Rechts als Eigentümer der Grundstücke Flst. 99/27 und Flst. 99/28 im Grundbuch eingetragen. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Beteiligte zu 1 a) als Alleineigentümerin eingetragen.

Die Grundstücke sind zugunsten der Beteiligten zu 2 jeweils mit einem Erbbaurecht belastet; diese Erbbaurechte sind in Erbbaugrundbüchern eingetragen. Das Erbbaurecht an Grundstück Flst. 99/27 läuft am 31.3.2036 ab, das Erbbaurecht an Grundstück Flst. 99/28 ist bis 31.8.2031 befristet.

In den den Eintragungen zugrundeliegenden notariellen Verträgen ist vereinbart, daß jede Veräußerung, Belastung und Inhaltsänderung der Erbbaurechte der schriftlichen Zustimmung der Grundstückseigentümer bedarf.

Durch notarielle Erklärung vom 2.9.1993 schrieb die Beteiligte zu 2 das Erbbaurecht an Flst. 99/28 dem an Flst. 99/27 eingetragenen Erbbaurecht als Bestandteil zu und bewilligte und beantragte die Eintragung im Grundbuch. Eine Zustimmung der Beteiligten zu 1 hierzu liegt nicht vor. Der Rechtspfleger hat das Erbbaurecht an Grundstück Flst. 99/28 in das Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs für das Erbbaurecht an Grundstück Flst. 99/27 in Spalte 1 unter der lfd. Nr. 2 eingetragen und in den Spalten 5 und 6 (Bestand und Zuschreibungen) folgendes vermerkt:

Spalte 5	Spalte 6
1,2	Nr. 2 übertragen aus ... und der Nr. 1 als Bestandteil zugeschrieben ...

In Abteilung II und III des Bestandsverzeichnisses hat er jeweils unter fortlaufenden Nummern die Belastungen des Erbbaurechts an Flst. 99/28 eingetragen und die Übertragung vermerkt.

Das Landgericht hat mit Beschluß vom 26.10.1994 die Eintragung eines Widerspruchs „gegen die Bestandteilszuschreibung im Grundbuch“ angeordnet, da die Grundstückseigentümerin der Bestandteilszuschreibung nicht zugestimmt habe, so daß diese Verfügung unwirksam sei. Die Beteiligte zu 2 hat durch notarielle Erklärung vom 2.12.1994 die Bestandteilszuschreibung aufgehoben und erklärt, die Zusammenfassung der beiden Erbbaurechte werde nunmehr dadurch herbeigeführt, daß sie diese Erbbaurechte gemäß § 890 Abs. 1 BGB zu einem Erbbaurecht vereinige. Der Rechtspfleger hat in das Erbbaugrundbuch betreffend das Erbbaurecht an Flst. 99/27 folgendes eingetragen:

Spalte 5:	Spalte 6:
1, 2	Die Bestandteilszuschreibung von Nr. 2 zu Nr. 1 ist aufgehoben. Nr. 1 und Nr. 2 werden gemäß § 890 Abs. 1 BGB vereinigt; eingetragen am 22.12.1994

Auf Einlegebogen 2 des Bestandsverzeichnisses ist in Spalte 1 die lfd. Nr. 3 eingetragen und unter Spalten 2 und 3 vermerkt, daß als Eigentümer der betreffenden Grundstücke nun eingetragen werden die Beteiligten zu 1 als Gesellschafter bürgerlichen Rechts.

Gegen die Eintragung vom 22.12.1994 in Spalten 5 und 6 des Bestandsverzeichnisses hat die Beteiligte zu 1 a), die damalige Alleineigentümerin der Grundstücke, Rechtsmittel eingelegt und die Eintragung eines Widerspruchs bzw. die Löschung der Eintragung beantragt. Sie hat vorgetragen, die Eintragung der Vereinigung der Erb-

baurechte sei unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen; sie habe zu der Vereinigung keine Zustimmung erteilt. Durch die vorgenommene Vereinigung sei auch Verwirrung im Sinn des § 5 GBO zu besorgen. Zu befürchten sei, daß es aufgrund der nicht eindeutigen Eintragungen zu Streitigkeiten komme zwischen der Erbbauberechtigten und dem jeweiligen Grundstückseigentümer oder Dritten, und zwar in Fällen der Veräußerung, der Zwangsversteigerung, des Heimfalls, des Ablaufs der unterschiedlichen Laufzeiten der Erbbaurechte, der Erhöhung des unterschiedlichen Erbbauzinses und bei künftiger Bestellung und Eintragung von Belastungen.

Das Grundbuchamt hat der Erinnerung/Beschwerde nicht stattgegeben. Das Landgericht hat mit Beschluß vom 7.4.1995 die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die nunmehr als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragenen Beteiligten zu 1. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Eintragungen die Vereinigung der Erbbaurechte und die Bestandteilszuschreibung betreffend sind zu löschen, da die Voraussetzungen für diese Eintragungen nicht vorgelegen haben.

a) Das Landgericht ist davon ausgegangen, daß die Vereinigung der Erbbaurechte grundbuchamtlich vollzogen ist. Die Anträge auf Löschung bzw. Eintragung eines Amtswiderspruchs hat es zurückgewiesen und ausgeführt:

Durch die Vereinigung sei ein einheitliches Erbbaurecht entstanden. Dieses könne auch belastet werden; jedoch sei dazu die Zustimmung der Grundeigentümerin erforderlich, so daß diese hinreichend gesichert sei. Unterschiedliche Heimfallansprüche stünden der Vereinigung nicht entgegen, da diese wieder aufgehoben werden könne. Das Grundbuch sei durch die Eintragung nicht unrichtig geworden. Die Vereinigung der Erbbaurechte bedürfe nicht der Zustimmung der Grundstückseigentümerin. Die Zustimmung dinglich Berechtigter sei ebenfalls nicht notwendig, da in ihre Rechte nicht eingegriffen werde. Verwirrung im Sinn des § 5 GBO sei nicht zu besorgen. Aus dem Grundbuch sei zu ersehen, auf welchem Teil des nunmehr einheitlichen Rechts welche Belastungen mit welchem Rang bestünden. Im übrigen mache eine gegen § 5 GBO verstoßende Eintragung das Grundbuch nicht unrichtig.

b) Die Entscheidung ist abgesehen von der bislang nicht vorliegenden Eintragung des Gesamterbbaurechts, von der das Landgericht zu Unrecht ausgeht, auch im übrigen nicht frei von Rechtsfehlern. Die Eintragung eines Gesamterbbaurechts ist im vorliegenden Fall nicht zulässig, so daß eine Ergänzung der bisherigen Eintragungen nicht in Frage kommt.

(1) Die Erbbaurecht sieht ein Erbbaurecht als Gesamtrecht an verschiedenen Grundstücken zwar nicht vor; jedoch wurde schon bislang in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend die Meinung vertreten, ein Gesamterbbaurecht als Belastung mehrerer Grundstücke sei möglich (vgl. BGHZ 65, 345/346 [= MittBayNot 1976, 65 = DNotZ 1976, 369]; BayObLGZ 1984, 105 ff. = Rpfleger 1984, 313/314 [= MittBayNot 1984, 132 = DNotZ 1985, 375]; OLG Stuttgart, NJW 1975, 786/787; RGRK/Räfle, 12. Aufl., Erbbaurecht, § 1 Rdnr. 13; MünchKomm/v. Oefele, 2. Aufl., Erbbaurecht, § 1 Rdnr. 40; *Ingenstau* Erbbaurecht, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 42; *Demharter*, DNotZ 1986, 457/458; a. A. *Staudinger/Ring*, 12. Aufl., Erbbaurecht § 1 Rdnr. 32; *Weitnauer* DNotZ 1958, 419; *Rothoefl* NJW 1974, 665 ff.). Wie sich aus der mit Gesetz vom 20.12.1993 (BGBl I S. 2182) eingefügten Bestimmung des § 6a GBO ergibt, geht nunmehr auch der Gesetzgeber davon aus, daß ein Gesamterbbaurecht an mehreren Grundstücken möglich ist.

Dieses kann entstehen durch anfängliche Bestellung, Teilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks (vgl. BGH a. a. O.), Erstreckung eines Einzelerbbaurechts auf andere Grundstücke und nach überwiegender Meinung auch durch Vereinigung von Einzelerbbaurechten entsprechend § 890 BGB (RGRK/Räfle, Erbbaurecht § 1 Rdnr. 19; *Palandt/Bassenge* Erbbaurecht § 1 Rdnr. 8; *Ingenstau*, § 1 Rdnr. 24; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 10. Aufl., Rdnr. 1848; a. A. *Staudinger/Ring* Erbbaurecht § 1 Rdnr. 22; MünchKomm/v. Oefele, Erbbaurecht § 1 Rdnr. 33, der die Vereinigung nur bei gleichzeitiger Vereinigung der Grundstücke für erforderlich hält, ansonsten die nachträgliche Bildung eines Gesamterbbaurechts verlangt).

(2) Zu einer Vereinigung bestehender Erbbaurechte bedarf der Erbbauberechtigte grundsätzlich nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Im vorliegenden Fall enthalten die notariellen Urkunden über die Bestellung der Erbbaurechte auch keine Bestimmung, nach der zu einer Vereinigung die Zustimmung der Grundstückseigentümerin verlangt wird.

(3) Eine Vereinigung von Erbbaurechten ist jedoch nur dann möglich, wenn die Rechte im wesentlichen den gleichen Inhalt haben. So müssen die einbezogenen Grundstücke jeweils den Regelungen in § 1 Erbbaurecht entsprechen und zur Bebauung oder als Nebengelände bestimmt sein (vgl. RGRK/Räfle Erbbaurecht § 1 Rdnr. 13; *Ingenstau* Erbbaurecht § 1 Rdnr. 46). Ferner ist zu fordern, daß die Laufzeit der Erbbaurechte einheitlich ist.

Das Gesamterbbaurecht ist nach überwiegender Meinung nicht nur eine buchungstechnische Zusammenfassung einzelner Erbbaurechte an verschiedenen Grundstücken (so *Riedel*, NotZ 1960, 375/378), die jederzeit wieder aufgelöst werden kann, sondern als materiell-rechtliche Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke ein einziges einheitliches Recht (vgl. OLG Hamm, NJW 1974, 280 [= MittBayNot 1974, 80 = DNotZ 1974, 94]; OLG Köln, Rpfleger, 1961, 18/19; RGRK/Räfle, Erbbaurecht § 1 Rdnr. 13). Zum Inhalt dieses Rechts gehört auch die Angabe, für welchen Zeitraum dieses Gesamtrecht besteht. Haben Erbbaurechte eine unterschiedliche Laufzeit, kann eine Vereinigung dieser Rechte nicht vorgenommen werden, da nicht geklärt ist, welche Laufzeit für das durch Vereinigung entstandene Gesamterbbaurecht gilt. Eine Laufzeit müßte zwischen Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer vereinbart werden. Möglich wäre auch eine Laufzeitänderung eines der zu vereinigenden Erbbaurechte im Wege der Inhaltsänderung gemäß §§ 877, 873 BGB. Im Hinblick auf § 20 GBO müßte diese in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt nachgewiesen werden.

Die im Grundbuch gemachten Eintragungen, die bislang nur eine Zusammenschreibung der Erbbaurechte darstellen (§ 4 Abs. 1 GBO), sind zu löschen, da durch die bisherigen Eintragungen Unklarheit und Verwirrung entsteht und eine Zusammenschreibung auch nicht gewollt war. Gleiches gilt für die Eintragungen die Bestandteilszuschreibung betreffend. Eine Zuschreibung gemäß § 6 Abs. 1 GBO ist bislang nicht geschehen, da es dazu ebenso wie zur Vereinigung der Erbbaurechte der Eintragung einer lfd. Nr. 3 in den Spalten 1 bis 4 des Bestandsverzeichnisses bedurft hätte. Die erklärte Bestandteilszuschreibung wurde außerdem durch die spätere notarielle Erklärung aufgehoben. Die Eintragungen im Grundbuch schaffen Unklarheit und sind zu löschen. Das Erbbaurecht am Grundstück Flst. 99/28 wird erneut im Erbbaurecht Grundbuch einzutragen sein.

6. GBO §§ 13, 19, 30, 31 Satz 1 (Auslegung einer teilweisen Antragsrücknahme)

1. Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung müssen sich grundsätzlich inhaltlich decken; ein teilweise zurückgenommener (eingeschränkter) Antrag kann daher nur vollzogen werden, wenn auch die Bewilligung inhaltlich in gleicher Weise eingeschränkt wird.
2. Die Erklärung, daß ein Eintragungsantrag teilweise zurückgenommen (eingeschränkt) werde, enthält in aller Regel auch die entsprechende Einschränkung der Eintragungsbewilligung. Für beide gilt das Formerfordernis des § 31 Satz 1 GBO.
3. Ermächtigen die an einem notariellen Vertrag Beteiligten den Urkundsnotar, „alle zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen“, so erstreckt sich diese Ermächtigung nach ihrem nächstliegenden Sinn auch auf die Einschränkung der Eintragungsbewilligung.

BayObLG, Beschluß vom 9.11.1995 – 2 Z BR 85/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2, in Gütergemeinschaft lebende Eheleute, sind als Eigentümer mehrerer Grundstücke und einer Wohnung im Grundbuch eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 7.10.1993 überließen sie den Grundbesitz der Beteiligten zu 3, ihrer Tochter. Diese räumte ihren Eltern im Zusammenhang mit der Bestellung eines Leibgedings u. a. eine Reallast an den Grundstücken und dem Wohnungseigentum ein, durch die eine monatliche Versorgungsrente der Beteiligten zu 1 und 2 gesichert werden sollte. Der Urkundsnotar wurde ermächtigt, „alle zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen“.

Das Grundbuchamt hat die vom Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 15 GBO gestellten Eintragungsanträge mit Zwischenverfügung vom 29.8.1994 beanstandet. Die Bestimmung, daß die im Rahmen des Leibgedings vereinbarten Geldleistungen der Beteiligten zu 3 unter dem Vorbehalt des § 323 ZPO analog stehen sollten, wobei sie bei einer wesentlichen Änderung der standesgemäßen Unterhaltsbedürfnisse der Veräußerer und der Leistungsfähigkeit der Erwerberrin angepaßt werden müßten, sei als Inhalt der Reallast zu unbestimmt. Es müsse die Vereinbarung durch Angabe der Bemessungsgrundlagen für den jetzigen Betrag von 600 DM ergänzt oder insoweit angegeben werden, daß die Bestimmung nicht Inhalt der Reallast sein, sondern nur schuldrechtlich gelten solle.

Die Beteiligten nahmen daraufhin mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten, des Urkundsnotars, den Eintragungsantrag insoweit zurück.

Das Grundbuchamt hat am 14.11.1994 eine weitere Zwischenverfügung erlassen. Die erste Zwischenverfügung sei noch nicht erledigt. Das darin genannte Hindernis könne nicht durch teilweise Antragsrücknahme beseitigt werden. Der Vorbehalt gemäß § 323 ZPO gehöre zum Inhalt der Reallast und damit der Bewilligung. Da sich Eintragungsantrag und -bewilligung inhaltlich decken müßten, sei bei einer teilweisen Zurücknahme des Antrags auch die Bewilligung entsprechend abzuändern. Inhaltliche Übereinstimmung liege hier nicht mehr vor, da die Eintragungsbewilligung bisher nicht entsprechend eingeschränkt sei. Es sei daher weiterhin in einer Nachtragserklärung anzugeben, daß der Anpassungsvorbehalt nicht Inhalt der Reallast sein solle.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügungen Erinnerung eingelegt, die das Landgericht nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß vom 11.5.1995 zurückgewiesen hat. Die Beteiligten haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt. Für den Fall, daß das Gericht der weiteren Beschwerde die Rechtsansicht von Landgericht und Grundbuchamt teile, erklärt ihr

Verfahrensbevollmächtigter darin unter Bezugnahme auf die Ermächtigung in der notariellen Urkunde, daß die Anpassungsklausel nur schuldrechtlich gelten solle.

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten führte zur Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Das vom Grundbuchamt zu Recht angenommene Eintragungshindernis könne dadurch beseitigt werden, daß die Beteiligten den Eintragungsantrag entsprechend einschränken. Sie müßten aber im gleichen Umfang die Eintragungsbewilligung einschränken, da einem Eintragungsantrag nur dann entsprochen werden dürfe, wenn er sich mit der Bewilligung decke. Dies sei, nachdem die Beteiligten nur den Antrag teilweise zurückgenommen hätten, nicht mehr der Fall.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand; das von ihm und vom Grundbuchamt zuletzt noch angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

a) Die von der Beteiligten zu 3 zu bestellende Reallast soll auch eine monatliche Versorgungsrente für die Beteiligten zu 1 und 2 zum Gegenstand haben. Die vereinbarte Anpassungsklausel, die als Inhalt der Reallast ebenfalls in das Grundbuch eingetragen werden sollte, wird von Eintragungsantrag und -bewilligung erfaßt. Die Beteiligten haben den Eintragungsantrag insoweit durch den Urkundsnotar und Verfahrensbevollmächtigten als Vertreter in wirksamer Weise zurückgenommen; davon gehen auch die Vorinstanzen aus. Entgegen deren Ansicht haben die Beteiligten auch die Eintragungsbewilligung inhaltlich entsprechend abgeändert und eingeschränkt; der Eintragung der Reallast im übrigen und der sonstigen Rechtsänderungen steht deshalb kein Hindernis mehr im Wege.

b) Zutreffend ist der Ausgangspunkt der Vorinstanzen, daß sich die Eintragungsbewilligung inhaltlich mit dem Eintragungsantrag decken muß. Sie darf weder über ihn hinausgehen noch hinter ihm zurückbleiben; andernfalls kann die beantragte Eintragung nicht vorgenommen werden (BayObLGZ 1991, 97/102; KG KGJ 46, 176/179; OLG München JFG 22, 30/33; *Demharter*, GBO, 21. Aufl. Rdnr. 40, *KEHE/Herrmann*, GBR, 4. Aufl. Rdnr. 51; *Meikel/Sievekink*, GBR, 7. Aufl. Rdnr. 36, jeweils zu § 13). Anders soll es u. U. dann sein, wenn die Bewilligung ihrem Wortlaut oder Sinn nach die Auslegung zuläßt, daß der Antrag im Umfang hinter ihr zurückbleiben darf (vgl. BayObLGZ 1948-51, 508/515; 1955, 48/53; *Meikel/Sievekink* a. a. O.). In diese Richtung zielen wohl die Ausführungen der Beteiligten, die Eintragung des Änderungsvorbehalts sei nur für den Fall bewilligt worden, daß das Grundbuchamt ihn für eintragungsfähig halte. Es kann aber auf sich beruhen, ob die Eintragungsbewilligung so auszulegen und ob eine derart bedingte Bewilligung überhaupt mit dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar ist. Denn die vom Urkundsnotar und Verfahrensbevollmächtigten auf die erste Zwischenverfügung erklärte teilweise Antragszurücknahme ist dahin auszulegen, daß die Beteiligten durch ihren Vertreter damit auch die Eintragungsbewilligung entsprechend eingeschränkt haben. Der Verfahrensbevollmächtigte war dazu auch berechtigt.

c) Die Beteiligten haben den Urkundsnotar in der notariellen Urkunde ermächtigt, alle zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen abzugeben und An-

träge zu stellen. Bei der Auslegung dieser Grundbuchvollmacht, die der Senat selbst vornehmen kann, ist auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGH, WuM 1994, 343/344; Demharter, § 19 Rdnr. 28 m.w.N., Rdnr. 75). Da in der Ermächtigung neben den Anträgen ausdrücklich „alle zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch noch erforderlichen Erklärungen“ genannt sind, erstreckt sie sich auch auf Erklärungen im Zusammenhang mit der Eintragungsbewilligung. ...

d) Die Erklärung, daß der Eintragungsantrag teilweise zurückgenommen werde, ist dahin auszulegen, daß damit auch die Eintragungsbewilligung entsprechend eingeschränkt wird. Es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt und die Regelung des § 30 GBO geht davon aus, daß ein Eintragungsantrag zugleich die stillschweigend erklärte, zum Vollzug der beantragten Eintragung erforderliche Bewilligung enthalten kann (vgl. die Beispiele bei Demharter, § 30 Rdnr. 4); der Antrag „ersetzt“ dann die Bewilligung. Im umgekehrten Fall der teilweisen Antragszurücknahme und der entsprechenden Einschränkung der Eintragungsbewilligung kann nichts anderes gelten (so ausdrücklich OLG München JFG 22, 30/33). Die Erklärung des Verfahrensbevollmächtigten ist gesiegelt und eigenhändig unterschrieben; sie erfüllt damit nicht nur die Formerfordernisse des § 24 Abs. 3 Satz 2 BNotO, sondern auch die der § 29 Abs. 1 Satz 1, § 31 Satz 1 GBO (BGHZ 78, 36 ff.; BayObLG, DNotZ 1983, 434/436).

7. WEG §§ 23 Abs. 1, 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4 (*Eigentümerversammlung nur durch einen Wohnungseigentümer*)

1. **Unter § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG fällt auch der Antrag auf Feststellung, daß ein Eigentümerbeschluß mit einem bestimmten (in einer Versammlungsniederschrift protokollierten) Inhalt nicht zustandegekommen ist.**

Offen bleibt, ob ein solcher Antrag der Monatsfrist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG unterliegt.

2. **Auch wenn nur ein Wohnungseigentümer, der zugleich Versammlungsleiter ist, in der Versammlung anwesend ist, kann ein Eigentümerbeschluß gefaßt werden. In diesem Fall ist die Stimmabgabe keine empfangsbedürftige Willenserklärung. Unverzichtbar ist aber die Kundgabe der Stimmabgabe in der Versammlung. Es reicht nicht aus, daß der Versammlungsteilnehmer später nur eine Niederschrift über Eigentümerbeschlüsse abfaßt.**

BayObLG, Beschluß vom 7.12.1995 – 2 Z BR 72/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

8. ErbbauVO § 7 (*Voraussetzungen für die Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts*)

1. **Hat der Grundstückseigentümer gegenüber dem bisherigen Erbbauberechtigten einer weitgehenden Belastung des Erbbaurechtes mit Grundpfandrechten zugestimmt, so liegt ein hinreichender Grund zur Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechtes nicht darin, daß der Kaufvertrag ein Liegenbelassen der so eingetragenen Grundpfandrechte vorsieht.**
2. **In einem solchen Fall hat der Grundstückseigentümer ein berechtigtes Interesse lediglich daran, daß seine Rechtsposition nicht durch die Art der Neuvaluierung der Grundpfandrechte oder durch eine fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des neuen Erbbauberechtigten gefährdet wird.**
3. **Ist als dinglicher Inhalt des Erbbaurechtes eine Wohnnutzung des zu errichtenden Gebäudes vereinbart, so liegt eine wesentliche Gefährdung des mit dem Erbbaurecht verbundenen Zwecks nicht vor, wenn der künftige Erbbaurechtseinhaber auf einer Teilfläche von 31 qm der Gesamtnutzfläche des Gebäudes von ca. 200 qm ein Büro einrichtet, von dem aus er eine Versicherungsagentur mit lediglich gelegentlichem Publikumsverkehr betreibt.**

OLG Hamm, Beschluß vom 13.7.1995 – 15 W 187/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 2) ist Eigentümerin eines Grundstücks. Sie bestellte mit notariellem Vertrag vom 28.12.1950 an diesem Grundstück dem Kaufmann X ein Erbbaurecht für die Dauer von 99 Jahren, beginnend mit dem 01.01.1951. Dieser Vertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

§ 3

Zweck dieses Vertrages ist die Bebauung des obigen Grundstücks mit einem Wohnhaus. (...)

§ 8

Zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechtes mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld sowie einer Reallast bedarf der Erbbauberechtigte der Zustimmung des Grundstückseigentümers, der sie nach Maßgabe des § 7 der Erbbaurechtsverordnung erteilen wird.“

Das Erbbaurecht wurde im Erbbaugrundbuch eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 24.07.1974 veräußerte die Witwe des ersten Erbbauberechtigten das Erbbaurecht an die Beteiligte zu 1). Diese bestellte – mit Zustimmung der Beteiligten zu 2) – am Erbbaurecht fünf Grundschulden im Nennbetrag von zusammen 390.000,- DM.

Die Beteiligte zu 1) hat das Erbbaurecht am 10.03.1992 an ihren Streithelfer verkauft und aufgelassen. Nach dem Inhalt des notariellen Vertrages soll das Erbbaurecht frei von Lasten in Abteilung III übertragen werden. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren die in Abteilung III des Erbbaugrundbuches eingetragenen Grundschulden, die sämtlich der Stadtparkasse X zustehen, noch voll valuiert. Die Beteiligte zu 1) und ihr Streithelfer haben sodann am 01.04.1992 eine privatschriftliche Vereinbarung dahin getroffen, die in Abteilung III des Erbbaugrundbuches eingetragenen Grundschulden liegen zu belassen und die Zahlung des Kaufpreises im Wege der „Umbuchung“ von einem Konto vorzunehmen, das der Streithelfer der Beteiligten zu 1) seinerseits bei der Stadtparkasse X unterhält.

Das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück in einer Größe von 511 qm ist mit einem großzügigen Wohnhaus in zweigeschossiger Bauweise mit ausgebautem Dachgeschoß bebaut und weist eine Nutzfläche von insgesamt 202 qm auf. Der Streithelfer der Beteilig-

ten zu 1) ist beruflich als Generalagent der Y-Versicherung tätig. Sein Büro hat er in das Wohnhaus verlegt, indem er dafür einen 31 qm großen Raum im ersten Obergeschoß des Gebäudes hergerichtet hat.

Die Beteiligte zu 1) hat die Beteiligte zu 2) um die Erteilung ihrer Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts an ihren Streithelfer ersucht. Die Beteiligte zu 2) hat erklärt, sie sei zur Erteilung der Zustimmung nur bereit, wenn dieser sich mit einer Erhöhung des Erbbauzinses auf jährlich 2.144,88 DM einverstanden erkläre. Zuletzt betrug der jährliche Erbbauzins nach mehrfacher Anpassung 517,- DM.

Die Beteiligte zu 1) hat bei dem Amtsgericht beantragt, die Zustimmung der Beteiligten zu 2) zur Veräußerung des Erbbaurechts gemäß dem notariellen Vertrag vom 10.03.1992 zu ersetzen.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen.

Das dagegen eingelegte Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO kann die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts ersetzt werden, wenn sie von ihm ohne ausreichenden Grund verweigert wird. Nicht ausreichend begründet in diesem Sinne ist die Verweigerung, wenn dem Erbbauberechtigten ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nach § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauVO zusteht. Nach dieser Vorschrift kann der Erbbauberechtigte von dem Grundstückseigentümer die Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung verlangen, wenn anzunehmen ist, daß durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Diese gesetzliche Vorschrift trägt dem Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO) Rechnung. Die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses für die Veräußerung und Belastung als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts stellt sich als Schutzrecht des Grundstückseigentümers gegen eine Verschlechterung seiner Rechtsposition dar. Die vom Gesetzgeber gewollte Freizügigkeit und wirtschaftliche Freiheit des Erbbauberechtigten darf durch eine willkürliche Verweigerung der Zustimmung nicht beeinträchtigt werden (*Ingenstau*, ErbbVO, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 6; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Kapitel 4 Rdnr. 191). Es ist deshalb im Rahmen der in § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbVO genannten Kriterien eine Abwägung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen.

Der Verpflichtung der Beteiligten zu 2) zur Zustimmung steht hier nicht bereits entgegen, daß die privatschriftliche Vereinbarung der Beteiligten zu 1) und ihres Streithelfers vom 01.04.1992 nicht notariell beurkundet worden ist. Eine solche Beurkundung war allerdings für deren Formwirksamkeit erforderlich. Denn das Beurkundungserfordernis nach § 313 S. 1 BGB erstreckt sich auch auf Abreden, durch die ein schon beurkundeter, aber noch nicht vollzogener Kaufvertrag über ein Grundstück oder ein Erbbaurecht (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO) nachträglich abgeändert wird, und zwar jedenfalls dann, wenn eine wesentliche Änderung des beurkundeten Vertragsinhaltes mit einem erheblichen Eingriff in den Bestand der vertraglichen Leistungspflichten erfolgt (vgl. BGH NJW 1982, 434). Um eine solche wesentliche Änderung handelt es sich hier, weil die privatschriftliche Vereinbarung vom 01.04.1992 die Verpflichtung der Beteiligten zu 1) zur Lastenfreistellung des verkauften Erbbaurechts aufhebt und dazu führt, daß ihr Streithelfer die eingetragenen Grundschulden in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Das

als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers erstreckt sich nach § 6 Abs. 1 ErbbauVO auch auf das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft. Der Zustimmungsanspruch des Erbbauberechtigten nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO setzt dem Grundsatz nach deshalb voraus, daß das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft formwirksam vorgenommen worden ist. Im vorliegenden Fall betrifft der Formmangel jedoch lediglich eine Änderungsvereinbarung, die sich inhaltlich auf eine von dem notariell beurkundeten Vertrag vom 10.03.1992 abweichende Abwicklung der Kaufpreiszahlung beschränkt, ohne die übrigen für die Wahrung der Interessen des Grundstückseigentümers wichtigen Bestandteile, insbesondere den Eintritt des Erwerbers in den schuldrechtlichen Teil des Erbbauvertrages, zu berühren. Der Formmangel des Änderungsvertrages wird im übrigen durch die Eintragung des Wechsels des Erbbauberechtigten im Grundbuch gemäß § 313 S. 2 BGB geheilt. Die Berechtigte zu 2) sieht ihre Interessen auch lediglich sachlich durch den Inhalt des Änderungsvertrages, nämlich das Liegenbelassen der eingeschränkten Grundschulden, gefährdet.

Das Landgericht hat in seiner Entscheidung die Auffassung vertreten, die Beteiligte zu 2) verweigere zu Recht die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts, weil das Fortbestehen der in Abteilung III des Erbbaugrundbuches eingetragenen Grundschulden mit den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht vereinbar sei. (...)

Dieser rechtlichen Bewertung kann sich der Senat nicht anschließen. Im Rahmen der Ersetzungsentscheidung nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO ist der Grundstückseigentümer nur vor einer Verschlechterung seiner Rechtsstellung infolge der Veräußerung zu schützen (vgl. *von Oefele/Winkler*, a. a. O.; Senatsbeschluß vom 25.09.1989 – 15 W 335/89 –). Daraus folgt, daß der Grundstückseigentümer nicht beanspruchen kann, daß bei der Veräußerung des Erbbaurechts Grundschulden, die mit seiner Zustimmung eingetragen worden sind, abgelöst und durch neue Grundpfandrechte ersetzt werden, deren Bestellung ihrerseits nach dem dinglichen Inhalt des Erbbaurechts seiner erneuten Zustimmung bedarf. Vielmehr muß ein Grundstückseigentümer, der an der Bestellung von Grundschulden zu Lasten des Erbbaurechts mitgewirkt hat, damit rechnen, daß diese dinglichen Belastungen auf dem Erbbaurecht bestehenbleiben. Der Grundstückseigentümer kann deshalb seine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht mit der Begründung verweigern, die dingliche Belastung des Erbbaurechts entspreche jetzt nicht mehr ordnungsgemäßer Wirtschaft im Sinne des § 7 Abs. 2 ErbbauVO, weil der Verkehrswert des Erbbaurechts in zu großem Umfang durch die bestehenbleibenden Grundpfandrechte ausgeschöpft werde. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Grundstückseigentümer vielmehr an seine eigene Zustimmung bei der früheren Bestellung dieser Grundpfandrechte gebunden.

Ein Grundstückseigentümer, der weitgehenden dinglichen Belastungen des Erbbaurechts aufgrund seiner Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Erbbauberechtigten zugestimmt hat, hat allerdings dann, wenn bei der Veräußerung des Erbbaurechts die Grundpfandrechte liegenbelassen werden, ein berechtigtes Interesse daran, daß seine Rechtsposition nicht durch die Art der Neuvaluierung der Grundschulden sowie durch eine etwaige fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des neuen Erbbauberechtigten gefährdet wird. Insoweit kommt es einerseits darauf an, ob der Erbbaurechtserwerber nach seinen persönlichen Einkom-

mens- und sonstigen wirtschaftlichen Verhältnissen die laufenden Belastungen tragen kann, die mit der Verzinsung der den Grundpfandrechten zugrunde liegenden Darlehen einschließlich ihrer angemessenen Tilgung verbunden sind. Darüber hinaus hat der Grundstückseigentümer ein berechtigtes Interesse daran, Einblick in den Darlehensvertrag und die neu getroffene Sicherungsabrede zu erlangen. Das Landgericht hat insoweit zu Recht unter inhaltlichem Bezug auf den Senatsbeschuß vom 22.05.1990 (OLGZ 1990, 385 = NJW-RR 1991, 20) ausgeführt, der Grundstückseigentümer habe ein rechtlich geschütztes Interesse daran zu erfahren, für welche persönlichen Verbindlichkeiten, die bei einem etwaigen Heimfall des Erbbaurechts von ihm persönlich zu übernehmen seien (§ 33 Abs. 1 und 2 ErbbVO), eine dingliche Haftung des Erbbaurechts begründet wurde. Der Grundstückseigentümer darf ferner erwarten, daß auf diese Weise gesicherte Darlehen in einem auf die Restlebensdauer des Gebäudes bezogenen angemessenen Zeitraum zurückgeführt werden. Der Senat hat darüber hinaus in einer kürzlich getroffenen Entscheidung (Beschuß vom 13.10.1994 – 15 W 201/94 – = FGPrax 1995, 12 = NJW-RR 1995, 398) darauf hingewiesen, daß auch die Sicherungsabrede, die schuldrechtlich den Kreis der Verbindlichkeiten bezeichnet, für die die dingliche Haftung des Erbbaurechts in Anspruch genommen wird, einer inhaltlichen Überprüfung bedarf, ob diese den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entspricht. Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die von dem Streithelfer der Beteiligten zu 1) mit der Stadtparkasse getroffene Sicherungsabrede über die für den Erwerb des Erbbaurechts objektgebunden gewährten Darlehen hinausginge und die dingliche Haftung des Erbbaurechts etwa für sämtliche, auch künftige Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung mit dem Streithelfer begründet würde mit der Folge, daß die Grundschulden jederzeit neu valuiert werden könnten.

Unter diesem Gesichtspunkt beruht die Entscheidung des Landgerichts auf einem Verfahrensfehler, weil die Kammer die nach § 12 FGG gebotenen tatsächlichen Ermittlungen nicht durchgeführt hat.

Die Sache ist auch nicht aus einem anderen Grund zur abschließenden Entscheidung durch den Senat reif (§§ 27 Abs. 1 S.2 FGG, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Der von der Beteiligten zu 2) hervorgehobene Umstand, der Streithelfer der Beteiligten zu 1) habe im ersten Obergeschoß des Wohnhauses ein Büro für seine Generalagentur eingerichtet, begründet entgegen dem von ihr eingenommenen Standpunkt keine wesentliche Beeinträchtigung oder Gefährdung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks im Sinne des § 7 Abs. 1 S.1 ErbbauVO. Richtig ist allerdings, daß nach § 3 des Erbbaurechtsvertrages vom 28.12.1950, der nach § 2 Nr. 1 ErbbauVO zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gehört, der mit dem Erbbaurecht verfolgte Zweck in der Errichtung eines zu Wohnzwecken bestimmten Gebäudes auf dem Grundstück besteht. Bei der von dem Streithelfer der Beteiligten zu 1) vorgenommenen Einrichtung des Büros handelt es sich um eine teilweise gewerbliche Nutzung des Gebäudes. In diesem Zusammenhang bedarf es keiner grundsätzlichen Entscheidung dazu, inwieweit der zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmte Zweck einer Wohnnutzung des errichteten Gebäudes eine auch nur teilweise Nutzung zu einer freiberuflichen Tätigkeit ausschließt. Art und Umfang der vorliegenden gewerblichen Nutzung rechtfertigen jedenfalls nicht die Annahme, daß diese zu einer wesentlichen Beeinträchtigung oder Gefährdung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks führen. Fest steht, daß die gewerbliche

Nutzung als Büroraum nur einen geringen Teil von 31 qm im Verhältnis zur gesamten Nutzfläche des Wohnhauses von insgesamt 202 qm in Anspruch nimmt. Schon dieser geringe Teil stellt den Gesamtcharakter des Gebäudes als Wohnhaus nicht ernsthaft in Frage. Dies gilt darüber hinaus im Hinblick auf die Art der gewerblichen Nutzung, die auf die Kombination mit einer Wohnnutzung zugeschnitten ist. Nach dem Ergebnis der vom Amtsgericht durchgeführten Beweisaufnahme ist der Publikumsverkehr zu dem von dem Streithelfer der Beteiligten zu 1) eingerichteten Büro lediglich von untergeordneter Bedeutung. Da der Streithelfer der Beteiligten zu 1) seine Versicherungsgeschäfte überwiegend im Außendienst abwickelt, findet jedenfalls ein ständiger Publikumsverkehr nicht statt. Wird deshalb durch die Art der von dem Streithelfer der Beteiligten zu 1) vorgenommenen Nutzung der Gesamtcharakter des Gebäudes nicht verändert, so kann sich unter diesem Gesichtspunkt keine wesentliche Beeinträchtigung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks ergeben.

Zweck der Erbbaurechtsbestellung ist zwar auch die von dem Grundstückseigentümer beabsichtigte Erzielung des ihm nach dem Erbbaurechtsvertrag zustehenden Erbbauzinses (BGHZ 100, 107; OLG Hamburg, OLGZ 1988, 385). Die Erreichung dieses Ziels wird jedoch durch die Veräußerung des Erbbaurechts an den Streithelfer der Beteiligten zu 1) und die von ihm vorgenommene gewerbliche Nutzung einer geringen Teilfläche des errichteten Gebäudes nicht beeinträchtigt. Denn daß der Streithelfer der Beteiligten zu 1) nicht die Gewähr für die Zahlung des der Beteiligten zu 2) sachlich zustehenden Erbbauzinses bietet, wird von ihr selbst nicht geltend gemacht. Eine davon strikt zu trennende Frage ist, ob und ggf. in welchem Umfang der Beteiligten zu 2) ein schuldrechtlicher Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses aufgrund des Erbbaurechtsvertrages zusteht, in den der Streithelfer der Beteiligten zu 1) nach dem notariellen Vertrag vom 10.03.1992 eintreten will. Ein solcher Anpassungsanspruch kann ggf. auch im Hinblick darauf gerechtfertigt sein, daß der Streithelfer der Beteiligten zu 1) eine Teilfläche des Gebäudes gewerblich nutzt. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) kann die Beantwortung dieser Frage jedoch nicht mit ihrer Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts verknüpft werden. Es ist einhellig anerkannt, daß das als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Erfordernis der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu dessen Veräußerung nicht dazu dient, etwaigen Ansprüchen der Beteiligten zu 2) auf eine Erbbauzinserrhöhung, mögen sie begründet sein oder nicht, Nachdruck zu verleihen (BayObLG, NJW-RR 1987, 459, 462; OLG Frankfurt, RPflegler 1979, 24; Senat, OLGZ 1976, 260 = RPfl. 1976, 131 sowie NJW-RR 1993, 1106; von Oefele/Winkler, a. a. O., Kapitel 4, Rdnr. 194).

Der Senat mußte deshalb die Sache zur Nachholung der erforderlichen tatsächlichen Ermittlungen an das Landgericht zurückverweisen.

9. BGB §§ 1061, 1090 II, 1092 I 2, 1093; BSHG §§ 2, 11 (*Kein Erlöschen eines Wohnungsrechts durch stationäre Pflegebedürftigkeit des Berechtigten*)

1. Ein bloß subjektives in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis (hier: stationäre Pflegebedürftigkeit) führt nicht zum Erlöschen eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB.
2. Die Geschäftsgrundlage für die Beschränkung auf eine höchstpersönliche Nutzung kann je nach den Umständen bei Existenzgefährdung des Berechtigten wegfallen. Die Anpassung kann es dann gebieten, dem Berechtigten bei notwendiger auswärtiger Pflegeunterbringung die durch Vermietung oder sonstige Nutzung zu erzielenden Erträge zukommen zu lassen.
3. Ob der Wohnungsberechtigte in einer existenzbedrohenden Notlage ist, ist ohne Rücksicht auf Sozialhilfeleistungen zu beurteilen.

OLG Köln, Beschluß vom 6.2.1995 – 2 W 21/95 –

10. BGB §§ 891, 1154, 1155, 1192 (*Widerlegung der gesetzlichen Vermutung zugunsten des Buchberechtigten*)

Ist ein Recht für eine Person im Grundbuch eingetragen, so wird nach § 891 Abs. 1 BGB nicht nur vermutet, daß der Eingetragene es mit der Eintragung erworben hat, sondern auch, daß es ihm derzeit (noch) zusteht. Die gesetzliche Vermutung für die Berechtigung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers eines Briefgrundpfandrechts wird daher zwar durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung widerlegt, die ihrerseits die Vermutung der Berechtigung des Zessionars begründet, nicht aber durch eine bloß privatschriftliche Abtretung.

OLG Köln, Beschluß vom 19.7.1995 – 2 Wx 36/94 –, mitgeteilt von *Torsten Schmidt-Eichhorn*, Richter am OLG Köln

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beteiligten zu 1) und 2) verkauften ein Grundstück. Dieses war u.a. mit zwei Eigentümergrundschulden belastet. Im notariellen Vertrag ist festgestellt, daß diese nach Angabe der Verkäufer an das Finanzamt B abgetreten seien. Dennoch hatten die Verkäufer die entsprechenden Grundschuldbriefe im Besitz; sie händigten diese dem Notar aus. Den vom Notar vorgelegten Antrag auf Löschung dieser Grundschulden beanstandete das Grundbuchamt; es verlangte die Vorlage einer Rückabtretungserklärung des Finanzamts B. Die gegen die Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde wurde zurückgewiesen. Gegen die Zurückweisung richtete sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2). Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Vorinstanzen haben zu Unrecht als Voraussetzung für die Löschung der in Abt. III unter lfd. Nr. 25 und 26 eingetragenen Grundpfandrechte verlangt, daß eine (Rück-) Abtretungserklärung des Finanzamts vorgelegt wird.

Bei der Prüfung des Löschantrages hat das Grundbuchamt u.a. festzustellen, ob die Bewilligung des Betroffenen und seine Voreintragung vorliegen, §§ 19, 39 GBO. Dabei

hat das Grundbuchamt neben den vorgelegten Antragsunterlagen und dem Inhalt der Grundakten auch die ihm sonst bekanntgewordenen Umstände zu berücksichtigen, jedoch nur insoweit, als die Vorschriften der §§ 29 ff. GBO oder der §§ 891, 1155, 1192 BGB nicht entgegenstehen (vgl. Senat, MittRhNotK 1983, 52, 53). Soweit nämlich eine gesetzliche Vermutung dafür spricht, daß der Verfügende der Berechtigte ist, hat das Grundbuchamt diese Vermutung – hier die des § 891 BGB – zu beachten und seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. Senat, a. a. O.; OLG Frankfurt, RPfeger 1991, 361; *Demharter*, GBO, 21. Aufl. 1995, Anh. zu § 13, Rdnr. 10; *Schmitz*, JuS 1995, 333, 335). Dies gilt solange, als die Vermutung nicht widerlegt ist. Dafür genügt es nicht, daß die Rechtsvermutung lediglich erschüttert ist. Zur Widerlegung einer Rechtsvermutung ist vielmehr erforderlich, daß ihr Gegenteil feststeht, daß also das Grundbuchamt Tatsachen kennt, die ihm die sichere Überzeugung vermitteln, daß die gesetzliche Vermutung der Wahrheit widerspricht (vgl. BGH NJW 1980, 1047, 1048; Senat, a. a. O.; OLG Frankfurt, a. a. O.; *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast, Bd. 2, 1985, § 891 BGB, Rdnr. 9; *Demharter*, a. a. O.; *Schmitz*, a. a. O.).

Diese Grundsätze haben die Vorinstanzen nicht hinreichend beachtet. Daß im notariellen Vertrag vom 01.10.1992 von einer Abtretung der Grundpfandrechte III/25 und III/26 an das Finanzamt gesprochen wird, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts nur geeignet, die Vermutung der Rechtsinhaberschaft der Beteiligten zu 1) und 2) zu erschüttern, nicht aber diese Vermutung zu widerlegen.

Nach § 891 Abs. 1 BGB wird dann, wenn für jemanden im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, vermutet, daß ihm dieses Recht zusteht. Für den Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts streitet diese Vermutung allerdings nur, wenn er den Brief besitzt (vgl. *Demharter*, GBO, Anh. zu § 13 mit weit. Nachw.). Dies ist der Fall. (...)

Widerlegt ist die Vermutung der Rechtsinhaberschaft des Eingetragenen nach § 891 Abs. 1 BGB dann, wenn feststeht, daß er die Grundschuld durch öffentlich beglaubigte Erklärung unter Übergabe des Briefs an einen Dritten abgetreten hat. Von diesem Zeitpunkt an wird nach §§ 891 Abs. 1, 1155, 1192 Abs. 1 BGB die Rechtsinhaberschaft des Erwerbers vermutet. Diese Vermutung geht derjenigen nach § 891 Abs. 1 BGB zu Gunsten des Eingetragenen vor. Die Voraussetzungen der §§ 1155, 1192 Abs. 1 BGB sind hier aber nicht erfüllt: Daß eine Abtretung durch öffentlich beglaubigte Erklärung erfolgt ist, hat das Landgericht nicht festgestellt.

Die von ihm festgestellte Erklärung der Beteiligten zu 1) und 2) im Vertrag vom 01.10.1992, die Grundschulden III/25 und III/26 seien – bei anderer Gelegenheit – an das Finanzamt abgetreten worden, vermag die Vermutung der Rechtsinhaberschaft der Beteiligten zu 1) und 2) nicht zu widerlegen. Durch die Erklärung im Vertrag vom 01.10.1992 wurde keine Vermutung der Rechtsinhaberschaft des Finanzamts begründet, die derjenigen aus § 891 Abs. 1 BGB vorgehen könnte. Aus der Erklärung, die Grundschulden seien an das Finanzamt abgetreten worden, folgt auch – selbst wenn man diese Erklärung als zutreffend ansieht – nicht, daß das Grundbuch (auch jetzt noch) unrichtig ist, daß die dort eingetragene Tatsache der Rechtsinhaberschaft der Beteiligten zu 1) und 2) also derzeit nicht richtig ist.

Denn die Vermutung aus § 891 Abs. 1 BGB ist (zwar auch, aber) nicht nur eine Erwerbsvermutung. Es wird zwar auch vermutet, daß der Eingetragene das Recht mittels der Eintragung erworben hat (vgl. *Wacke*, in: Münchener Kommentar

zum BGB, 2. Aufl. 1986, § 891, Rdnr. 15). Vermutet wird indes auch und gerade, daß das Recht dem im Grundbuch als Rechtsinhaber Eingetragenen (jetzt) zusteht. Diese Vermutung wird durch die bloße Tatsache einer Abtretung an einen Dritten, der keine Legitimationswirkung zu Gunsten des Dritten zukommt, noch nicht widerlegt, weil sie die Möglichkeit eines Rückerwerbs des Eingetragenen nicht ausschließt. Solange aber diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, steht nicht fest, daß die Eintragung jetzt, im Zeitpunkt der vom Grundbuchamt zu treffenden Entscheidung, nicht (wieder) richtig ist, und ist somit die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB nicht widerlegt. Dabei handelt es sich im Streitfall bei der Möglichkeit eines Rückerwerbs der Beteiligten zu 1) und 2) entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht nur um eine abstrakte Möglichkeit, die für die praktische Rechtsanwendung vernachlässigt werden könnte. Vielmehr ist diese Möglichkeit hier konkret gegeben und liegt angesichts des Umstandes, daß die Beteiligten zu 1) und 2) – wieder – im Besitz der Grundschuldbriefe sind, sogar nahe.

Der abweichenden, auf die Begründung einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 03.07.1991 (BayObLG MittBayNot 1991, 256 ff.) gestützten Auffassung des Landgerichts, daß schon die bloße Erklärung des eingetragenen Rechtsinhabers, er habe das Grundpfandrecht abgetreten, zur Widerlegung der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ausreiche, vermag der Senat daher nicht zu folgen. Mit Recht hält *Amann* (in: MittBayNot 1991, 258 f.) der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 03.07.1991 entgegen, daß auf der Grundlage der von ihm vertretenen Rechtsauffassung die Vermutung der §§ 891, 1155, 1192 BGB ggf. für niemanden mehr streiten könnte.

11. BGB §§ 185, 880 (Eintragung eines „Wirksamkeitsvermerks“)

Hat der Grundstückskäufer, für den eine Eigentumsvermerkung im Grundbuch eingetragen ist, der Bestellung einer Grundschuld zugestimmt, so kann bei deren späterer Eintragung vermerkt werden, daß diese dem Käufer gegenüber wirksam ist, ohne daß ein Rangrücktritt erforderlich wäre.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Amberg, Beschluß vom 16.11.1995 – 32 T 1148/95 –, mitgeteilt von *Dr. Johann Frank*, Notar in Amberg

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beschwerdeführer haben am 20.4.1995 aus dem unter BV-Nr. 7 eingetragenen Einheitsgrundstück das Flst. 221/2 an die M.-GmbH verkauft und aufgelassen.

Für die Käuferin wurde am 3.5.1995 eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

In Abschn. VIII der Urkunde haben sich die Veräußerer verpflichtet, bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten am Vertragsobjekt in rein dinglicher Weise mitzuwirken.

Dieser Verpflichtung nachkommend, haben die Veräußerer ebenfalls am 20.4.1995 eine Buchgrundschuld zu 1.500.000 DM bestellt. Die Käuferin war bei der Bestellung zugegen; sie hat Haftungserklärung und Erklärungen zum Sicherungszweck abgegeben und ist mit ihrer Auflassungsvormerkung hinter die Grundschuld zurückgetreten.

Der Notar beantragt nunmehr, die Grundschuld an nächstfolgender Rangstelle (insbesondere auch im Rang nach der bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung der Käuferin) in Verbindung mit einem sog. „Wirksamkeitsvermerk“ einzutragen.

Dieser Antrag wurde zurückgewiesen; der Erinnerung wurde nicht abgeholfen. Zur Begründung führte das Amtsgericht aus:

In Antrag und Erinnerung berufe sich der Notar auf die Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 16.1.1995 (MittRhNotK 1995, 25) und auf die demgemäß rechtserhebliche Zustimmungserklärung der Käuferin zur Grundschuldbestellung durch den Verkäufer.

Da diese – zumindest konkludent – im Rangrücktritt enthalten sei, würde bei Eintragung der Grundschuld an der nächstfolgenden Rangstelle (im Rang nach der Auflassungsvormerkung) nach den überzeugenden Darlegungen des OLG Saarbrücken a. a. O. eine bereits außerhalb des Grundbuchs eingetretene „Rangänderung“, die aus dem Grundbuch auch hervorgehen muß, nicht verlaublich sein.

Das Grundbuch wäre damit unrichtig. Beim Zustandekommen solcher Einträge dürfe das Grundbuchamt nicht mitwirken.

Im Sachenrecht gebe es einen Katalog der allein eintragungsfähigen Grundbuchrechte und in Bezug auf die Rechtsverhältnisse – hier solche den Rang betreffend – die durch § 880 BGB gegebene Möglichkeit der eintragungsbedürftigen Rangänderung.

Das Abstellen auf eine vorhandene Belastungszustimmung und das Begehren eines daran anknüpfenden Wirksamkeitsvermerks stelle eine Umgehung der Vorschrift des § 880 BGB dar; ein solcher Vermerk ist deshalb dort, wo zwischen Grundbucheinträgen ein Rangverhältnis nach § 879 BGB bestehen kann, grundsätzlich unzulässig.

Die Beschwerde des Notars hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Ein Wirksamkeitsvermerk als Unterart des gesetzlich nicht vorgesehenen Klarstellungsvermerkes ist nur zulässig, dann aber auch geboten, wenn durch die gesetzlich vorgesehenen Eintragungen die durch das Grundbuch auszuweisende dingliche Rechtslage bei außerhalb des Grundbuchs eingetretenen dinglichen Rechtswirkungen nicht ausreichend verlaublich werden kann.

Richtig ist daher der Ausgangspunkt der angefochtenen Entscheidung, daß im vorliegenden Fall für den beantragten Wirksamkeitsvermerk kein Raum ist, wenn die dadurch auszuwickelnde Nachrangigkeit der eingetragenen Auflassungsvormerkung gegenüber der einzutragenden Grundschuld durch einen Rangrücktritt gem. § 880 BGB herbeigeführt werden kann. Zutreffend hat das Amtsgericht auch darauf hingewiesen, daß diese Möglichkeit in den Gründen des von den Antragstellern herangezogenen Beschlusses des Oberlandesgerichtes Saarbrücken vom 16.01.1995 nur für den Fall verneint worden ist, daß die Grundschuld, deren Bestellung der Vormerkungsberechtigte analog §§ 182, 185 BGB zugestimmt hatte, bereits eingetragen ist.

Die Begründung dafür trifft aber auch für den vorliegend zu entscheidenden Fall zu, bei dem die Grundschuld, der die Vormerkungsberechtigte Käuferin zugestimmt hat, erst zur Eintragung ansteht.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat nämlich in dem von ihm entschiedenen Fall einen Wirksamkeitsvermerk (als solchen) überzeugend deshalb für zulässig erachtet, weil durch die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten bereits außerhalb des Grundbuchs (und vor der Eintragung der Grundschuld) eine dem Nachrang der Vormerkung entsprechende Rechtsänderung eingetreten war, so daß eine Rangänderungsvereinbarung gem. § 880 BGB überflüssig geworden war.

Es kann also für die Zulässigkeit des Wirksamkeitsvermerkes keinen Unterschied machen, ob das vorrangige Recht

schon eingetragen ist oder nicht. Daher enthält auch der in MittRhNotK 1995, 25 abgedruckte Leitsatz der Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken nicht die Einschränkung, daß für einen Wirksamkeitsvermerk erst Raum ist, wenn bereits beide Rechte eingetragen sind, deren Rangverhältnis klargestellt werden soll.

Die Auffassung des Amtsgerichts hätte im vorliegenden Fall die kuriose Konsequenz, daß die Grundschuld ohne Wirksamkeitsvermerk eingetragen werden müßte, dadurch die Voraussetzungen für den Wirksamkeitsvermerk geschaffen würden und dieser daher doch noch einzutragen wäre.

Die durch das Amtsgericht unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 16.01.1995 erfolgte Begründung, daß die nachrangige Eintragung der Grundschuld die infolge der Zustimmung der vormerkungsberechtigten Käuferin außerhalb des Grundbuches eingetretene Rechtsänderung nicht verlaublich würde, bestätigt die Erforderlichkeit eines deklaratorischen Wirksamkeitsvermerkes, weil die außerhalb des Grundbuches eingetretene „Rangänderung“ einer erst mit der Eintragung wirksamen Rangänderungsvereinbarung den Boden entzogen hat.

12. BGB §§ 138, 242, 607 (*Mitverpflichtung des leistungsunfähigen Ehepartners für Eigenheimfinanzierung und Wegfall der Geschäftsgrundlage*)

1. **Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Ehepartner, der weder eigenes Einkommen noch Vermögen besitzt, in die Haftung für Bankkredite zur Finanzierung eines als Ehewohnung dienenden Einfamilienhauses einbezogen wird, auch wenn mit den Krediten nur Alleineigentum eines Ehegatten geschaffen wird.**
2. **Nach endgültigem Scheitern der Ehe und Versteigerung des Eigenheims ist die Bank gemäß § 242 BGB gehindert, den weiterhin auf Dauer leistungsunfähigen Mitschuldner wegen einer Restforderung in Anspruch zu nehmen, die nur deshalb bestehen kann, weil sich die Bank aus dem Versteigerungserlös in erster Linie wegen später begründeter Ansprüche befriedigt hat, für die nur der andere Ehepartner haftet.**

OLG Köln, Urteil vom 21.6.1995 – 13 U 248/94 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Köln

13. §§ BGB 2229 Abs. 4, 2265, 2275, 2290, 2292 (*Zur Aufhebung einer erbvertraglichen Bindung durch gemeinschaftliches Testament*)

1. **Haben sich Ehegatten als Verlobte in einem Erbvertrag bindend gegenseitig zu Erben eingesetzt, so setzt die Aufhebung oder Einschränkung dieser Erbensetzungen durch ein späteres gemeinschaftliches Testament, in dem beide Ehegatten als Erblasser verfügen, voraus, daß beide Ehegatten bei Errichtung dieses Testaments testierfähig sind.**
2. **Hat ein Sachverständiger die Testierfähigkeit einer noch lebenden Person zu beurteilen, so setzt dies in der Regel voraus, daß er diese Person selbst untersucht. Hiervon kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn es auf die Testierfähigkeit zu einem weiter zurückliegenden Zeitpunkt ankommt, der medizinische Befund durch wesentlich zeitnähere nervenärztliche Untersuchungen mit hinreichender Sicherheit geklärt ist und von einer persönlichen Untersuchung durch den Sachverständigen weitere Aufschlüsse über den Zustand der zu begutachtenden Person im Zeitpunkt der Testamenterrichtung, insbesondere zum Verlauf der für die Testierfähigkeit maßgebenden Erkrankung, nicht zu erwarten sind.**

BayObLG, Beschluß vom 6.11.1995 – 1 Z BR 56/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der im Jahr 1993 verstorbene Erblasser war mit der Beteiligten zu 1 in erster und einziger Ehe verheiratet. Die Eheleute hatten Gütergemeinschaft vereinbart. Zum Gesamtgut gehört ein Hof sowie weiterer umfangreicher, überwiegend landwirtschaftlicher Grundbesitz. Außerdem ist erhebliches Geldvermögen vorhanden. Das Nachlaßgericht hat Nachlaßpflegschaft angeordnet.

Der Erblasser hinterläßt keine Abkömmlinge. Aus der Ehe seiner vorverstorbenen Eltern sind neben dem Erblasser dessen Schwester, die Beteiligte zu 5, sowie ein weiterer 1989 verstorbener Bruder hervorgegangen, der seinerseits drei Kinder, die Beteiligten zu 2 bis 4, hinterlassen hat. Die Beteiligten zu 6 und 7 sind die Schwestern der Beteiligten zu 1.

In einem Ehe- und Erbvertrag vom 18.6.1959 haben sich der Erblasser und die Beteiligte zu 1, die damals noch verlobt waren, gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt, ohne weitere Verfügungen von Todes wegen zu treffen. Außerdem liegen zwei jeweils auf den 6.5.1990 datierte vom Erblasser eigenhändig geschriebene und unterzeichnete Schriftstücke vor, die den von der Beteiligten zu 1 geschriebenen und unterschriebenen Zusatz: „es ist auch mein letzter Wille“ tragen. Darin verfügen die Eheleute jeweils,

„daß unser Vermögen zu gleichen Teilen geteilt wird, je zur Hälfte an die Geschwister und Verwandten meiner Frau und die andere Hälfte an meine Geschwister und deren Nachkommen. ... Das Verteilen des Vermögens soll ... nach dem Ableben beider Teile geschehen. Bis dahin soll der überlebende Teil der Nutznießer und Wirtschaftler sein. Sollte jedoch der überlebende Teil wieder heiraten, oder mit jemanden zusammenleben, so sollte nichts verkauft werden und das Testament soll aufrechterhalten werden und gültig sein.“

Es folgen Anordnungen zur Beerdigung und Grabpflege sowie zum Verfahren der Nachlaßteilung. Eines dieser Testamente haben die Eheleute am 10.5.1990 in die besondere amtliche Verwahrung gegeben und am 23.10.1991 wieder zurückgenommen. Nach den Angaben des Beteiligten zu 2 handelt es sich dabei um das Testament, in dem in einem Zusatz bestimmt ist:

„Die Felder in A. soll mein Neffe (Beteiligter zu 2) bekommen, da er uns immer unterstützt hat. Er soll meiner Schwester 30.000 DM auszahlen.“

Am 23.10.1991 haben die Eheleute ein weiteres gemeinschaftliches Testament in die besondere amtliche Verwahrung gegeben, das auf den 15.8.1991 datiert, vom Erblasser geschrieben und von ihm sowie der Beteiligten zu 1 unterschrieben ist. Darin ist im wesentlichen folgendes bestimmt:

„Es ist unser letzter Wille, daß der Neffe (Beteiligter zu 2) unseren Hof in U. übernimmt, weiterarbeitet und uns dafür pflegt. Die Felder in A. soll meine Schwester (Beteiligte zu 5) erhalten und noch 80.000 DM ... dazu und das Haus in F.

Die beiden Schwestern meiner Frau sollen je 35.000 DM erhalten.

Ich mache meinen Neffen folgende Auflagen: Er muß den von uns überlebenden Teil pflegen, verpflegen und waschen. Er muß uns eine würdige Grabstätte beschaffen ... Ferner soll mein Neffe seinen Geschwistern (Beteiligte zu 3 und 4) je 35.000 DM... auszahlen.“

Bei den Akten befinden sich zwei weitere ebenfalls auf den 15.8.1991 datierte vom Erblasser verfaßte Schriftstücke, die von dem vorgenannten Testament in einigen Punkten abweichen und Unterschriftenversuche der Beteiligten zu 1 ausweisen.

Für die Beteiligte zu 1 ist Betreuung angeordnet. Aufgrund eines Hinweises des Betreuers, daß sie bei Abfassung der gemeinschaftlichen Testamente möglicherweise nicht mehr testierfähig gewesen sei, hat das Nachlaßgericht zu dieser Frage umfangreiche Ermittlungen durchgeführt, insbesondere auch ein psychiatrisches Gutachten des Landgerichtsarztes eingeholt. Mit Beschluß vom 29.4.1994 hat es angekündigt, es werde auf Antrag eines Beteiligten die Erteilung eines Erbscheins bewilligen, wonach der Erblasser aufgrund des Ehe- und Erbvertrages von der Beteiligten zu 1 allein beerbt worden sei, wenn nicht gegen den Beschluß binnen 2 Wochen Beschwerde eingelegt werde.

Gegen diese Entscheidung haben die Beteiligten zu 2, 3 und 5 Beschwerde eingelegt. Mit Schriftsatz vom 8.9.1994 hat der Beteiligte zu 2 beantragt, ihm einen Teilerbschein zu erteilen, der ihn, gegenständig beschränkt auf den Gesamtgutshälfteanteil des Erblassers am Hof in U., als Erben ausweisen soll. Das Landgericht hat die Beschwerden mit Beschluß vom 31.1.1995 zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung damit begründet, daß die Testamente vom 6.5.1990 und 15.8.1991 mangels Testierfähigkeit der Beteiligten zu 1 unwirksam seien. Es hat ausgeführt, der geistige Abbauprozess der Beteiligten zu 1 sei im Mai 1990 und August 1991 so weit fortgeschritten gewesen, daß bei ihr die (im einzelnen aufgeführten) Voraussetzungen der Testierfähigkeit nicht mehr gegeben gewesen seien. In diesem Zusammenhang hat das Landgericht die Ergebnisse der Beweiserhebung des Nachlaßgerichts, insbesondere das eingeholte Sachverständigen Gutachten und die Aussagen der Zeugen und behandelnden Ärzte, im einzelnen gewürdigt. Aus der Unwirksamkeit der Verfügungen, die die Beteiligte zu 1 in den Testamenten getroffen hat, hat das Landgericht sodann die Unwirksamkeit auch der Verfügungen des Erblassers abgeleitet, da diese Verfügungen als beiderseits wechselbezüglich anzusehen seien. Es sei nicht erforderlich, die Frage nach dem Inhalt dieser Verfügungen abschließend zu beantworten. Denn bei jedem denkbaren Auslegungsergebnis sei die Frage der Wechselbezüglichkeit in gleicher Weise zu beantworten. Die Ehegatten hätten zu einer gemeinschaftlichen, aufeinander abgestimmten einheitlichen Regelung kommen wollen, dies gebiete, jede der getroffenen Verfügungen als beiderseits wechselbezüglich anzusehen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält in der Sache im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

(...)

c) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß der Erblasser die Beteiligte zu 1 mit Erbvertrag vom 18.6.1959 wirksam zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat. Es hat sodann geprüft, ob diese Erbeinsetzung durch die späteren gemeinschaftlichen Testamente aus den Jahren 1990 und 1991 wirksam widerrufen worden ist. In diesem Zusammenhang ist es nicht näher darauf eingegangen, ob die erbvertragliche Erbeinsetzung vertragsmäßig bindend war (§ 2278 Abs. 1 BGB) und der Erblasser daher in den gemeinschaftlichen Testamenten nur dann wirksam eine anderweitige Verfügung treffen konnte (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn gleichzeitig diese Bindung entfiel (§§ 2290, 2292 BGB). Im Ergebnis hat es jedoch zutreffend auf die mangelnde Testierfähigkeit der Beteiligten zu 1 bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments abgestellt und daraus abgeleitet, daß die erbvertragliche Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht unwirksam geworden ist.

aa) Bei der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 in dem Erbvertrag handelt es sich um eine vertragsmäßige Verfügung (§ 2278 BGB). Zwar folgt aus dem Umstand, daß eine Verfügung in einem Erbvertrag enthalten ist, noch nicht ihre Vertragsmäßigkeit. Wenn sich aber wie hier der Erblasser und die Beteiligte zu 1 in dem formgültigen Erbvertrag ausdrücklich „im Wege des Erbvertrages“ gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben, so ergibt sich angesichts der Klarheit und Eindeutigkeit einer solchen Erklärung als deren nächstliegende Bedeutung, daß die Verfügungen vertragsmäßig im Sinne von § 2278 BGB getroffen werden sollten mit der Folge, daß der Erblasser an seine Verfügung gebunden und jede weitere widersprechende Verfügung von Todes wegen grundsätzlich ausgeschlossen war (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 196).

bb) Die Ehegatten konnten diese vertragsmäßige Verfügung durch ein gemeinschaftliches Testament aufheben (§ 2292 BGB). Diese Vorschrift ist nach inzwischen einhelliger Auffassung entgegen ihrem Wortlaut auch anwendbar, wenn die Ehegatten wie hier im Zeitpunkt der Errichtung des entsprechenden Erbvertrages noch nicht miteinander verheiratet waren (BayObLGZ 8, 350; MünchKomm-BGB/Musielak, 2. Aufl. Rdnr. 2, Staudinger/Kanzleiter, BGB, 12. Aufl. Rdnr. 2, jeweils zu § 2292 m.w.N.). Die Aufhebung kann sich auf einzelne Verfügungen im Erbvertrag beschränken (BayObLGZ 1960, 192). Sie kann auch dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß neue, dem Erbvertrag widersprechende Verfügungen getroffen werden, wenn nur der Wille der Ehegatten, die vertragsmäßigen Verfügungen durch die testamentarischen zu ersetzen, mit ausreichender Deutlichkeit erkennbar wird (MünchKomm-BGB/Musielak und Staudinger/Kanzleiter, jeweils Rdnr. 4 zu § 2292; vgl. auch BGH, NJW 1987, 901/902 [= MittBayNot 1987, 105 = DNotZ 1987, 430], wonach in einem solchen Fall die Aufhebung bereits kraft Gesetzes aus dem Widerspruch der späteren zu der früheren Verfügung von Todes wegen folgt).

Die Aufhebung oder-Einschränkung der erbvertraglichen Erbeinsetzungen durch die gemeinschaftlichen Testamente setzt jedenfalls hier die Testierfähigkeit beider Ehegatten voraus, weil die Aufhebung der erbvertraglichen Bindung nur darin liegen kann, daß abweichend vom Erbvertrag verfügt wurde. Grundsätzlich müssen bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments beide Ehegatten testierfähig sein (Palandt/Edenhofer, BGB, 54. Aufl. Einf. vor § 2265 Rdnr. 4; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. Vorbem. zu §§ 2265 ff. Rdnr. 19; vgl. auch Senatsbeschluß vom 4.7.1994 1 Z BR 139/93 S. 17). Ist einer der Ehegatten

testierunfähig, stellt sich nur die Frage, ob und inwieweit eine Verfügung des anderen Ehegatten als Einzeltestament aufrechterhalten werden kann (*Dittmann/Reimann/Bengel* a. a. O.; weitergehend *Staudinger/Kanzleiter*, Vorbem. zu § 2265 ff. Rdnr. 47, der für die Wirksamkeit der Verfügungen des testierfähigen Ehegatten auf die allgemeinen Grundsätze, also insbesondere § 2270 Abs. 1 BGB verweist). Jedenfalls setzt die wirksame Aufhebung erbvertraglich bindender Erbeinsetzungen durch ein gemeinschaftliches Testament gemäß § 2292 BGB die Testierfähigkeit beider Ehegatten voraus, wenn die Ehegatten in dem Testament beide als Erblasser handeln (*MünchKomm/Musielak* Rdnr. 3, *Staudinger/Kanzleiter*, Rdnr. 6 f., jeweils zu § 2292). Der Sonderfall des § 2292 Halbsatz 2 i. V. m. § 2290 Abs. 3 BGB (vgl. hierzu *Staudinger/Kanzleiter* Rdnr. 7, *Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl. Anm. 3c, jeweils zu § 2292; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. § 39 III) liegt hier schon aus tatsächlichen Gründen nicht vor.

In dem Erbvertrag hatten sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben eingesetzt, also beide als Erblasser gehandelt. Gleiches gilt für die gemeinschaftlichen Testamente. Denn die Ehegatten wollten dort über ihr gemeinschaftliches Vermögen (§ 1416 BGB) verfügen und einheitliche Regelungen für die Vermögensnachfolge nach dem Erstversterbenden und dem Letztversterbenden treffen, die unabhängig davon gelten sollten, welcher der Ehegatten den anderen überlebte. Sie haben daher beide als Erblasser verfügt.

Eine in den gemeinschaftlichen Testamenten möglicherweise enthaltene Aufhebung oder Abänderung der erbvertraglich bindenden Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 kann auch nicht als einseitige Verfügung des Erblassers aufrechterhalten werden, weil sie die Mitwirkung der Beteiligten zu 1 vorausgesetzt hätte. Auch haben hier die Ehegatten nach dem insoweit klaren Wortlaut und Ziel der gemeinschaftlichen Testamente eine solche einseitige Verfügung weder bedacht noch gewollt.

d) Die Feststellung des Landgerichts, die Beteiligte zu 1 sei im Zeitpunkt der Errichtung der gemeinschaftlichen Testamente nicht testierfähig gewesen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

aa) Die Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) setzt nach allgemeiner Meinung die Vorstellung des Testierenden voraus, daß er ein Testament errichtet und welchen Inhalt die darin enthaltenen letztwilligen Verfügungen aufweisen. Er muß in der Lage sein, sich ein klares Urteil zu bilden, welche Tragweite seine Anordnungen haben, insbesondere welche Wirkungen sie auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen ausüben. Das gilt auch für die Gründe, welche für und gegen die sittliche Berechtigung der Anordnungen sprechen. Nach seinem so gebildeten Urteil muß der Testierende frei von Einflüssen Dritter handeln können (vgl. *BayObLG*, *FamRZ* 1986, 728/730 und ständige Rechtsprechung des Senats; *Palandt/Edenhofer* § 2229 Rdnr. 1; *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, *ZEV* 1995, 46). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht ausgegangen.

bb) Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierfähigkeit gegeben sind, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Der Senat kann die Feststellung des Landgerichts, die Beteiligte zu 1 sei bei Errichtung der gemeinschaftlichen Testamente nicht mehr testierfähig gewesen, nur daraufhin überprüfen, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 Abs. 1 BGB) hat, ob die Vorschriften über die Beweisaufnahme (§ 15 FGG) verletzt wurden und ob die Beweiswürdigung fehlerhaft ist.

Die Beweiswürdigung kann nur dahin nachgeprüft werden, ob das Landgericht bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner ob es die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (*BayObLGZ* 1982, 309/313 [= *MittBayNot* 1982, 251], *BayObLG*, *FamRZ* 1990, 801/802 und ständige Rechtsprechung des Senats). Hierbei muß sich das Beschwerdegericht nicht mit allen möglicherweise in Betracht kommenden Umständen ausdrücklich auseinandersetzen; es genügt, wenn es alle wesentlichen, die Entscheidung tragenden Umstände würdigt, und wenn sich daraus ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (*BayObLGZ* 1982, 309/313).

cc) Das Landgericht hat den maßgeblichen Sachverhalt hinreichend ermittelt.

(Wird ausgeführt.)

14. BGB §§ 2278, 2289, 2299 (Vorbehalt der Anordnung von Testamentsvollstreckung für den Vertragserben)

1. Zur Auslegung eines Erbvertrages in dem Sinne, daß die Erbeinsetzung noch nicht geborener Abkömmlinge vertragsmäßig ist.
2. Ein Erblasser ist zwar grundsätzlich befugt, im Wege einseitiger Verfügung von Todes wegen für seine Vertragserben eine Testamentsvollstreckung anzuordnen, aber nur insoweit, als er sich diese Möglichkeit bei den vertragsmäßig getroffenen Verfügungen vorbehalten hat.
3. Zu den Grenzen der ergänzenden Auslegung des Erbvertrages bezüglich eines Vorbehaltes zur Anordnung einer Testamentsvollstreckung.

OLG Hamm, Beschluß vom 18.9.1995 – 15 W 248/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Erblasser war in erster Ehe mit der vorverstorbenen E. verheiratet. Aus dieser Ehe gingen die Beteiligten zu 1) und 2) hervor. Weitere Abkömmlinge des Erblassers, der nach dem Tode seiner ersten Frau noch zweimal verheiratet war – die Ehen wurden jeweils geschieden –, sind nicht vorhanden.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung, die der Erblasser durch notarielles Testament vom 19.03.1992 angeordnet hat.

Der Erblasser, seine erste Ehefrau E. und der heute noch lebende Bruder H. des Erblassers schlossen am 10.6.1938 einen Erbvertrag.

Dieser sieht unter Ziffer I 1 vor, daß sich die Eheleute für den Fall, daß ihre Ehe kinderlos bleibt, gegenseitig als Erben einsetzen. Gleichzeitig wird geregelt, daß für den Fall, daß Kinder geboren werden, der Überlebende alleiniger Erbe des zuerst versterbenden, die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen Erben des zuletzt versterbenden Ehegatten sein sollen. Ziffer I 2 sieht für den Fall der Wiederheirat des Überlebenden vor, daß diesem die Verpflichtung auferlegt wird, $\frac{7}{8}$ des Wertes, welchen der Nachlaß des zuerst versterbenden Ehegatten zur Zeit der Wiederverheiratung hat, den Kindern als Vermächtnis herauszugeben. In diesem Fall soll er das

Recht haben, von dem genannten Erbvertrag zurückzutreten und andere Verfügungen von Todes wegen zu treffen. In Ziffer I 3 ist für den Fall, daß der Erblasser kinderlos vor seiner Ehefrau versterben sollte, eine Vorerbschaft der Ehefrau und eine Nacherbschaft des Bruders H. bei einer Ersatzerbschaft von dessen ehelichen Abkömmlingen zu gleichen Teilen vorgesehen. Ziffer I 4 regelt den Fall des kinderlosen Vorversterbens der Ehefrau, wonach der Erblasser und ein Bruder der Ehefrau Erben zu 1/2 werden sollten. Unter Ziffer II 1 setzte der Bruder H. seine zukünftige Ehefrau zu seiner Erbin ein. Gleichzeitig wurde ihm „anheimgegeben“, eine letztwillige Verfügung dergestalt zu treffen, wie sie die Eheleute unter der Ziffer I 1 und 2 für sich getroffen hatten. Ziffer II 2 regelte dann den Fall, daß H. ohne Hinterlassung von ehelichen Abkömmlingen versterben würde, wobei seine dann vorhandene Ehefrau Vorerbin, der Erblasser Nacherbe bzw. dessen Abkömmlinge zu gleichen Anteilen Ersatznacherben werden sollten. Gemäß Ziffer II 3 sollte der Erblasser alleiniger Erbe seines Bruders werden, wenn dieser unverheiratet bliebe.

Der Erbvertrag schließt mit der Ziffer IV, in der es wie folgt lautet:

„Die Vertragsschließenden nehmen die von ihnen vorstehend abgegebenen Erklärungen gegenseitig an und bestimmen ausdrücklich, daß die gegenseitig erfolgten Erbeinsetzungen voneinander abhängig sind und nur insoweit abgeändert, widerrufen oder aufgehoben werden können, als dazu den betreffenden Vertragsschließenden das Recht in dem Verträge vorbehalten worden ist. Dieses Recht zum Widerruf bzw. Rücktritt von den vertragsmäßigen gegenseitigen Verfügungen soll dem überlebenden Vertragspartner auch nach dem Tode des anderen Vertragsteiles in dem bereits angegebenen Umfang zustehen. Dieser Rücktritt soll ferner die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dieses Erbvertrages nicht berühren.“

Unter dem 02.01.1963 verfaßten der Erblasser und seine erste Ehefrau ein notarielles Testament folgenden Inhalts:

„Wir setzen uns gegenseitig zum alleinigen Erben ein. Weiteres haben wir nicht zu bestimmen.“

Nachdem die erste Ehefrau des Erblassers verstorben war und der Erblasser wiedergeheiratet hatte, verfaßte er unter dem 04.02.1991 ein privatschriftliches Testament, in dem er die Beteiligten zu 1) und 2) als seine alleinigen Erben einsetzte.

Durch notarielles Testament vom 19.03.1992 regelte der Erblasser neuerlich das Erbrecht seiner Kinder im vorstehenden Sinne. Weiter ordnete er im Hinblick auf die zu erwartende Rückübertragung geeigneten umfangreichen Grundbesitzes im Gebiet der früheren DDR zur Vermeidung einer Auseinandersetzung zwischen seinen Kindern die Testamentsvollstreckung an, die er auf 10 Jahre befristete, und untersagte eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf die Dauer von 30 Jahren.

Mit Beschluß vom 06.04.1995 hat das Amtsgericht dem Beteiligten zu 3) ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Gegen diese Entscheidung hat der Beteiligte zu 1) Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hat Erfolg.

Aus den Gründen:

In der Sache erweist sich das Rechtsmittel als begründet, weil die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruht (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

Dem Landgericht lag eine zulässige, ebenfalls fristgerecht eingelegte Erstbeschwerde des Beteiligten zu 1) gegen die Ernennung des Testamentsvollstreckers vor. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1) folgt aus seiner Erbenstellung.

In der rechtlichen Beurteilung vermag sich der Senat der Auffassung des Landgerichts nicht anzuschließen. Das Landgericht hat gesetzliche Auslegungsregeln verletzt und ist rechtlich nicht zutreffenden Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, die im notariellen Testament vom 19.03.1992 formwirksam angeordnete Testamentsvollstreckung (§§ 2299 Abs. 1, 2278 Abs. 2, 2197 Abs. 1, 2231, 2232 BGB) wider-

spreche nicht den im Erbvertrag vom 10.06.1938 getroffenen bindenden Anordnungen, so daß sich aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung das Ersuchen an das Nachlaßgericht herleiten lasse, gemäß § 2200 Abs. 1 BGB einen Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine nach Abschluß eines Erbvertrages getroffene Verfügung von Todes wegen unwirksam, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Insoweit ist in Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1962, 912; RGZ 139, 41; KG JW 1938, 2746; KG DNotZ 1942, 101 und DNotZ 1967, 438) und Schrifttum (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., § 2289 Rdnr. 12; *RGRK/Kregel*, BGB, 12. Aufl., § 2289 Rdnr. 1; *Münch-Komm-BGB/Musielak*, 2. Aufl., § 2289 Rdnr. 13; *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., § 2289 Rdnr. 20) anerkannt, daß der Vertragserbe regelmäßig durch die nachträgliche einseitige Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Sinne der vorgenannten Vorschrift beeinträchtigt wird und diese Anordnung unwirksam ist.

Das Landgericht hat nicht verkannt, daß die in § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Bindung der Vertragsschließenden ausschließlich vertragsmäßige Verfügungen im Sinne des § 2278 BGB betrifft (vgl. BGHZ 26, 204, 208). Da die Vertragsschließenden in dem Erbvertrag nach § 2299 BGB auch einseitige Verfügungen treffen können, setzt die Anwendung des § 2289 BGB zunächst die Feststellung voraus, daß die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) vertragsmäßig erfolgt ist. Erst daran schließt sich die weitere Frage an, ob die Parteien des Erbvertrages die der vertragsmäßigen Verfügung eigentümliche Bindung (§ 2289 BGB) ausnahmsweise durch einen Vorbehalt für spätere abweichende einseitige Verfügungen von Todes wegen eingeschränkt haben (vgl. *Staudinger/Kanzleiter*, a. a. O., § 2278 Rdnr. 11). Dementsprechend ist das Landgericht verfahren.

Zutreffend ist das Landgericht hinsichtlich der Frage, ob es sich bei der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) als Erben nach dem Letztversterbenden der Eheleute K. und E. um eine vertragsmäßige, also nicht einseitig widerrufliche Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 1 BGB handele, von dem Grundsatz ausgegangen, daß eine Regelung nicht schon deshalb vertragsmäßig ist, weil sie in einem Erbvertrag enthalten ist. Vielmehr ist für jede einzelne Bestimmung, wenn sie nicht selbst ausdrücklich als vertragsmäßig bezeichnet ist und deshalb eine Auslegung entbehrlich macht (vgl. BayObLGZ 1961, 206, 210), zu prüfen und durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, ob der Erblasser insoweit den Willen zu vertraglicher Bindung hatte (vgl. BGH a. a. O.; OLG Köln, Rpfleger 1994, 111, 112). Bei Verfügungen zugunsten Dritter wird vor allem zu prüfen sein, ob der Erblasser oder die anderen Vertragsteile ein Interesse an einer dauerhaften Bindung an die getroffene Verfügung gehabt haben (vgl. Senatsbeschluß vom 25.11.1993 – 15 W 126/93 –).

Das Landgericht hat insoweit gemeint, die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) habe nach dem Sinn und Zweck des Erbvertrages auch im Interesse des Erblassers, seiner vorverstorbenen ersten Ehefrau und des Zeugen H. gelegen. Das ist im Ergebnis zutreffend.

Eine vertragsmäßige Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) ergibt sich nach Ansicht des Senats bereits aus Ziffer IV des Erbvertrages, wonach die gegenseitig erfolgten Erbeinsetzungen voneinander abhängig sein sollten. Sie sollten auch nur insoweit abgeändert, widerrufen oder aufgehoben werden können, als dazu den betreffenden Vertragsschließenden das

Recht in dem Vertrag vorbehalten worden ist. Es bedarf keiner Darlegung, daß die Einsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) als Schlußerben nach ihren Eltern in Ziffer I 1 des Vertrages eine gegenseitig erfolgte Erbeinsetzung im Sinne von Ziffer IV des Vertrages ist. Auch die Berufung der Beteiligten zu 1) und 2) als Ersatznacherben für ihren als Nacherben berufenen Vater nach der als Vorerbin eingesetzten zukünftigen Ehefrau des Zeugen H. durch diesen wird zweifellos von der gegenseitig erfolgten Erbeinsetzung in Ziffer IV des Vertrages erfaßt, so daß sich die Vertragsmäßigkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) als Erben des Erblassers gemäß Ziffer I des Vertrages bereits aus der ausdrücklichen, eine Auslegung entbehrenden machenden Regelung der Ziffer IV des Erbvertrages ergibt.

...

Durch die Schlußerbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) in Ziffer I 1 des Erbvertrages war gesichert, daß das von den Großeltern stammende, auf K. entfallende und in der Familie hinzu erworbene Vermögen seinen Abkömmlingen zu gleichen Teilen zukam. Die Wiederverheirathungsklausel in Ziffer I 2 des Erbvertrages setzte den Überlebenden der Eheleute hinsichtlich des vom Erstverstorbenen ererbten Vermögens wirtschaftlich auf den Pflichtteil, denn er sollte verpflichtet sein, $\frac{7}{8}$ des ererbten Vermögens den Kindern als Vermächtnis herauszugeben, was wiederum die wirtschaftliche Erbnachfolge der Kinder in das Vermögen der Familie sicherte. Darüber hinaus sollte der Überlebende berechtigt sein, vom Erbvertrag zurückzutreten und andere Verfügungen von Todes wegen zu treffen. Dieses unter anderem auch E. eingeräumte Rücktrittsrecht vom Erbvertrag hatte im Hinblick auf den Erhalt des Vermögens der Familie nur einen Sinn in Bezug auf die korrespondierenden Verfügungen des H. in Ziffer II 2 des Vertrages. Dort ist für den Fall einer kinderlos bleibenden Ehe von H. bestimmt, daß dessen zukünftige Frau Vorerbin, K. Nacherbe und dessen Abkömmlinge zu gleichen Anteilen Ersatznacherben werden sollten. Eine Berufung der Beteiligten zu 1) und 2) durch H. zu Ersatznacherben des K., dessen Einsetzung als Nacherbe gemäß der Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält, war nach dem Sinn und Zweck des Vertrages nur sinnvoll, wenn vertragsmäßig sichergestellt war, daß nicht nur der auf H. entfallende Anteil des elterlichen Vermögens, sondern auch der auf K. entfallende Anteil den einzigen ehelichen Nachkommen der Geschwister K. und H. zufiel, denn nur so konnte der von den Beteiligten anerkannte Vertragszweck erreicht werden. Dieser entfiel deshalb entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) und 3) im Hinblick auf die vertragsmäßige Bindung im Verhältnis zu H. nicht mit der Geburt der Beteiligten zu 1) und 2).

Daraus folgt, daß nicht nur K. und E. hinsichtlich der Beteiligten zu 1) und 2) vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben, sondern diese Verfügung auch im Verhältnis zu der Verfügung des H. vertragsmäßig sein sollte.

Diese jedenfalls auch im Verhältnis zu H. vertragsmäßige Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) durch den Erblasser konnte nicht durch das mit seiner ersten Ehefrau errichtete gemeinschaftliche Testament vom 02.01.1963 aufgehoben werden, wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat. Nach § 2290 Abs. 1 BGB können nur die Personen einen Erbvertrag aufheben, die ihn geschlossen haben. Der Sonderfall des § 2292 BGB, wonach ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag auch durch gemeinschaftliches Testament aufgehoben werden kann, lag jedenfalls im Hinblick auf die auch gegenüber H. vertragsmäßige Erbeinsetzung der Beteiligten

zu 1) und 2) nicht vor. Ein im übrigen gemäß § 2296 BGB formbedürftiger Rücktritt vom Vertrag gem. § 2293 BGB ist nicht erfolgt.

Da die Beteiligten zu 1) und 2) Vertragserben des Erblassers sind und die Anordnung einer Testamentsvollstreckung eine Beeinträchtigung im Sinne des § 2289 Abs. 1 BGB darstellt, ist die Anordnung der Testamentsvollstreckung trotz dieser Vorschrift nur dann wirksam, wenn sie in dem Erbvertrag vorbehalten war. Davon geht auch das Landgericht aus.

Entgegen der Ansicht des Landgericht enthält der Erbvertrag keinen solchen Vorbehalt.

Ein Vorbehalt ist Teil des Erbvertrages und begrenzt das Recht des in dem Erbvertrag vertragsmäßig Bedachten. Er muß in der für den Erbvertrag vorgeschriebenen Form (§ 2276 BGB) vereinbart werden; ein formlos vereinbarter oder stillschweigender Vorbehalt, der nicht in die formgerecht niedergelegten Bestimmungen eingegangen ist, ist rechtsunwirksam (vgl. BGHZ 26, 204, 210; OLG Köln Rpfleger 1994, 111, 112). Ein stillschweigender Vorbehalt ist zwar grundsätzlich denkbar (vgl. MünchKomm-BGB/Musielak, a. a. O., § 2278 Rdnr. 21 f. m. w. N.). Er muß aber, um rechtswirksam zu sein, in irgendeiner Bestimmung des Erbvertrages seinen Ausdruck mindestens in der Weise gefunden haben, daß er dieser Bestimmung im Wege der Auslegung entnommen werden kann (vgl. BGH a. a. O.; OLG Köln a. a. O.).

...

Der Erbvertrag vom 10.06.1938 enthält außer der eindeutigen Regelung, daß beim Tode der Eheleute K. und E. der Nachlaß des Letztversterbenden zu gleichen Anteilen an deren zukünftige Kinder fallen soll und unter besonderen Umständen der Nachlaß des Zeugen H. in gleicher Weise an diese Kinder fällt, keinerlei Hinweis dafür, daß das Familienvermögen möglichst lange zusammengehalten und eine Erbaueinandersetzung und Veräußerung von Vermögensgegenständen verhindert oder erschwert werden sollte. Genauso wenig wie die Brüder K. und H. aufgrund des Erbvertrages ihrer Eltern vom selben Tag gehindert waren, eine Erbaueinandersetzung zu betreiben oder diese nur unter erschwerten Bedingungen sollten vornehmen können, ist dem hier verfahrensgegenständlichen Erbvertrag eine solche Regelung auch nur andeutungsweise zu entnehmen. Um dem Sinn und Zweck des Vertrages und dem hierauf gerichteten Willen der Vertragsschließenden Rechnung zu tragen, das Vermögen in der Familie zu belassen und den ehelichen Abkömmlingen von K. und H. zukommen zu lassen, bedurfte es keiner Testamentsvollstreckung oder gar eines Auseinandersetzungsverbotes. In welcher Weise sich die Beteiligten zu 1) und 2) auseinandersetzten, haben die Vertragsparteien vielmehr ersteren allein überlassen. Daß zur leichteren Durchführung der Auseinandersetzung zwischen den ehelichen Abkömmlingen von K. und R. irgendwelche Anordnungen getroffen werden durften, kommt im Erbvertrag nicht zum Ausdruck. Die vom Landgericht vorgenommene Interessenabwägung vermag somit die Annahme eines wirksamen Vorbehaltes der Parteien zur Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht zu rechtfertigen. Auch der Umstand, daß der Zeuge H. als Vertragsschließender des Erbvertrages und die Beteiligte zu 2) mit der Testamentsvollstreckung einverstanden sind, kann ihre Anordnung nicht rechtfertigen, denn diese nachträgliche Zustimmung ist nicht geeignet, die sich aus § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Unwirksamkeit einer späteren Verfügung zu beseitigen (vgl. OLG Köln Rpfleger 1994, 111, 113 m. w. N.).

Da weitere Ermittlungen, soweit sie die anstehende Frage eines Vorbehaltes der Anordnung der Testamentsvollstreckung im Erbvertrag vom 10.06.1938 betreffen, nicht erforderlich sind, kann das Rechtsbeschwerdegericht in der Sache entscheiden. Ist dem Beschwerdegericht bei der Auslegung eines Testaments oder eines Erbvertrages ein Fehler unterlaufen, so kann die letztwillige Verfügung vom Gericht der weiteren Beschwerde selbst ausgelegt werden (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 1359, 1360 m.w.N.). Der Senat kommt unter Berücksichtigung der oben dargestellten Umstände zu dem Ergebnis, daß der Erblasser sich im Erbvertrag vom 10.06.1938 die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht vorbehalten hat.

Die mit notariellem Testament vom 19.03.1992 angeordnete Testamentsvollstreckung ist gemäß § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam.

Ein Testamentsvollstrecker durfte schon deshalb gemäß § 2200 BGB nicht vom Nachlaßgericht ernannt werden.

Anmerkung:

1. Der vom OLG Hamm entschiedene Fall ist typisch für die Situation, in der sich der Notar gelegentlich befindet, wenn er letztwillige Verfügungen beurkundet: Nicht jeder Erblasser ist ein „Erst-Täter“, so mancher, der ein Testament errichtet, hat bereits zuvor andere letztwillige Verfügungen oder andere Verfügungen von Todes wegen errichtet, die seine Testierfähigkeit beschränken. Protokolliert der Notar lediglich den vom Erblasser geäußerten letzten Willen, riskiert er, wie der Beschluß des OLG Hamm zeigt, die Unwirksamkeit der Anordnung im Einzelfall.

2. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beschränkt den Vertragserben (§§ 2306 Abs. 1 S. 1, 2376 Abs. 1 BGB). Sie kann daher gegenüber einem Vertragserben (§§ 1941 Abs. 2, 2278 Abs. 1 BGB) grundsätzlich nur in dem Erbvertrag selbst oder durch Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) oder durch gemeinschaftliches Testament (§ 2292 BGB) verfügt werden, durch einseitige Verfügung des Erblassers nur dann, wenn eine solche in einem Erbvertrag vorbehalten war, mit der Zustimmung des Vertragserben oder in den Ausnahmefällen der §§ 2293 ff BGB (Rücktritt) und § 2289 Abs. 2 BGB (Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht). Entsprechendes gilt für Erbeinsetzungen durch wechselbezügliche Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament.

Der die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beurkundende Notar hat sich im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG davon zu überzeugen, daß der Testator nicht durch eine frühere Verfügung von Todes wegen gebunden und damit an einer neuen Verfügung gehindert ist (BGH DNotZ 1960, 157; VersR 1958, 782). Diese Überzeugung gewinnt der Notar durch Befragen der Beteiligten. Auf deren Angaben darf er sich im Normalfall verlassen (vgl. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, § 17 Rdnr. 100, 97, 26; *Reithmann/Röll/Gefele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 694, 199), es sei denn, es liegen ihm Anhaltspunkte dafür vor, daß die Angaben der Beteiligten nicht zutreffen. Besteht die Möglichkeit, daß sich eine Einschränkung der Testierfreiheit aus einer vom Notar beurkundeten oder bei ihm verwahrten Urkunde ergibt, so wird der Notar, wenn er hierzu nicht schon nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG verpflichtet ist, diese aufgrund eines *nobile officium* auf eine mögliche Bindung hin durchsehen. Zu weitergehenden Recherchen ist der Notar allerdings nicht verpflichtet.

Stellt sich der Mangel der Testierfreiheit im Einzelfall heraus, wird es angezeigt sein, die Zustimmung des Vertragserben anzuregen. Ergeben sich immer noch Zweifel über die bestehende Testierfreiheit, wird aber die Beurkundung mit diesem Inhalt gleichwohl gewünscht, so sollte der Notar ausdrücklich regeln, ob eine Teilvollstreckung dem Willen des Erblassers entspricht (§ 2085 BGB), wenn sich die Beschränkung der Testierfreiheit nur auf einen Teil des Nachlasses bezieht. Gegebenenfalls hat der Notar den Testator über die Möglichkeit einer trans- oder postmortalen Vollmacht zu unterrichten, die u. U. zu vergleichbaren Ergebnissen wie die Anordnung der Testamentsvollstreckung führt (*Huhn/von Schuckmann*, a.a.O., Rdnr. 100; *Bengel* in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Rdnr. 35 ff).

3. Die kautelarjuristische Anregung, die sich aus dem Beschluß des OLG Hamm jedoch vorrangig ergibt, ist die, es dem Erblasser bereits bei der Errichtung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments zu ermöglichen, später eine Testamentsvollstreckung, welche den Vertragserben bzw. den Schlußerben einschränkt, anzuordnen. Ein derartiger in den Erbvertrag bzw. das gemeinschaftliche Testament aufzunehmender Vorbehalt kann auch beschränkt werden, etwa in der Weise, daß der Erblasser nur eine bestimmte Person zum Testamentsvollstrecker ernennen darf oder nur berechtigt ist, aus einem bestimmten Personenkreis einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Es ist auch denkbar, die Aufgaben einer vorbehaltenen Testamentsvollstreckung zu begrenzen, etwa zur Sicherung eines Unternehmens oder von Gegenständen des Immobilienvermögens.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Gesellschaftsrecht

15. HGB § 173; BGB § 1990 (*Haftung des Kommanditisten-erben für Einlageverpflichtungen des Erblassers*)

Der Erbe eines Kommanditisten haftet, wenn der Erbfall erst nach Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist, für Einlageverpflichtungen des Erblassers nur nach erbrechtlichen Grundsätzen und deshalb mit der Möglichkeit der Beschränkung auf den Nachlaß.

BGH, Urteil vom 21. 9.1995 - II ZR 273/93 -, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der W. & S. GmbH & Co. KG, der Beklagte ist Geschäftsführer von deren Komplementär-GmbH und zugleich Alleinerbe der nach Liquidation der KG und Eröffnung des Konkursverfahrens verstorbenen Kommanditistin H. S. Mit der Klage werden – soweit diese Gegenstand des Revisionsverfahrens ist – Ansprüche wegen zu Lasten der Haftsumme getätigter Auszahlungen an die Erblasserin geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr, soweit sie sich auf den vorgenannten Anspruch bezieht, stattgegeben. Mit der Revision begehrte der Beklagte auch insoweit Klageabweisung.

Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZIP 1994, 297 veröffentlicht ist, hat den Beklagten zur Zahlung der als Teilbetrag beanspruchten 100.000,- DM mit der Begründung verurteilt, er sei als Erbe der verstorbenen Kommanditistin nach §§ 171, 172 Abs. 4 HGB zur Erstattung der Gelder verpflichtet, die von dieser zu Lasten ihrer Haftsumme entnommen worden seien. Die vom Beklagten erhobene Einrede der beschränkten Erbenhaftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990 BGB) hat das Berufungsgericht für unbegründet gehalten, weil der Beklagte nicht nur als Erbe, sondern auch aufgrund der auf ihn übergegangenen Rechtsstellung als Kommanditist und damit gemäß § 173 HGB auch mit seinem persönlichen Vermögen hafte.

2. Die Revision macht zu Recht geltend, daß das Berufungsgericht die Einrede der beschränkten Erbenhaftung nicht unbeachtet hätte lassen dürfen. Dabei kommt es auf die vom Berufungsgericht erörterte und bejahte Frage, ob dem Grundsatz nach der Erbe eines Kommanditisten für dessen Verbindlichkeiten aus der Einlageverpflichtung persönlich ohne erbrechtliche Beschränkungsmöglichkeit einzustehen hat, nicht an. Im vorliegenden Fall war die Kommanditgesellschaft im Zeitpunkt des Erbfalls bereits aufgelöst, denn die Erblasserin ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst nach der Liquidation der Gesellschaft und nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über deren Vermögen verstorben. In diesem Fall besteht eine nach Gesellschaftsrecht unbeschränkbare Haftung des Erben nicht.

Die Vererbung von Anteilen an einer Liquidationsgesellschaft vollzieht sich nach rein erbrechtlichen Regeln; die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht. So werden bei einer Mehrheit von – zur Nachfolge berufenen – Erben nicht, wie bei einer noch werbend tätigen Gesellschaft, die einzelnen Erben je für sich, sondern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft Gesellschafter (Sen.Urt. v. 24.11.1980, ZIP 1981, 71, 73; BGH, Beschl. v. 20.5.1981 [= MittBayNot 1981, 237]; vgl. auch den die Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen betreffenden Beschluß des Senats vom 3.7.1989 [= MittBayNot 1989, 323], BGHZ 108, 187, 190; ferner MünchKomm-BGB/Ulmer 2. Aufl. § 727 Rdnr. 10 m.w.N.; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB 5. Aufl. § 131 Rdnr. 25 u. § 139 Rdnr. 12). Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß in diesem Fall die Miterben die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten geltend machen können; eine gesellschaftsrechtliche und damit unbeschränkbare Haftung besteht daneben weder im Außenverhältnis noch gegenüber der Gesellschaft. Was für eine Mehrheit von Erben gilt, kann insoweit nicht anders sein, wenn nur ein einziger Erbe vorhanden ist. Aus diesem Grund trifft, wie der Senat bereits entschieden hat, den Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters, wenn die Gesellschaft schon vor dem Erbfall aufgelöst worden ist, nicht die sich aus § 130 HGB ergebende unbeschränkte, sondern nur die erbrechtliche – und damit erbrechtlich beschränkbare – Haftung (Sen.Urt. v. 6.7.1981 [= DNotZ 1982, 488]). Diese Beurteilung kann für den Erben eines Kommanditisten und die Frage der Anwendbarkeit des § 173 HGB nicht anders ausfallen. Auch ein solcher Erbe haftet, wenn der Erbfall erst nach Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist, im Fall einer noch offenen oder wieder auflebten Einlageverpflichtung des Erblassers sowohl der Gesellschaft wie auch den Gläubigern gegenüber nur nach erbrechtlichen Grundsätzen und deshalb mit der Möglichkeit der Beschränkung auf den Nachlaß.

Das Berufungsgericht hat somit die Einrede der beschränkten Erbenhaftung zu Unrecht unbeachtet gelassen. Zur Entscheidung hierüber sowie ggfs. über die vom Kläger hilfsweise geltend gemachten Ansprüche ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

16. GmbHG §§ 47, 53 Abs. 2, 54; AktG 1965 § 242 Abs. 1 (Heilung eines formnichtigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH durch Handelsregistereintragung)

Der dem § 242 Abs. 1 AktG zugrundeliegende Gedanke, daß im Interesse der Rechtssicherheit die nach registergerichtlicher Prüfung vorgenommene Eintragung in das Handelsregister den Verstoß gegen das Beurkundungsgebot heilt, trifft in gleicher Weise auf formnichtige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH zu.

BGH, Urteil vom 6.11.1995 – II ZR 181/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Konsumgenossenschaft Kreis W. ist zum 1.1.1991 mit anderen Konsumgenossenschaften und dem Konsumgenossenschaftsverband Bezirk C. zur Konsumgenossenschaft C. und Umgebung eG verschmolzen worden. Über deren Vermögen ist am 15.5.1992 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet, der Kläger ist zum Gesamtvollstreckungsverwalter ernannt worden.

Er verlangt von dem Beklagten Zahlung von 150.000,- DM, die nach Grund und Höhe nicht umstritten sind und aus einem zwischen der Konsumgenossenschaft C. und Umgebung eG und dem Beklagten am 5.7.1991 geschlossenen Vertrag herrühren. Mit diesem Vertrag hatte der Beklagte die früher von der Konsumgenossenschaft Kreis W. gehaltenen Geschäftsanteile an der P. & H. GmbH (P.) erworben. Die P. war im Frühjahr 1990 von der Konsumgenossenschaft Kreis W. und einer von dem Beklagten als Alleingesellschafter gehaltenen GmbH gegründet worden und hatte mit der Konsumgenossenschaft W. einen Mietvertrag über Grundstücke und Lagerhallen geschlossen, in denen ein Bau- und Hobbymarkt betrieben werden sollte. Die Vermieterin sollte sich nach dem Vertrag in bestimmtem Umfang an Umbaumaßnahmen beteiligen.

Der Beklagte hält sich nicht für zahlungspflichtig, weil er wirksam mit einem ihm von der P. abgetretenen Teilbetrag der ihr aus dem genannten Mietvertrag zustehenden Ansprüche die Aufrechnung erklärt habe. Der Kläger hat die Abtretungsvereinbarung unter anderem deswegen für unwirksam erachtet, weil der Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, die P. am 8.7.1991 allein zu vertreten, und die Abtretung mit Rücksicht auf § 7 Abs. 5 GesO auch nicht nachträglich habe genehmigt werden können.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die von dem Beklagten erklärte Aufrechnung greife durch. Das Oberlandesgericht hat dem Klagebegehren dagegen entsprochen. Die Revision des Beklagten, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt, führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat angenommen, die nach der Behauptung des Beklagten von ihm für die P. unterzeichnete Abtretungserklärung vom 8.7.1991 sei schon deswegen unwirksam, weil er die GmbH nicht allein habe vertreten dürfen. Dies begegnet, wie die Revision mit Recht geltend macht, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Nach § 5 Abs. 1 des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages vom 8.5.1990 ist zwar, wie dies in § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG als Regelfall bestimmt ist, angeordnet, daß die Geschäftsführer die Gesellschaft nur gemeinschaftlich vertreten dürfen. Diese Satzungsregelung ist jedoch in der Gesellschafterversammlung vom 4.9.1990 dahin geändert worden, daß der Beklagte die P. als sogenannter „Hauptgeschäftsführer“ allein vertreten kann. Daß dieser satzungsändernde Beschluß nicht, wie nach § 53 Abs. 2 GmbHG erforderlich, notariell beurkundet worden ist, ist unschädlich, weil seine Eintragung in das Handelsregister entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts die Formnichtigkeit geheilt hat.

Es entspricht allgemeiner Ansicht im Schrifttum (vgl. *Hachenburg/Raiser*, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 47 Rdnrn. 78 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 15. Aufl., Anh. § 47 Rdnrn. 36 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., Anh. § 47 Rdnrn. 29 f.; *Scholz/Priester*, GmbHG, 8. Aufl., § 54 Rdnr. 65; *Hüffer*, AktG, 2. Aufl., § 242 Rdnr. 1), daß die Vorschriften über die Heilung nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse (§ 242 AktG) für das GmbH-Recht entsprechend gelten. Für die in § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG geregelten Fälle der Nichtigkeit wegen Ladungsmangels und wegen inhaltlichen Verstoßes gegen ein Gesetz oder gegen die guten Sitten hat dies der Senat bereits ausgesprochen (BGHZ 80, 212, 216 f.). Der dem § 242 Abs. 1 AktG zugrundeliegende Gedanke, daß im Interesse der Rechtssicherheit die nach registergerichtlicher Prüfung vorgenommene Eintragung in das Handelsregister dem Verstoß gegen das Beurkundungsgebot die Unwirksamkeitsfolge nehmen soll, trifft in gleicher Weise auf formnichtige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der GmbH zu. Auch das Berufungsgericht erkennt grundsätzlich die Möglichkeit der Heilung eines nicht beurkundeten satzungsändernden Beschlusses durch Eintragung in das Handelsregister an, meint jedoch, im vorliegenden Fall hätten die Gesellschafter eine Satzungsänderung gar nicht beschließen wollen, so daß es schon an der Beschlußfassung selbst fehle. Diese Auffassung beruht auf einer unvollständigen Auswertung des Sachverhalts und ist außerdem durch eine zu enge Sicht der Möglichkeit einer Heilung durch Eintragung in das Handelsregister beeinflusst.

Verfehlt ist schon die an den Eingang gestellte Erwägung, die in der Gesellschafterversammlung vollzählig vertretenen Gesellschafter hätten nicht erkannt, daß für die Änderung der Vertretungsregelung ein satzungsändernder Beschluß erforderlich gewesen wäre. Dies kann allenfalls begründen, warum die gebotene Form verfehlt wurde, besagt aber nichts über den Willen der Beteiligten, eine von der bisherigen Satzung abweichende Vertretungsregelung zu beschließen. Wenn das Berufungsgericht demgegenüber meint, die Tatsache der fehlenden notariellen Beurkundung belege, daß eine Satzungsänderung nicht beabsichtigt gewesen sei, verwechselt es Inhalt und Form und trägt seinem eigenen Gedanken, daß die Gesellschafter versehentlich die Notwendigkeit notarieller Beurkundung nicht erkannt hätten, nicht in der gebotenen Weise Rechnung. Schließlich ist es nicht überzeugend, den Willen, die Satzung zu ändern, allein an dem äußerlichen Umstand zu messen, ob der bisherige Satzungsinhalt in dem neu gefaßten Beschluß in Bezug genommen wird. Das gilt erst recht, wenn – wie das Oberlandesgericht angenommen hat – die Gesellschafter sich der Notwendigkeit nicht bewußt gewesen sind, daß das von ihnen Beschlossene nur in Form einer Satzungsänderung verwirklicht werden kann.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Gesellschafter die Satzung haben ändern wollen, ist demgegenüber der Inhalt ihres Beschlusses entscheidend. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das das Protokoll der Gesellschafterversammlung nur teilweise verwertet hat und deswegen zu einem fehlenden Verständnis gelangt ist, ist dieser Beschluß zweifelsfrei darauf gerichtet, die bisherige Regelung über die Gesamtvertretung der Geschäftsführer der P. zu ändern. (*Wird ausgeführt*).

Wie die Handelsregister-Akten belegen, hatte die seinerzeit in C. zuständige Stelle zahlreiche Beanstandungen erhoben, denen mit der Beschlußfassung zumindest teilweise Rechnung getragen werden sollte. Die Beschlußfassung vom 4.9.1990 solle daher nach der Vorstellung der an der Gesellschafterversammlung teilnehmenden Personen überhaupt erst die Grundlage dafür schaffen, daß die Gesellschaft alsbald in das Handelsregister eingetragen werden und damit als juristische Person mit beschränktem Haftungsfonds entstehen konnte. Dieses Ziel ist am 8.1.1991, als in einem Zuge der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag vom 8.5. und seine Änderung vom 4.9.1990 eingetragen worden sind, erreicht worden.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht ferner aus der Neufassung der Satzung vom Dezember 1992, die den alten Text des Gesellschaftsvertrages unverändert übernommen hatte, Rückschlüsse auf den Satzungsänderungswillen der an der Gesellschafterversammlung vom 4.9.1990 Beteiligten gezogen. Im Dezember 1992 konnte sich das Problem der Einzel- oder Gesamtvertretung gar nicht mehr stellen, weil zu dieser Zeit sämtliche Geschäftsanteile sich in den Händen des Beklagten bzw. einer von ihm beherrschten GmbH befunden haben und außer ihm niemand zum Geschäftsführer bestellt war.

Dem Beklagten war nicht nur Alleinvertretungsbefugnis erteilt, sondern er war auch – schon durch den notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag – von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden. Deswegen konnte er grundsätzlich als Geschäftsführer der P. deren Ansprüche gegen die Gesamtvollstreckungsschuldnerin an sich abtreten. Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, hinderte ihn auch der Umstand nicht daran, daß die P. neben Herrn Ha. und Frau Z. einen weiteren Geschäftsführer in der Person des Herrn D. gehabt hatte. Auch wenn dieser in § 5 Abs. 2 der Satzung zum Geschäftsführer bestellt worden war und selbst wenn man diese Bestimmung dahin sollte auslegen können – wie das Berufungsgericht erwogen hat –, daß bezüglich dieses Geschäftsführers eine Änderung der Vertretungsbefugnis durch den Beschluß vom 4.9.1990 nicht eingetreten wäre, konnte der Beklagte am 8.7.1991 die Abtretung schon deswegen allein vornehmen, weil Herr D. bereits am 5.7.1991 abberufen worden und diese Maßnahme sofort wirksam geworden war und nur der deklaratorischen Verlautbarung im Handelsregister bedurfte (vgl. Sen.Beschl. v. 9. Mai 1960 – II ZB 3/60, WM 1960, 902; *Lutter/Hommelhoff* a.a.O. § 39 Rdnr. 1 m.w.N.).

Da entgegen der Meinung des Berufungsgerichts die unter dem 8.7.1991 getroffene Abtretungsvereinbarung jedenfalls nicht an der fehlenden Alleinvertretungsbefugnis des Beklagten scheitert, spielt die von ihm erörterte Frage, ob der Beklagte diese Vereinbarung nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wirksam hat genehmigen können, zumindest im gegenwärtigen Stadium des Rechtsstreits keine Rolle. Vielmehr ist zunächst zu klären, ob – was bisher von dem Oberlandesgericht lediglich unterstellt worden ist – die Abtretung auch auf Seiten der P. von dem Beklagten unterzeichnet worden ist. Ferner hat das Berufungsgericht gegeb-

nenfalls zu prüfen, ob der abgetretene Anspruch überhaupt besteht. Damit diese tatsächlichen Feststellungen getroffen werden können, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

17. GmbHG §§ 29, 30 (*Verdeckte Vorteilsgewährung gegenüber verbundenem Unternehmen*)

Für die Frage, ob bei einer verdeckten Gewinnausschüttung im Rahmen eines Austauschvertrages die Leistung einer von dem begünstigten Gesellschafter beherrschten GmbH zufließen würde, ist auf den Gesellschafterbestand im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der GmbH aus dem Vertrag und nicht auf dessen Abschluß abzustellen.

BGH, Urteil vom 13.11.1995 – II ZR 113/94 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten für Planungsleistungen im Zusammenhang mit drei Bauvorhaben einen Betrag von 830.358,52 DM.

Gesellschafter der Klägerin waren bis 25.10.1991 Dr. A., Dr. R. und Dipl.-Ing. K. zu je 1/3. Im Oktober 1991 übertrugen Dr. A. und Dr. R. ihre Gesellschaftsanteile auf Dipl.-Ing. K. Dieser und Dr. R. waren bis zum 2.10.1992 Geschäftsführer der Klägerin; ab diesem Zeitpunkt übte Dipl.-Ing. K. dieses Amt allein aus. Gesellschafter der Beklagten waren je zur Hälfte Dr. A. und Dr. R., die gleichzeitig deren je alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer waren. Beide waren außerdem je zur Hälfte Gesellschafter weiterer Unternehmen, die – wie die Beklagte – zu einer gemeinsamen Gruppe gehörten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Kammergericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 301.824,64 DM zu zahlen, und das weitergehende Rechtsmittel zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 470.391,63 DM. Die Beklagte wollte mit ihrer Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Die Revision führte zur Zurückweisung an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat bezüglich der Bauobjekte V. und Kö. Straße ausgeführt, die entsprechenden Verträge seien nichtig, weil sie auf eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ gerichtet seien. Eine Vergütung für das Bauvorhaben F. könne die Klägerin nicht verlangen, weil die Auszahlung gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoße. Die Klägerin müsse sich dies jeweils entgegenhalten lassen, weil die beiden Gesellschafter der Beklagten, Dr. A. und Dr. R., zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge zu jeweils 1/3 an der Klägerin beteiligt gewesen seien. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Eine nach den Grundsätzen der §§ 30 ff. GmbHG zu behandelnde „verdeckte Gewinnausschüttung“ liegt in jeder außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung vorgenommenen Leistung der Gesellschaft aus ihrem Vermögen an einen ihrer Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Ob im Einzelfall ein normales Austauschgeschäft oder eine verdeckte Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen vorliegt, richtet sich danach, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu den glei-

chen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte, ob die Leistung also durch betriebliche Gründe gerechtfertigt war. Dieser Bewertungsmaßstab, der einen gewissen unternehmerischen Handlungsspielraum anerkennt, schließt die Berücksichtigung subjektiver Erwägungen der Geschäftsführer, die Leistung und Gegenleistung uzutreffenderweise für ausgeglichen halten, aus (vgl. Sen. Ur. v. 1.12.1986 – II ZR 306/85, ZIP 1987, 575, 576; v. 14.10.1985 – II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 29 Rdnr. 70).

Grundsätzlich führt eine verdeckte Ausschüttung dazu, daß der Gesellschafter, dem ungerechtfertigt finanzielle Vorteile zugeflossen sind, Rückzahlungs- oder Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist (vgl. allg. hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 29 Rdnr. 53; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 184; *Schulze-Osterloh*, FS *Stimpel* S. 487 ff.; *Hager*, ZGR 1989, 71 ff., 83 ff.; *Tries*, Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, 1991, S. 199 ff.; *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 1990, S. 164 f.). Anspruchsberechtigt ist sowohl die Gesellschaft (Nachw. b. *Lutter/Hommelhoff* und *Scholz/Emmerich*, jew. a.a.O.; vgl. noch *Winter*, ZHR 148, 579 ff., 580) als auch – in Ausnahmefällen – der übervorteilte Gesellschafter (BGHZ 65, 15, 18; *Winter* a.a.O., S. 580), wobei der Anspruch stets auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet ist (BGHZ 65, 15, 21). Hat die Gesellschaft die Leistung, in der eine verdeckte Ausschüttung zu sehen ist, noch nicht erbracht, steht ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zu (vgl. *Tries* a.a.O., S. 199 ff., 201 ff.; *Scholz/Emmerich* a.a.O., § 29 Rdnr. 184).

2. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht, das aus anderen Gründen eine Nichtigkeit der Verträge vom 10. Juni und 23. April 1991 angenommen hat, nicht verkannt. Seine Annahme, bei der Klägerin und der Beklagten handele es sich um verbundene Unternehmen, erweist sich jedoch als unzutreffend.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats muß sich ein Dritter in zwei Fällen die Auszahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenhalten lassen. Zunächst gilt dies für verdeckte Ausschüttungen an nahe Familienangehörige (vgl. etwa Sen. Ur. v. 16.12.1991). Ein solcher Fall liegt nicht vor. Um einer besonders naheliegenden Möglichkeit der Umgehung des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenzutreten, müssen sich Dritte eine verdeckte Ausschüttung auch dann unmittelbar zurechnen lassen, wenn sie gesellschaftsrechtlich mit der ausschüttenden Gesellschaft verbunden sind. Dies gilt vor allem für den Fall, daß an eine Gesellschaft ausgezahlt wird, an der ein Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist (Sen. Ur. v. 14.10.1985 – II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; v. 22.10.1990 – II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595). Hier ist stets (auch) der Dritte Schuldner des Rückgewähranspruches der ausschüttenden Gesellschaft (vgl. etwa Sen. Ur. v. 16.12.1991 [= DNotZ 1992, 727]). Soweit die Gesellschaft, die sich zur Ausschüttung verpflichtet hat, die ihr obliegende Leistung noch nicht erbracht hat, muß ihr deshalb auch gegenüber dem Dritten ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen.

b) Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um verbundene Unternehmen handelt, kann jedoch nicht auf die Verteilung der Geschäftsanteile zu der Zeit abgestellt werden, zu der die Verbindlichkeit begründet wird, sondern in der Regel nur auf den Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft tatsächlich in Anspruch genommen wird (vgl. Sen. Ur. v. 1.12.1986, NJW 1987, 1194, 1195; *Scholz/Emmerich* a.a.O., § 29 Rdnr. 171; *Döllerer* a.a.O., S. 101 f.). Der maßgebende Grund für die

Inanspruchnahme eines einem Gesellschafter persönlich oder gesellschaftsrechtlich nahestehenden Dritten ist es, eine ansonsten naheliegende Möglichkeit der Umgehung von § 30 Abs. 1 GmbHG zu verhindern. Diese Gefahr besteht nicht mehr, wenn kein Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft zur Zeit der Erfüllung der Verbindlichkeit an der den Vermögensvorteil empfangenden Gesellschaft beteiligt ist, da dann auch keine mittelbare „Auszahlung“ an einen Gesellschafter vorliegt.

So liegt der Fall hier. Zwar waren Dr. R. und Dr. A. zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge noch maßgeblich an der Klägerin beteiligt. Zum Zeitpunkt der Rechnungslegung und damit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Beklagten befanden sich hingegen alle Geschäftsanteile der Klägerin in der Hand von Dipl.-Ing. K., nachdem Dr. R. und Dr. A. ihre Anteile mit Wirkung zum 25. 10. 1991 an diesen veräußert hatten. Es kann offenbleiben, wie der Fall zu behandeln wäre, wenn die Veräußerung der Geschäftsanteile gerade dazu dienen soll, über einen – durch die verdeckte Ausschüttung erhöhten – Verkaufserlös den ungerechtfertigten Vermögensvorteil bei dem begünstigten Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft zu realisieren. Hierfür ergeben sich im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

Soweit die verdeckte Gewinnausschüttung nicht gegen § 30 GmbHG verstößt, kann sie sich als gleichheitswidriger Sondervorteil zugunsten einzelner Gesellschafter ohne Zustimmung des Benachteiligten darstellen (*Hachenburg/Goerdeler/Müller*, GmbHG, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 130; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 29 Rdnr. 50 f.; *Ulmer*, Festschrift „100 Jahre GmbHG“, 1992, 363, 366). Auch insoweit ist für die Frage, ob die verdeckte Ausschüttung einer mit dem begünstigten Gesellschafter verbundenen GmbH zugute kommen würde, auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der GmbH aus dem Vertrag und nicht auf dessen Abschluß abzuheben. Hätte die Beklagte unmittelbar nach ihrer Inanspruchnahme die vertraglich ausbedungene Gegenleistung erbracht, so hätte daraus keiner ihrer Gesellschafter über die Klägerin einen mittelbaren Sondervorteil erlangt, da in diesem Zeitpunkt – wie ausgeführt – Dr. R. und Dr. A. nicht mehr an der Klägerin beteiligt waren.

II. Neben den Grundsätzen über die verdeckte Ausschüttung greifen zum Schutz der Gesellschaft vor ungerechtfertigten Vermögensverfügungen auch die Rechtsgrundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ein (vgl. *Scholz/Emmerich* a. a. O., § 29 Rdnr. 187; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 949, 220 ff.; *Schulze-Osterloh*, FS *Stimpel*, S. 487 ff., 503; *Hager*, ZGR 1989, 71 ff., 98; *Tries* a. a. O., S. 77, 123 ff., 138). Grundsätzlich bleibt hier das Vertragsverhältnis der Gesellschaft mit dem Dritten von gesellschaftsinternen Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers unberührt (vgl. *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 29 Rdnr. 52). Sinn der im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist es gerade, Außenstehende von der Kontrolle zu entlasten, ob die Vorgehensweise des Geschäftsführers mit den Gesellschaftern abgestimmt ist (vgl. Sen.Urt. v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, NJW 1984, 1661, 1662). Die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht greifen erst dann ein, wenn der Vertragspartner der Gesellschaft weiß oder wenn es sich ihm aufdrängen mußte, daß der Geschäftsführer die Grenzen überschreitet, die seiner Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis zur Gesellschaft entzogen sind (Sen.Urt. v. 14.3.1988 [= DNotZ 1989, 19]). Eine solche Grenzüberschreitung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die

Vertragskonditionen beim Abschluß gegenseitiger Verträge für die Gesellschaft grob nachteilig sind (vgl. *Tries* a. a. O., S. 139) oder wenn die Bestimmung der Vergütung weitgehend dem Vertragspartner der Gesellschaft überlassen ist und eine effektive Kontrolle der Höhe der Vergütung der Gesellschaft nicht möglich ist (vgl. hierzu BGHZ 113, 315, 320).

Ein der Klägerin zurechenbarer (BGHZ 109, 327, 330 f.) Mißbrauch der Vertretungsmacht des Dr. R. läßt sich den bisherigen Ausführungen des Berufungsgerichts jedoch nicht entnehmen. (*Wird ausgeführt*).

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil hinsichtlich der Klageabweisung keinen Bestand haben. Auch die Anschlußrevision hat Erfolg, da nach den obigen Ausführungen nicht feststeht, daß die Klägerin mangels wirksamen Vertragsschlusses als Geschäftsführerin ohne Auftrag tätig war. Damit das Berufungsgericht die entsprechenden, noch fehlenden Feststellungen (ggfs. nach sachverständiger Beratung über die Angemessenheit der Honoraranprüche) treffen kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

18. GmbHG § 47; ZPO § 256 (*Klagemöglichkeit bzgl. eines nicht festgestellten Beschlusses einer GmbH-Gesellschafterversammlung*)

Hat der Leiter der Gesellschafterversammlung einer GmbH das rechtliche Beschlüßergebnis nicht festgestellt, weil die Gesellschafter sich über die Stimmberechtigung nicht einigen konnten, so kann auf Feststellung geklagt werden, daß der beantragte Beschluß gefaßt wurde (Bestätigung von BGHZ 76, 54).

BGH, Urteil vom 13.11.1995 – II ZR 288/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die beiden Kläger und ihre Schwester sind Gesellschafter der beiden verklagten Gesellschaften mit Geschäftsanteilen von je 8.000,- DM. Die weiteren Geschäftsanteile von 26.000,- DM halten die genannten Geschwister gemeinsam als Erben ihrer verstorbenen Mutter. In einem Erbauseinandersetzungsvertrag vom 23.12.1985 vereinbarten die Geschwister, diese Beteiligung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verwalten, deren Auseinandersetzung bis zum 31.12.1996 ausgeschlossen sein sollte. Mit der Geschäftsführung beauftragten sie bis zu diesem Zeitpunkt unwiderruflich ihren Vater, der in den Gesellschaftsverträgen der Beklagten auch zu deren Geschäftsführer bestellt war. Sie bevollmächtigten ihn auch, in Gesellschafterversammlungen der Beklagten das Stimmrecht aus dem gemeinsamen Geschäftsanteil auszuüben.

In der Folgezeit kam es zu tiefgreifenden Differenzen zwischen den Klägern und ihrem Vater, in deren Verlauf die Kläger auch Kündigungen der Verträge vom 23.12.1985 aussprachen. Bei einer Gesellschafterversammlung am 30.4.1993, an der die Kläger, ihre Schwester und ihr Vater teilnahmen, wurde über die Abberufung des Vaters als Geschäftsführer der Beklagten und die fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrages abgestimmt, wobei sich die Beteiligten jedoch nicht einig wurden, ob der Vater der Kläger mitstimmen durfte. Die Kläger stimmten für die Anträge, ihre Schwester und ihr Vater dagegen.

Die Kläger sind der Ansicht, ihr Vater habe keine Stimmrechtsvollmacht für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mehr besessen und er sei zudem von der Abstimmung über seine eigene Abberufung ausge-

geschlossen gewesen. Sie haben beantragt festzustellen, daß ihr Vater durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 30.4.1993 aus seiner Position als Geschäftsführer der Beklagten abberufen und sein Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt worden sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie als unzulässig abgewiesen. Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht den Klageantrag dahin ausgelegt, daß die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses über die Abberufung des Geschäftsführers und die Kündigung dessen Anstellungsvertrages festgestellt werden soll. Auch die Parteien verstehen den Klageantrag, wie sich aus ihren Erklärungen im Revisionsverfahren ergibt, in diesem Sinne.

2. Das Berufungsgericht hält die Feststellungsklage mangels Rechtsschutzinteresses für unzulässig, weil die Kläger den in der Gesellschafterversammlung vom 30.4.1993 gefaßten Beschluß im Wege der Anfechtungsklage hätten angreifen können und müssen. Seit der Bundesgerichtshof in BGHZ 97, 28 die Verbindung einer Anfechtungsklage mit einer positiven Beschlußfeststellungsklage auch für negative Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH zugelassen habe, bestehe „kein Bedarf mehr“, die Anfechtungsklage nur dann zuzulassen, wenn ein Gesellschafterbeschluß festgestellt sei. Da die Wirksamkeit des Beschlusses nicht von einer solchen Feststellung abhängt, müsse auch in diesem Fall eine (befristete) Anfechtungsklage, verbunden mit einer positiven Feststellungsklage, erhoben werden.

3. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen. Den Klägern kann es nicht verwehrt werden, im Wege der Feststellungsklage klären zu lassen, ob der nicht inhaltlich festgestellte Gesellschafterbeschluß vom 30.4.1993 wirksam zustande gekommen ist.

a) Die vom Berufungsgericht vertretene gegenteilige Ansicht läßt sich, wie dieses nicht verkannt hat, aus der bisherigen Rechtsprechung des Senats nicht ableiten. Der Senat hat vielmehr in BGHZ 76, 154, 156 entschieden, daß dann, wenn der Leiter der Gesellschafterversammlung das rechtliche Beschlußergebnis nicht festgestellt, sondern nur das tatsächliche Abstimmungsverhältnis zu Protokoll gegeben hat, eine Klage nach § 256 ZPO der richtige Weg ist, um eine verbindliche Feststellung des Beschlußergebnisses herbeizuführen. Die späteren Entscheidungen des Senats (vgl. neben dem vom Berufungsgericht herangezogenen Urteil BGHZ 97, 28 auch BGHZ 104, 66) beziehen sich auf Fälle, in denen das Beschlußergebnis vom Versammlungsleiter festgestellt worden ist. Die dort entwickelten Grundsätze lassen sich auf die Fälle, in denen es an einer solchen Feststellung fehlt, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht übertragen.

Wie der Senat bereits in BGHZ 76, 154, 156 dargelegt hat, kann der Kläger bei einer solchen Sachlage schon deswegen nicht auf die Erhebung einer Anfechtungsklage verwiesen werden, weil er gerade die Ansicht vertritt, die Gesellschafterversammlung habe wirksam im Sinne der von ihm gestellten Anträge beschlossen. Da ein Beschlußergebnis nicht festgestellt wurde, ist nichts vorhanden, wogegen sich die Anfechtungsklage richten könnte. Es geht vielmehr um die zwischen den Parteien streitige Frage, ob ein Beschluß eines bestimmten Inhalts überhaupt gefaßt wurde. Über diese Frage muß, nachdem der Versammlungsleiter sie nicht entschieden hat, eine gerichtliche Entscheidung im Wege der Feststellungsklage herbeigeführt werden können (ebenso *Scholz/*

K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl., § 45 Rdnr. 98, 50 f.; Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 251; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 15. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 66).

b) Dem steht die Erwägung des Berufungsgerichts nicht entgegen, die Zulassung einer solchen Feststellungsklage stehe im Widerspruch zu der Rechtsprechung, nach der die Anfechtungsklage auch bei der GmbH einer am Leitbild des § 246 Abs. 1 AktG orientierten Befristung unterworfen sei (vgl. BGHZ 104, 66, 70; 111, 224); es sei kein vertretbarer Grund dafür zu erkennen, daß einem Gesellschafter, der Bedenken gegen die Wirksamkeit eines Beschlusses schon in der Gesellschafterversammlung äußert, im Wege der allgemeinen Feststellungsklage praktisch die Möglichkeit unbefristeter gerichtlicher Überprüfung eingeräumt wird, während der Gesellschafter, dem sich solche Bedenken erst später erschließen, auf die befristete Anfechtungsklage angewiesen ist. Diese Vergleichsbetrachtung übersieht den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Fällen, der darin besteht, daß im letzteren Fall ein festgestellter Beschluß existiert, dem zumindest eine vorläufige Verbindlichkeit zukommt, während in Fällen der vorliegenden Art mangels einer solchen Feststellung gerade in der Schwebe gelassen wurde, ob ein Beschluß bestimmten Inhalts überhaupt gefaßt wurde; hier kann also auch keine vorläufige Verbindlichkeit eintreten (ebenso *Hachenburg/Raiser a. a. O. Rdnr. 90 f.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 41).*

Daran ändert auch die Feststellung des Berufungsgerichts nichts, im vorliegenden Fall habe sich allen anwesenden Gesellschaftern „unmittelbar erschlossen“, daß der Antrag infolge der Nein-Stimmen der Schwester und des Vaters der Kläger abgelehnt war. Dies ist nur in bezug auf das tatsächliche Stimmenverhältnis richtig, nicht – worauf es entscheidend ankommt – in bezug auf das rechtliche Beschlußergebnis (BGHZ 76, 154, 156; *Baumbach/Hueck/Zöllner a. a. O. Rdnr. 64*). Es kann deshalb dahinstehen, ob die Rechtslage dann derjenigen bei getroffener Beschlußfeststellung gleichzuerachten ist, wenn die Gesellschafter auch ohne ausdrückliche Feststellung am Ende der Gesellschafterversammlung von einem bestimmten Beschlußergebnis übereinstimmend ausgegangen sind (so *Hachenburg/Raiser a. a. O. Rdnr. 96; Lutter/Hommelhoff a. a. O.; Baumbach/Hueck/Zöllner a. a. O. Rdnr. 65*).

Nach Ansicht des Senats würde der Rechtsschutz eines Gesellschafters ungerechtfertigt eingeschränkt, wenn ihm verwehrt würde, gerichtlich feststellen zu lassen, daß ein von ihm beantragter Beschluß bei rechtlich zutreffender Bewertung des Abstimmungsergebnisses entgegen dem Bestreiten anderer Gesellschafter zustande gekommen ist. Von der rechtzeitigen Erhebung einer Anfechtungsklage gegen den nach eigenem Vorbringen gar nicht zustande gekommenen und auch nicht durch Verkündung und Protokollierung dokumentierten Ablehnungsbeschluß kann dieser Rechtsschutz nicht abhängig gemacht werden. Da ein derart umstrittener Beschluß nicht in gleicher Weise einen Vertrauenstatbestand schafft wie ein festgestelltes Beschlußergebnis, besteht keine Notwendigkeit, diese Rechtsschutzmöglichkeit derselben zeitlichen Begrenzung zu unterwerfen wie eine Anfechtungsklage. Auch die Feststellungsklage wird der interessierte Gesellschafter, um sich nicht dem Verwirkungseinwand oder dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens auszusetzen, im übrigen zeitnah erheben müssen (*Hachenburg/Raiser a. a. O. Rdnr. 255; Baumbach/Hueck/Zöllner a. a. O. Rdnr. 90 b*).

19. BGB § 29, GmbHG § 35 (*Bestellung eines Notgeschäftsführers bei der GmbH*)

Ein dringender Fall für die Bestellung eines Notgeschäftsführers liegt nicht vor, wenn anzunehmen ist, daß die Gesellschafter in der Lage sind, rechtzeitig einen Geschäftsführer zu bestellen.

BayObLG, Beschluß vom 28.9.1995 – 3 Z BR 225/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

20. BGB § 2197; HGB §§ 8, 177 (*Keine Eintragung der Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Handelsregister*)

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung betreffend ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft ist nicht im Handelsregister eintragungsfähig. Das gilt auch, soweit für einen Kommanditanteil Dauervollstreckung angeordnet ist.

Kammergericht, Beschluß vom 4.7.1995 – 1 W 5374/92 –

Aus dem Tatbestand:

Die im Handelsregister einer Kommanditgesellschaft als Kommandistin eingetragene Frau G. ist verstorben und von zwei Neffen testamentarisch beerbt worden. Sie hat Dauertestamentsvollstreckung näher bezeichneten Inhalts angeordnet, die sich auch auf den Kommanditanteil beziehen soll, und den Beteiligten zu 1. zum Testamentsvollstrecker ernannt. Dieser hat die Rechtsnachfolge und den Eintritt der Erben als Kommanditisten zum Handelsregister angemeldet und beantragt, diese Tatsachen nur in Verbindung mit einem Testamentsvollstreckervermerk im Handelsregister einzutragen. Der Beteiligte zu 2. hat sich als persönlich haftender Gesellschafter und Bevollmächtigter aller weiteren Kommanditisten der Anmeldung angeschlossen. Der Rechtspfleger des Registergerichts hat die Anmeldung auf Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks zurückgewiesen, weil ein solcher Vermerk nicht im Handelsregister eintragungsfähig sei. Die dagegen eingelegte und als Beschwerde vorgelegte Erinnerung hat das Landgericht aus eben diesen Gründen zurückgewiesen (veröffentlicht u. a. in *Rpfleger* 1993, 25). Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1., die erfolglos blieb.

Aus den Gründen:

Es ist umstritten, ob dann, wenn sich eine Testamentsvollstreckung, was nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich zulässig ist (vgl. *BGHZ* 108, 187 [= *MittBayNot* 1989, 323 = *DNotZ* 1990, 183]; ebenso Senat *OLGZ* 1991, 261), auf einen Kommanditanteil erstreckt, mit der Eintragung der Erben des Kommanditisten im Handelsregister zugleich ein Testamentsvollstreckervermerk einzutragen ist (bejahend: *Ulmer NJW* 1990, 73/82; *Mayer ZIP* 1990, 976/978 f.; *Reimann, DNotZ* 1990, 190/194; *Rowedder, EWiR* 1989, 991; *Heymann/Horn, HGB*, § 162 Rdnr. 11; *Schlegelberger/Karsten Schmidt, HGB*, 5. Aufl., § 177 Rdnr. 34; *Palandt/Edenhofer, BGB*, 54. Aufl., Einf. v. § 2197 Rdnr. 11; offengelassen bei *BGHZ* 108, 187/190 [= *MittBayNot* 1989, 323 = *DNotZ* 1990, 183] und Senat *OLGZ* 1991, 261/268). Der Senat schließt sich der auch von den Vorinstanzen vertretenen Ansicht an, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung für ein zum Nachlaß gehörendes Handelsgeschäft im Handelsregister nicht eintragungsfähig ist (ebenso allgemein *RGZ* 132, 138; vgl. auch *Schlegelberger/Hildebrandt, HGB*, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 17; *Heymann/*

Sonnenschein, HGB, § 8 Rdnr. 16), und daß dies auch dann gilt, wenn die Testamentsvollstreckung einen Kommanditanteil betrifft (*Damrau, BWNNotZ* 1990, 69/70 und in: *Soergel/Damrau, BGB*, 12. Aufl., § 2205 Rdnr. 44; *Staub/Schilling, HGB*, 4. Aufl., § 177 Rdnr. 20).

Auszugehen ist von dem Grundsatz, daß im Handelsregister nur solche Tatsachen und Rechtsverhältnisse eintragungsfähig sind, deren Eintragung das Gesetz zuläßt (*RG*, a. a. O.; *KG DR* 1943, 981/982; *Baumbach/Hopt, HGB*, 29. Aufl., § 8 Rdnr. 5; *Heymann/Sonnenschein, HGB*, § 8 Rdnr. 11; *Schlegelberger/Hildebrandt, a. a. O.*), das Handelsregister also dazu bestimmt ist, ein lückenloses Bild der Verhältnisse einer eingetragenen Firma und ihrer Inhaberschaft zu geben (vgl. *RG*, a. a. O.). Darüber hinaus ist mit Recht anerkannt, daß auch die Eintragung nicht vom Gesetz als eintragungsfähig bestimmter oder zugelassener Tatsachen und Rechtsverhältnisse grundsätzlich in Betracht kommt (vgl. auch *RG*, a. a. O.). Sie ist dann zulässig, wenn dafür unter Berücksichtigung des Zwecks des Handelsregisters, die eingetragenen Rechtsverhältnisse zutreffend wiederzugeben und die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu gewährleisten, ein dringendes Bedürfnis besteht (*KG*, a. a. O.; vgl. auch *BGH, GmbHR* 1992, 253/256; *Baumbach/Hopt*, a. a. O.; *Heymann/Sonnenschein*, a. a. O. Rdnr. 14 f.; *Staub/Hüffer, HGB*, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 31 ff.). Ein solches Bedürfnis ist etwa anzunehmen, soweit die Eintragung bestimmter Rechtsverhältnisse im Wege der Rechtsfortbildung als konstitutiv angesehen wird (vgl. *BGHZ* 87, 59 [= *MittBayNot* 1983, 135 = *DNotZ* 1983, 633] für die Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH von dem Verbot des Selbstkontrahierens; *BGHZ* 105, 324 [= *MittBayNot* 1989, 33 = *DNotZ* 1989, 102] und *GmbHR* 1992, 253/256 für die Eintragung eines Unternehmensvertrages in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft). Im übrigen ist jedoch mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts bei der Zulassung gesetzlich nicht geregelter Eintragungen Zurückhaltung geboten (vgl. *BGH, GmbHR* 1992, 253/256).

Unter Beachtung dieser Grundsätze besteht keine ausreichende rechtliche Grundlage für die im Gesetz nicht vorgesehene Eintragung der ein Handelsgeschäft betreffenden Testamentsvollstreckung im Handelsregister, wovon auch im Falle eines Kommanditanteils keine Ausnahme zu machen ist.

Das Reichsgericht hat die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung betreffend eine zum Nachlaß gehörende Einzelfirma in erster Linie deshalb abgelehnt, weil der Rechtscharakter der Testamentsvollstreckung, die unterschiedlichste Inhalte haben könne, nicht auf die Bedürfnisse des kaufmännischen und des Handelsverkehrs zugeschnitten und insoweit nicht zur Eintragung im Handelsregister geeignet sei; wenn angesichts dessen das Gesetz zur Eintragungsfähigkeit schweige, so sei von vornherein der Schluß nahe liegend, daß die Testamentsvollstreckung ebensowenig im Handelsregister eintragungsfähig sei wie andere, sogar gesetzlich typisierte Beschränkungen wirksamer Handlungsbefugnis (vgl. im einzelnen *RGZ* 132, 138/141 ff.). Dem ist zuzustimmen. Es ist auch weder allgemein noch für die Testamentsvollstreckung betreffend einen Kommanditanteil ein rechtlich zwingendes Bedürfnis dafür ersichtlich, die Testamentsvollstreckung trotz der aufgezeigten Bedenken im Handelsregister zu vermerken. Eine solche Verlautbarung ist insbesondere in bezug auf einen Kommanditanteil nicht zum Schutz des Rechtsverkehrs oder zu einer den Zwecken des Handelsregisters entsprechenden Information der Öffentlichkeit dringend geboten.

Mit Recht weist das Landgericht insbesondere darauf hin, daß das Handelsregister über die Befugnisse des Kommanditisten, über seinen Anteil zu verfügen, nichts aussagt. Die Kommanditisten als Mitgesellschafter erscheinen nur zum Zwecke der Darlegung der Haftungs- und Vertretungsverhältnisse im Handelsregister (vgl. auch *Damrau*, BWNotZ 1990, 69 m. w. N.). Dritte können von der Eintragung des Kommanditisten keine Aussagen über etwaige Beschränkungen seiner Verfügungsbefugnis erwarten. Insoweit weist *Damrau* (a. a. O.) zutreffend darauf hin, daß solche Beschränkungen einschließlich der Testamentsvollstreckung Auswirkungen nur auf das Verhältnis des Gesellschafters gegenüber Dritten haben können, nicht aber auf das Verhältnis der Gesellschaft Dritten gegenüber. Der Bundesgerichtshof ist in seiner grundlegenden Entscheidung zur Frage, ob ein Kommanditanteil in eine Dauertestamentsvollstreckung einbezogen werden kann, ersichtlich davon ausgegangen, daß diese Frage das Innenverhältnis der Gesellschaft betrifft; denn die Einbeziehung soll nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich sein (vgl. BGHZ 108, 187/191 [= MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183]). Die Handelsregistereintragungen sollen indessen allein die Verhältnisse der Gesellschaft nach außen wiedergeben und nicht ihr Innenverhältnis oder die Verhältnisse der Gesellschafter nach außen, was auch für etwaige Verfügungsbeschränkungen der Gesellschafter in bezug auf ihren Anteil gilt. Insoweit kommen auch andere Verfügungsbeschränkungen mannigfaltiger Art in Betracht, ohne daß über die Eintragung eines Testamentsvollstreckungsvermerks hinaus weitergehende Eintragungen von Verfügungsbeschränkungen überhaupt nur erwogen werden (vgl. insoweit auch RGZ 132, S. 143).

Die Argumente der Gegenauffassung, die im Anschluß an die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 108, 187 [= MittBayNot 1989, 323 = DNotZ 1990, 183]) zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Erstreckung der Testamentsvollstreckung auf einen Kommanditanteil aufgekommen ist, überzeugen demgegenüber nicht. Aus der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs läßt sich nichts für die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung im Handelsregister herleiten. Aus ihr folgt allein, daß die Ablehnung der Eintragung entgegen früherer, insoweit überholter Auffassung (vgl. z. B. OLG Frankfurt NJW 1983, 1806) nicht mehr schon darauf gestützt werden kann, ein Kommanditanteil könne von vornherein nicht in eine Testamentsvollstreckung einbezogen werden. Entgegen dem Hinweis von *Reimann* (DNotZ 1990, 190/194) ist die Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 132, 138), der sich der Senat anschließt, nicht auf der Grundlage der früheren Rechtsauffassung zur Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil ergangen, was schon daraus folgt, daß sie nicht einen Kommanditanteil, sondern eine Einzelfirma betrifft. Es besteht daher kein Anlaß, von ihr mit Rücksicht auf BGHZ 108, 187 abzuweichen. Im übrigen hat es der Bundesgerichtshof als entscheidend für die Zulässigkeit der Einbeziehung eines Kommanditanteils in eine Dauertestamentsvollstreckung angesehen, ob sie mit der Ausgestaltung der Rechtsstellung eines Kommanditisten vereinbar ist; er hat diese Frage bejaht und dazu ausgeführt, daß die Haftungsverhältnisse in bezug auf den Kommanditanteil durch die angeordnete Testamentsvollstreckung im wesentlichen nicht berührt werden (BGHZ 108, 187/195 f.). Da der Kommanditist wegen der Haftungsverhältnisse der Kommanditengesellschaft im Handelsregister verlaublich wird, ist nicht ersichtlich, weshalb im Informationsinteresse des Rechtsverkehrs, das sich nur auf die Verhältnisse der Gesellschaft bezieht, die lediglich die Verhältnisse des Kommanditisten be-

treffende Testamentsvollstreckung beim Kommanditanteil zu vermerken sein soll. Jedenfalls ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs kein rechtserhebliches Bedürfnis, die Testamentsvollstreckung nunmehr auch im Handelsregister zu vermerken, wie teilweise argumentiert wird.

Soweit die Eintragungsfähigkeit auf die Publizitätsfunktion des Handelsregisters gestützt und dabei an sonst in Betracht kommenden Gutgläubenserwerb aufgrund Verfügung des Erben (§ 2211 Abs. 2 BGB) gedacht wird (vgl. *Ulmer*, NJW 1990, 73/82; *Heymann/Horn*, HGB, § 163 Rdnr. 11), bleibt unberücksichtigt, daß sich die Publizitätsfunktion des Handelsregisters auf die Verhältnisse der in ihm eingetragenen Gesellschaft beschränkt (vgl. *Damrau*, BWNotZ 1990, 69/70), und dazu nicht etwaige Verfügungsbeschränkungen der Gesellschafter im Außenverhältnis gehören. Soweit darauf abgestellt wird, aufgrund der Kompetenz des Testamentsvollstreckers zur Vornahme oder zur Mitwirkung bei Handelsregisteranmeldungen und aufgrund seiner materiellen Entscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten der Gesellschaft bestehe ein erhebliches und auch berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs an einer Offenlegung der Rechtsverhältnisse (*Mayer* ZIP 1990, 976/978), vermag dies ebenfalls kein dringendes Bedürfnis für die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister zu rechtfertigen. Die Verlagerung der Anmeldepflicht auf den Testamentsvollstreckter ist zwar für das Handelsregisterv Verfahren von Bedeutung, nicht aber für den Rechtsverkehr, der sich durch Einsichtnahme in das Handelsregister nicht über die Verhältnisse der Gesellschafter, sondern über die Verhältnisse der Gesellschaft informieren können soll, zu denen etwaige Verfügungsbeschränkungen des Gesellschafters nicht gehören. Jedenfalls ein Kommanditist hat schließlich auch sonst keine auf den Testamentsvollstreckter verlagerten Entscheidungsbefugnisse, die für das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten Bedeutung haben könnten, worauf es für die Publizitätsfunktion des Handelsregisters allein ankäme. Gleiches gilt, soweit darauf abgestellt wird (vgl. *Reimann*, DNotZ 1990, 190/194), aus der Testamentsvollstreckung ergäben sich dinglich wirkende Beschränkungen der Rechtsmacht des Kommanditisten mit Außenwirkung, so etwa gemäß § 2212 BGB für Aktivprozesse und gemäß § 2214 BGB für den Zugriff von Eigengläubigern des Erben auf die Beteiligung. Auch insoweit geht es allein um die Verhältnisse des Kommanditisten gegenüber Dritten, die nicht Gegenstand der Publizität des Handelsregisters betreffend eine Kommanditgesellschaft sind.

Anmerkung:

Der Beschluß des Kammergerichts Berlin berührt den Problembereich der Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen.

Bis zum Jahre 1989 war die Frage, ob ein Kommanditanteil durch den Testamentsvollstreckter verwaltet werden kann, heftig umstritten. Im Beschluß vom 03.07.1989 hat der BGH die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil erstmals grundsätzlich anerkannt.¹ Der Meinungsstreit setzt sich jedoch bezüglich Detailfragen weiterhin fort.² Dies gilt auch in bezug auf das Registerrecht. Anerkannt

¹ Vgl. BGH, NJW 89, 3152 ff; NJW 95, 2552.

² Vgl. hierzu allgemein *Weidlich*, ZEV 94, 205 ff; *Mayer*, in: *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Kapitel, Rdnr. 194 ff; *Haegle/Winkler*, Der Testamentsvollstreckter nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 13. Auflage, Rdnr. 333 ff.

ist, daß der Testamentsvollstrecker aufgrund seiner Verwaltungsbefugnis die dem Registergericht gegenüber zu erfüllenden Anmeldepflichten vorzunehmen hat. Ob dem Gesellschaftererben in gewissen Ausnahmefällen, insbesondere wenn eine persönliche Haftung droht, ein eigenes Anmelde-recht zuzubilligen ist³, und ob in das Handelsregister ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen werden kann, hat der BGH im Beschluß vom 03.07.1989 ausdrücklich offen gelassen.⁴ Mit der letzteren Problematik befaßt sich die vorliegende Entscheidung. Bis 1989 wurde die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks bereits überwiegend mit dem Hinweis auf die Unzulässigkeit einer echten Testamentsvollstreckerlösung verneint.⁵ Aufgrund des Beschlusses vom 03.07.1989 hat das neuere Schrifttum die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks dagegen zunehmend bejaht.⁶

Das Kammergericht Berlin schließt sich in der vorliegenden Entscheidung mit Rücksicht auf Sinn und Zweck der in das Handelsregister vorzunehmenden Eintragungen dieser Auffassung nicht an. Mißverständlich erscheint allerdings der Hinweis, die Anordnung der Testamentsvollstreckung betreffe wegen der notwendigen Zustimmung der überlebenden Gesellschafter nur das Innenverhältnis der Gesellschafter. Das Zustimmungserfordernis ergibt sich aus dem Grundsatz der Individualbezogenheit der Gesellschaft, wonach kein Gesellschafter es gegen seinen Willen hinnehmen muß, daß ihm eine dritte Person als Mitgesellschafter oder in einer sonstigen zur Mitsprache berechtigten Funktion aufgedrängt wird⁷. Ebenso wie ein Gesellschafterwechsel das Außenverhältnis der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter zu den Gesellschaftsgläubigern berührt, gilt dies wegen der §§ 2211 ff. BGB auch für die Anordnung der Testamentsvollstreckung. Der vorgenannte Gesichtspunkt ist jedoch für das Ergebnis des Kammergerichts Berlin nicht ausschlaggebend. Nach Ansicht des Gerichts erfolgt die Eintragung der Kommanditisten in das Handelsregisters nur deshalb, um über die Verhältnisse der Gesellschaft in vertretungs- und haftungsrechtlicher Hinsicht Auskunft zu geben. Über Tatsachen, die nur das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen oder über Umstände in der Person einzelner Gesellschafter habe das Handelsregister dagegen nicht zu informieren.

Von diesem Standpunkt aus erscheint es unter Berücksichtigung der gebotenen Zurückhaltung bei der Zulassung gesetzlich nicht geregelter Eintragungen konsequent, die Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks zu verneinen. Die Haftungsverhältnisse werden durch eine in bezug auf den Kommanditanteil angeordnete Testamentsvollstreckung nicht berührt. Nach § 170 HGB ist der Kommanditist zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt. Eine organschaftliche Vertretungsbefugnis kann ihm auch durch den Gesellschaftsvertrag nicht eingeräumt werden.⁸ Soll

der Kommanditist für die Gesellschaft als Vertreter tätig werden, verbleibt nur die Möglichkeit, diesem entweder eine Generalvollmacht oder Prokura zu erteilen. Waren dem Erblasserkommanditisten derartige Rechte eingeräumt, so handelt es sich regelmäßig um höchstpersönliche Rechte, die nicht auf den Gesellschaftererben übergehen sollen und daher auch nicht von der Testamentsvollstreckung umfaßt werden können.⁹ Handlungen des Testamentsvollstreckers sind haftungsrechtlich nur dann von Bedeutung, wenn dieser sich ganz oder teilweise die Hafteinlage auszahlen läßt bzw. Gewinne entnimmt und der Kapitalanteil dadurch unter den Betrag der geleisteten Einlage sinkt oder durch Verluste bereits darunter liegt. Die dabei gemäß § 172 IV HGB entstehende Haftung des Kommanditistenerben mit seinem Privatvermögen¹⁰ spielt jedoch für die Eintragung in das Handelsregister ebensowenig eine Rolle, wie Zahlungen oder Entnahmen, die an den Kommanditistenerben direkt erfolgen. Auch die Tatsache, daß der Testamentsvollstrecker bei den gegenüber dem Registergericht vorzunehmenden Handelsregisteranmeldungen mitwirken muß, kann vom Standpunkt des Kammergerichts Berlin aus zu keiner anderen Betrachtungsweise führen. Bei Registeranmeldungen handelt es sich um reine Verfahrenshandlungen, die für den Rechtsverkehr mit Dritten ohne Bedeutung sind. Dies wird insbesondere daraus ersichtlich, daß Mängel der Anmeldung die Wirksamkeit einer Eintragung nicht berühren.¹¹ Erfolgt etwa eine Anmeldung ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers, so wird dieser Mangel durch die Eintragung geheilt.

Beschränkt man die Funktion des Handelsregisters auf die Offenlegung der Verhältnisse der Gesellschaft, so läßt sich auch aufgrund der dinglich wirkenden Beschränkungen der Rechtsmacht des Kommanditistenerben, die sich gemäß den §§ 2211 ff. BGB ergeben, die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks nicht rechtfertigen. Es kann allerdings nicht verkannt werden, daß aufgrund der seit Einführung des Handelsregisters fortschreitenden handels- und gesellschaftsrechtlichen Entwicklung das Informationsinteresse in bezug auf die Verhältnisse der Gesellschafter gestiegen ist und die Bedeutung von Verfügungsbeschränkungen zugenommen hat. Letztendlich kann sich die Diskussion auch nicht auf die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks beschränken, sondern es ist zu fragen, inwieweit das Handelsregister auch für die Eintragung anderweitiger Verfügungsbeschränkungen eines Gesellschafters, die sich z. B. wegen des Konkurses eines Gesellschafters oder der Bestellung eines Nießbrauches an einem Gesellschaftsanteil ergeben, geöffnet werden kann.¹² Aus der Sicht der Praxis wäre dies sicherlich zu begrüßen. Eine Überfrachtung und daraus resultierende Unübersichtlichkeit des Handelsregisters dürfte allein deshalb nicht zu befürchten sein.

Folgt man dagegen der engen Auffassung des Kammergerichts Berlin, so stellt sich die Frage, ob das für das Gericht ausschlaggebende Merkmal der haftungs- bzw. vertretungsrechtlichen Relevanz bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Bereich des Einzelunternehmens oder bei

³ Mayer, ZIP 90, 978; Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, S. 89 f. A.M. Ulmer, NJW 90, 82.

⁴ BGH, NJW 89, 3153.

⁵ OLG Frankfurt, NJW 83, 1806; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 319 Fn. 1.

⁶ Vgl. Ulmer, NJW 90, 82; Reimann, DNotZ 90, 194; Mayer, ZIP 90, 978 f.; ders., a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 212; Klein, DStR 92, 328. A.M. Damrau, BWNNotZ 90, 69 f.

⁷ Vgl. BGHZ 68, 241; BGH, NJW 85, 1954; NJW 89, 3153.

⁸ BGHZ 36, 295; 51, 20.

⁹ Vgl. Ulmer, NJW 90, 76; Reimann, DNotZ 90, 192 f.; Mayer, ZIP 90, 977; Brandner, in: FS für Alfred Kellermann 1991, 43 f.

¹⁰ Vgl. BGH, NJW 89, 3155; Weidlich, ZEV 94, 207. A.M. Ulmer, ZHR 146, 566 f.

¹¹ Vgl. Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 29. Auflage, § 108 Rdnr. 4.

¹² So bereits Schaub, ZEV 94, 78. Vgl. auch Staub/Ulmer, Großkomm. z. HGB, 4. Auflage, § 106 Rdnr. 17.

einem OHG-Anteil eine Rolle spielen kann. Bezüglich des Einzelunternehmens wird die Testamentsvollstreckung bisher überwiegend für unzulässig gehalten und nur über die Ersatzlösungen der Treuhand bzw. Vollmachtlösung bejaht.¹³ Bei der Treuhandlösung erübrigt sich die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks, da der Testamentsvollstrecker selbst Inhaber des Einzelunternehmens ist und auch als solcher eingetragen wird.¹⁴ Bei der Vollmachtlösung führt der Testamentsvollstrecker das Unternehmen im Namen des Erben als dessen Bevollmächtigter und handelt daher aufgrund der vom Erben erteilten Vollmacht, so daß auch in diesem Fall die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks vom Standpunkt des Kammergerichts Berlin aus nicht veranlaßt wäre.¹⁵

Hinsichtlich eines OHG-Anteils hält die wohl noch h. M. die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung über die sog. Außenseite des Geschäftsanteils hinaus ebenfalls nur unter Zuhilfenahme der Treuhand- bzw. Vollmachtlösung für möglich.¹⁶ Eine vermittelnde Ansicht bejaht eine unmittelbare Testamentsvollstreckerlösung, wenn dem Gesellschaftererben die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen ist.¹⁷ In haftungs- und vertretungsrechtlicher Hinsicht ergibt sich dabei allerdings kein Unterschied zur Kommanditgesellschaft. Hält man die Testamentsvollstreckung an einem OHG-Anteil dagegen allgemein für zulässig¹⁸ oder bejaht sie bei Vorliegen einer Zustimmung des Erben, ohne dabei zugleich auf die Konstruktion der Vollmacht- bzw. Treuhandlösung zurückzugreifen¹⁹, so ist der Testamentsvollstrecker zur Ausübung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis berechtigt. In diesem Fall wäre eine vertretungsrechtliche Relevanz gegeben und die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in jedem Fall zu befürworten.

Notar Dr. Dietmar Weidlich, Wassertrüdingen

¹³ Vgl. Mayer, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 119 ff; Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 297 ff.

¹⁴ Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Auflage, Rdnr. 196; Schaub, ZEV 94, 72.

¹⁵ A.M. LG Konstanz, NJW-RR, 90, 716.

¹⁶ Vgl. hierzu Haegele/Winkler, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 349 ff; Mayer, a.a.O. (Fn. 2), Rdnr. 166 ff.

¹⁷ Bommer, BB 84, 182; Weidlich, ZEV 94, 207; Ermann/Hense-Schmidt, 9. Auflage, § 2205 Rdnr. 29.

¹⁸ Marotzke, JZ 86, 462 f; Schlegelberger/K.Schmidt, Komm. z. HGB, 5. Auflage, § 139, Rdnr. 51.

¹⁹ Vgl. etwa Weidlich, MittBayNot 96 (in diesem Heft S. 1) für den Fall der Umwandlung einer GmbH in eine OHG.

Kostenrecht

21. KostO §§ 39, 44, 30, 36 (*Übertragung eines Geschäftsanteils nach Aufhebung eines Treuhandverhältnisses am Anteil*)

Wird ein GmbH-Anteil an den Treugeber dieses Anteils nach Aufhebung des Treuhandverhältnisses abgetreten, so ist die Vereinbarung über die Aufhebung des Treuhandverhältnisses werterhöhend zu berücksichtigen. Nach § 36 Abs. 2 KostO fällt aus dem so ermittelten Wert eine ²⁰/₁₀-Gebühr an.

LG München I, Beschluß vom 28.3.1995 – 13 T 8180/84 –

Aus dem Tatbestand:

Der Notar beurkundete am 03.11.1993 den Verkauf und die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH durch die X-AG (nachfolgend AG) an den Beschwerdeführer und den Beteiligten zu 2) unter Auflösung des für den Beschwerdeführer bestehenden Treuhandverhältnisses.

Bei Abschluß des Vertrages hielt die AG alle Geschäftsanteile des insgesamt 100.000,00 DM betragenden Stammkapitals der GmbH: Geschäftsanteile in Höhe von 50.000,00 DM hatte die AG bei Gründung der GmbH übernommen, in Höhe von 1.000,00 DM vom Beschwerdeführer durch Vertrag vom 22.04.1991, weitere Geschäftsanteile in Höhe von 49.000,00 DM hielt die AG aufgrund des Vertrages vom 22.04.1991 treuhänderisch für den Beschwerdeführer.

In der Urkunde vom 03.11.1993 wurde vereinbart, daß von dem oben genannten Geschäftsanteil von 50.000,00 DM Anteile im Nennbetrag von 30.000,00 DM an den Beteiligten zu 2) verkauft und übertragen werden, Anteile im Nennbetrag von 20.000,00 DM an den Beschwerdeführer.

Das Treuhandverhältnis zugunsten des Beschwerdeführers wurde aufgelöst und die entsprechenden Geschäftsanteile im Nennbetrag von 49.000,00 DM an den Beschwerdeführer abgetreten.

Desweiteren wurde bestimmt, daß der verbleibende Geschäftsanteil im Nennbetrag von 1.000,00 DM „in Erfüllung eines hiermit gleichzeitig abgeschlossenen Kaufvertrags“ an den Beschwerdeführer abgetreten wird.

Der Kaufpreis für die vom Beschwerdeführer erworbenen Geschäftsanteile im Nennbetrag von 20.000,00 DM und von 1.000,00 DM wurde mit 1.894.177,00 DM festgelegt. Der Kaufpreis für den Anteil des Beteiligten zu 2) im Nennbetrag von 30.000,00 DM wurde mit 2.706.000,00 DM vereinbart.

Für seine Tätigkeit erstellte der Notar am 03.11.1993 eine Kostenrechnung über 31.431,80 DM. Ausgehend von einem Kaufpreis in Höhe von 4.600.177,00 DM für 51% des Stammkapitals bewertete er die Auflösung des Treuhandverhältnisses und die Übertragung der Geschäftsanteile von 49% mit 4.419.800,00 DM. Aus dem Gesamtwert in Höhe von 9.019.977,00 DM berechnete er eine ²⁰/₁₀ Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO. Am 26.04.1994 berichtigte er diese Kostenberechnung und stellte dem Beschwerdeführer 70% des Gesamtbetrages seiner Gebühren von 31.431,80 DM; mithin 22.002,26 DM in Rechnung.

Gegen diese berichtigte Kostenberechnung erhob der Beschwerdeführer im wesentlichen folgende Einwendungen:

- Der Geschäftswert sei zu hoch festgesetzt. Es sei nur der Kaufpreis von 1.894.177,00 DM zugrunde zu legen. Es sei unzulässig, die Vereinbarung über die Auflösung des Treuhandverhältnisses werterhöhend zu berücksichtigen. Er sei seit jeher Eigentümer dieser Geschäftsanteile gewesen; dem Treuhandverhältnis stünde deshalb kein realer Wert gegenüber.
- Es hätte lediglich eine ⁵/₁₀ Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO erhoben werden dürfen, da „das zugrundeliegende Rechtsgeschäft“, nämlich der Gesellschaftsvertrag, bereits beurkundet worden sei.
- Der Beschwerdegegner sei verpflichtet gewesen, ihn als Laien darauf hinzuweisen, daß die Tätigkeit bezüglich des wertlosen Treuhandverhältnisses mit etwa dem vierfachen des Wertes des Vertragsgegenstandes abgerechnet werden würde.

Aufgrund der Einwendungen des Kostenschuldners beantragte der Notar zu der berichtigten Kostenberechnung vom 26.04.1994 die Entscheidung des Landgerichts.

Die Kammer erholte zur Frage des Geschäftswertes eine Stellungnahme der Notarkasse. Diese vertritt die Ansicht, daß Geschäftswert und Gebührensatz zutreffend festgesetzt seien und eine Belehrungspflicht nicht bestanden habe. (...)

Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Beschwerdegegenstand ist die berechnete Kostenberechnung vom 26.04.1994. Diese ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Der Notar hat einen zutreffenden Geschäftswert zugrunde gelegt.

Die beurkundete Auflösung des Treuhandverhältnisses und die Übertragung der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile ist zu Recht werterhöhend berücksichtigt worden (§§ 39 Abs. 1 Satz 1, 44 Abs. 2 Ziff. a KostO).

Der Geschäftswert der vom Notar entfaltenen Tätigkeit bemisst sich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO); das ist hier die Abtretung von GmbH-Anteilen (BayObLG JurBüro 1985, 583/584 [= MittBayNot 1985, 48]).

Bei der Bewertung der Abtretung der ursprünglich treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile hat der Beschwerdegegner zu Recht anteilig den Kaufpreis für die Geschäftsanteile im Nennbetrag von 51.000,00 DM herangezogen.

Der Geschäftsanteil an einer GmbH ist ein Vermögensgegenstand, für den weder die §§ 19-29 KostO noch die speziellen Vorschriften des zweiten Abschnittes dieses Gesetzes eine Wertregelung enthalten (BayObLGZ 1991, 361 [= MittBayNot 1992, 227 = DNotZ 1992, 589]).

Die auf § 19 KostO gestützte Auffassung des Beschwerdeführers, die Auflösung des Treuhandverhältnisses und die Übertragung der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile sei mit Null zu bewerten, weil hierfür im gewöhnlichen Geschäftsverkehr kein Preis zu erzielen gewesen wäre, ist deshalb unzutreffend.

Der Wert eines Geschäftsanteils ist vielmehr gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Dabei ist allein auf objektive Merkmale abzustellen. Persönliche Verhältnisse, insbesondere Interessen der Beteiligten müssen unberücksichtigt bleiben (BayObLG JurBüro 1985, S. 585 [= MittBayNot 1995, 48]).

Es hat deshalb außer Betracht zu bleiben, daß der Beschwerdeführer Treugeber hinsichtlich der Geschäftsanteile im Nennbetrag von 49.000,00 DM war und er für die Übertragung der Geschäftsanteile keine Gegenleistung erbringen mußte (vgl. auch *Lappe* Anm. zu BayObLG KostRspr, KostO § 30 Nr. 67) Diese Umstände betreffen nur seine Person, nicht aber den allein maßgebenden objektiven Wert des Geschäftsanteils (BayObLG JurBüro 1985, S. 585/586 [= MittBayNot 1985, 48]).

Der Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 17.10.1991 (BayObLGZ 1991, 361 [= MittBayNot 1992, 227 = DNotZ 1992, 589]) steht dem nicht entgegen. In dieser Entscheidung war nämlich der Wert des Geschäftsanteils einer GmbH im Rahmen des § 39 Abs. 2 KostO zu bestimmen.

Da zudem den Geschäftswert allein der objektive Inhalt der Urkunde bestimmt (BayObLG JurBüro 1985, S. 585 [= MittBayNot 1985, 48] und BayObLGZ 1992, 72/77), ist auch aus diesem Grund nicht zu berücksichtigen, daß treuhänderische Geschäftsanteile abgetreten worden sind.

In diesem Zusammenhang verkennt der Beschwerdeführer, daß durch die Erklärungen in Ziffer 2 und 4 der Urkunde eine Rechtsänderung eingetreten ist. Steuerrechtlich wird zwar wegen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des § 39 Abs. 2 Ziffer 1 Satz 2 AO das Treugut dem Treugeber zugerechnet (*Breuer*, MittRhNotK 1988, 79/96). Rechtlich ist

jedoch allein der Treuhänder Rechtsinhaber der Gesellschaftsanteile. Der Beschwerdeführer unterscheidet nicht zwischen dem juristischen Inhaber eines Geschäftsanteils und der wirtschaftlichen Zurechnung der Inhaberschaft an den Treugeber (*Breuer* a. a. O. Seite 93)

Erst durch die im Vertrag enthaltene Abtretung dieser Geschäftsanteile ist der Beschwerdeführer wieder Rechtsinhaber der Anteile im Nennbetrag von 49.000,00 DM geworden.

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war der Notar nicht verpflichtet, über die mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts verbundenen Kosten zu belehren und dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zu eröffnen, auf die Aufhebung des Treuhandverhältnisses zu verzichten.

Für die Übertragung der treuhänderisch gehaltenen Anteile stehen nicht mehrere Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen zur Verfügung. Da der Beschwerdeführer nach dem dem Notar zur Beurkundung vorgelegten Vertrag wieder Rechtsinhaber der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile werden sollte und es grundsätzlich nicht Aufgabe eines Notars ist, auf die inhaltliche Vertragsgestaltung einzuwirken, bestand für den Beschwerdegegner keine Verpflichtung über die zwingende Kostenfolge zu belehren.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß der Beschwerdeführer behauptet, die Begründung des Treuhandverhältnisses im April 1994 durch die Notare (...) sei mit nicht nennenswerten Gebühren (...) verknüpft gewesen. Zum einen sind vorhergehende Kostenberechnungen kein Präjudiz. Zum anderen übersieht der Beschwerdeführer, daß der im April 1994 abgeschlossene Treuhandvertrag von einem Notar in Linz/Österreich beurkundet worden ist, für den die in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gebührenvorschriften nicht zur Anwendung kommen. Der am 10.07.1990 von einem Notar in Karlsruhe beurkundete Treuhandvertrag betraf – im Gegensatz zur vorliegenden Urkunde – nur die Begründung eines Treuhandverhältnisses für einen Teilbetrag von 1.000,00 DM (vgl. Ziff. II dieses Vertrages).

c) Der Notar hat zu Recht eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO erhoben.

§ 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO ist nicht anwendbar. Nach dieser Vorschrift wird für die Beurkundung der Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH die Hälfte der vollen Gebühr erhoben, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist. Mit „zugrundeliegendem Rechtsgeschäft“ ist das schuldrechtliche Geschäft gemeint (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 38 Rdnr. 49) Das schuldrechtliche Rechtsgeschäft für die Abtretung der treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile ist hier die Vereinbarung über die Auflösung des Treuhandverhältnisses und nicht – wie der Beschwerdeführer meint – der Gesellschaftsvertrag oder der Vertrag über die Begründung des Treuhandverhältnisses vom 22.04.1991. Die Auflösung des Treuhandverhältnisses wurde jedoch zusammen mit der Abtretung der Geschäftsanteile beurkundet, so daß die Voraussetzungen des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO nicht vorliegen.

d) In der Urkunde vom 03.11.1993 sind Erklärungen verschiedenen Gegenstandes im Sinne des § 44 KostO von verschiedenen Personen abgegeben worden. Da diese Erklärungen dem gleichen Gebührensatz unterliegen – nämlich dem § 36 Abs. 2 KostO –, sind gemäß § 44 Abs. 2 Ziffer a KostO die Werte der einzelnen Erklärungen zu addieren. Vorliegend ergibt sich somit ein Geschäftswert von 9,019 Mio DM

(1.894.177,00 DM + 2.706.000,00 DM + 4.419.800,00 DM). Aus diesem Geschäftswert ist eine einheitliche Gebühr zu berechnen (§ 44 Abs. 2 Ziff. a KostO), für die die Beteiligten zu 1) und 2) als Gesamtschuldner haften. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 KostO ist die Haftung des einzelnen jedoch beschränkt auf den Betrag, der entstanden wäre, wenn die übrigen Erklärungen nicht beurkundet worden wären. Der Beschwerdeführer haftet somit nicht für 70% der ^{20/10} Gebühr aus dem Gesamtgeschäftswert von 9,02 Mio DM, sondern nach Abzug des von dem Beteiligten zu 2) zu leistenden Kaufpreises in Höhe von 2.706.000,00 DM für eine ^{20/10} Gebühr aus 6.313.977,00 DM. Diese Gebühr beträgt inklusive Schreibgebühr, Auslagen und Mehrwertsteuer 22.116,80 DM (19.180,00 DM plus 22,00 DM + 30,00 DM + 2.884,80 DM).

Da diese Gebühr höher ist als der vom Beschwerdeführer mit der Kostenberechnung vom 26.04.1994 geforderte Betrag, ist wegen des Verbots der reformatio in peius die Beschwerde zurückzuweisen.

22. KostO § 39, BGB § 705, BauGB §§ 45 ff (*Bewertung einer Vereinbarung zur Durchführung einer „freiwilligen Baulandumlegung“*)

Treffen mehrere Grundstückseigentümer eine privatrechtliche Vereinbarung zur Durchführung einer „freiwilligen Baulandumlegung“, so handelt es sich um einen Tauschvertrag ähnlich einem Ringtausch und nicht um einen Gesellschaftsvertrag. Für den Wert der Beurkundung ist gemäß § 39 Abs. 2 KostO derjenige des höchstwertigen Tauschgegenstandes maßgebend (im Anschluß an BayObLGZ 1988, 140 [= MittBayNot 1988, 192]). Die ausdrückliche Bezeichnung als Gesellschaftsvertrag führt zu keiner anderen Betrachtungsweise, weil es am gemeinsamen Zweck als Voraussetzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts fehlt.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluß vom 14.11.1995 – 3 W 136/95 –, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG Zweibrücken

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 2.9.1992 zwischen der zu Ziffer 2) beteiligten Gemeinde ... und den Beteiligten 3 bis 7), die jeweils Eigentümer verschiedener, innerhalb des Baugebietes „Nördlich der ...“ gelegener Grundstücke sind, eine „freiwillige Baulandumlegung“. Nach dem Inhalt der notariellen Urkunde sind sich die Beteiligten zu 3 bis 7) mit der Beteiligten zu 2) darüber einig, daß ihre in der Urkunde im einzelnen aufgeführten Grundstücke auf freiwilliger Basis zur Schaffung von Bauland umgelegt werden. Zu

diesem Zweck erklären die Beteiligten zu 3 bis 7) die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in die sie ihre innerhalb des Umlegungsgebiets belegenen Grundstücke einbringen und sich zur unentgeltlichen Übertragung der öffentlichen Bedarfsflächen an die Beteiligte zu 2) verpflichten. Weiter vereinbaren die Beteiligten zu 3 bis 7) – nach entsprechender Vermessung durch das Katasteramt – die Zuteilung verschiedener, anhand eines zum Bestandteil der notariellen Urkunde erhobenen Umlegungsplans bezeichneter Baulandstücke an einen jeden einzelnen von ihnen. Ein sich durch die Zuteilung ergebender Mehrwert soll zwischen den Grundstückseigentümern ausgeglichen werden. Ferner verpflichten sie sich, an die Beteiligte zu 2) zur Abgeltung des Umlegungsvorteils und der Verfahrenskosten Ausgleichszahlungen in bestimmter Höhe zu erbringen. Mit der Abgabe der zum Vollzug der Urkunde erforderlichen Erklärungen beauftragen sie den Notar, dessen Angestellten sie entsprechende Vollmacht – insbesondere auch zur Erklärung der Auflassung – erteilen.

Für die Beurkundung stellte der Beteiligte zu 1) der Beteiligten zu 2) einen Betrag von 12.557,32 DM in Rechnung. Dabei legte er einen Geschäftswert von 2.682.720,- DM zugrunde, der auf eine Addition des Wertes sämtlicher in die Urkunde einbezogener Grundstücke zurückgeht. Mit Prüfungsbericht vom 20.10.1993 beanstandete die Notarkasse ... den der Kostennote zugrundegelegten Geschäftswert.

Der Beteiligte zu 1) hat beantragt, gemäß § 156 Abs. 5 KostO die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Er hat die Ansicht vertreten, seine Kostennote sei nicht zu beanstanden, weil nach Vorstellungen und Willen der Beteiligten ein Gesellschaftsvertrag beurkundet worden sei, dessen Geschäftswert sich nach dem zusammenerechneten Wert aller Leistungen bestimme.

Die 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) hat die Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) dahin abgeändert, daß der Gesamtbetrag auf 5.033,99 DM ermäßigt wird. Zugleich hat das Landgericht die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen diesen Beschluß hat der Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde eingelegt. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landgericht den Geschäftswert für die zwischen den Beteiligten zu 2 bis 7) beurkundete Vereinbarung gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem Wert der größten in die „freiwillige Baulandumlegung“ einbezogenen Grundstücksfläche bestimmt hat. Das Landgericht hat seinen angefochtenen Beschluß auf eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landgerichts gestützt, nach der eine von mehreren Eigentümern getroffene privatrechtliche Vereinbarung über die Umlegung von Grundstücken rechtlich als Tauschvertrag ähnlich einem Ringtausch und nicht als Gesellschaftsvertrag zu behandeln ist (BayObLGZ 1988, 140 ff. [= MittBayNot 1988, 192]). Dieser Auffassung, die von der h. M. im Schrifttum geteilt wird (vgl. etwa *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 12. Aufl., S. 1017), Stichwort: „Ringtausch“; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 13. Aufl., § 39 Rdnr. 16; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 39 Rdnr. 9 c; *Hartmann*, Kostengesetze § 39 KostO, Rdnr. 18, Stichwort: „Umlegung“; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 3. Aufl., Rdnr. 495; a. A. wohl *Lappe* NJW 1989, 3254, 3259), schließt auch der Senat sich an. Der Umstand, daß die von den beteiligten Grundstückseigentümern getroffene Vereinbarung in der notariellen Urkunde ausdrücklich als Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bezeichnet wird, gibt keinen Anlaß zu einer abweichenden Beurteilung. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, daß dem Wortlaut der Vereinbarung für die rechtliche Würdigung der Beziehungen der Parteien keine

entscheidende Bedeutung zukommt. Maßgebend ist allein, ob durch die getroffenen vertraglichen Regelungen die Mindestvoraussetzungen erfüllt sind, die gemäß § 705 BGB an das Vorliegen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu stellen sind. Sie erfordern zumindest eine Vereinbarung über einen gemeinsamen Zweck und die Art seiner Durchführung durch die Vertragspartner (vgl. MünchKomm-BGB/Ulmer, 2. Aufl., § 705 Rdnr. 95; *Soergel/Hadding*, BGB, 11. Aufl., § 705 Rdnr. 36; *Staudinger/Kefler*, BGB, 12. Aufl., vor § 705 BGB Rdnr. 31, jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind im hier vorliegenden Fall nicht gegeben. Sinn und Zweck der beurkundeten Vereinbarung der Grundstückseigentümer bestehen darin, daß ein jeder von ihnen an die übrigen Vertragsparteien eine Leistung in Form der in seinem Eigentum stehenden Grundstücke erbringt. Dafür soll ihm von den übrigen Eigentümern wiederum eine Leistung in Form der Übertragung bestimmter baureifer Grundstücke zuteil werden. Mit dem Erreichen dieses Ergebnisses sollen die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien ihr Ende finden. Unter diesen Umständen ist vom Vorliegen eines Austauschvertrages auszugehen, bei dem der Zweck der Leistung eines jeden Vertragspartners allein darin besteht, die Gegenleistung der übrigen Vertragsparteien zu erhalten (BayObLGZ 88, S. 144 [= *MittBayNot* 1988, 192]; *Staudinger/Kefler*, BGB, vor § 705 Rdnr. 173). Es fehlt somit an einem gemeinsamen Vorteil, dessen Verwirklichung für das Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks i.S.v. § 1705 BGB erforderlich wäre (vgl. *Staudinger/Kefler* a.a.O. Rdnr. 31). Stattdessen liegen lediglich gleichartige Einzelinteressen der Vertragspartner vor, die für die Begründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht ausreichen (vgl. BayObLG a.a.O.; *Soergel/Hadding* a.a.O.).

Für die Einordnung des zwischen den Grundstückseigentümern vereinbarten Rechtsverhältnisses als Austauschvertrag i.S.v. § 39 Abs. 2 KostO spricht im übrigen auch, daß mit ihm das gesetzliche Umlegungsverfahren nach §§ 45 ff. BauGB vermieden werden soll. Dieses stellt nach seiner Rechtsnatur ein gesetzlich geregeltes Grundstückstauschverfahren dar (vgl. BayObLGZ 88, S. 143 m.w.N.). Der Umstand, daß an dem vereinbarten Wechsel des Grundstückseigentums jeweils mehr als zwei Personen beteiligt sind, steht der Behandlung als Austauschvertrag nicht entgegen. Mit Recht hat das Landgericht hierzu ausgeführt, daß die vertragliche Vereinbarung einem Ringtauschvertrag gleichzuachten ist, bei dem die einzelnen Tauschleistungen gemäß § 328 BGB miteinander verknüpft sind und ein einheitliches Rechtsverhältnis darstellen (vgl. BayObLG a.a.O. S. 144 [= *MittBayNot* 1988, 192]; *Ackermann Rpfleger* 1955, 218, 221; *Pfister JZ* 1971, 284; *Schalhorn JurBüro* 1972, 859, 860; *Göttlich/Mümmeler* a.a.O.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* a.a.O.; *Rohs/Wedewer* a.a.O. Rdnr. 9 b; *Hartmann, Kostengesetze* a.a.O.).

Nach alledem hat das Landgericht den Geschäftswert für die Beurkundung mit Recht gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem höchstwertigen eingebrachten Grundstück auf 936.700,- DM bemessen. Seine davon ausgehende Berechnung der Kostenforderung, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Notarrecht

23. BNotO §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 2 (*Durchsetzung eines „Ablehnungsrechts“ gegenüber befangenem Notar*)

Lehnt es ein Notar ab, sich beim Vollzug eines notariellen Geschäftes seiner weiteren Amtstätigkeit zu enthalten, obwohl ein Beteiligter ihm gegenüber die Besorgnis der Befangenheit geäußert hat, so kann ihm im Verfahren nach § 15 Abs. 1 BNotO die Vornahme bestimmter weiterer Amtshandlungen untersagt werden, wenn sich der Vorwurf der Befangenheit als berechtigt erweist.

OLG Hamm, Beschluß vom 6.6.1995 – 15 W 80/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamm

Öffentliches Recht

24. ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, Art. 61 BayVwVfG (*Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in öffentlich-rechtlichem Vertrag*)

Es liegt – jedenfalls bei Verpflichtungen, die der Bürger dem Staat gegenüber übernimmt – in der Gestaltungs-freiheit der Partner eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich einer Vertragspflicht statt in der Form des § 61 Abs. 1 Satz 1 VwVfG durch Aufnahme einer Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zu bewirken. Der mit § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwVfG verfolgte Schutzzweck wird damit nicht unterlaufen.

BVerwG, Urteil vom 24.8.1994 – 11 C 14.93 –

Aus den Gründen:

Daß der Kläger sich in bezug auf seine öffentlich-rechtliche Verpflichtung aus dem Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Form des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterworfen hat, ist in formeller Hinsicht ebensowenig zu beanstanden. Insbesondere verstößt diese Verfahrensweise nicht gegen § 61 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Zwar ist dort als Möglichkeit zur Sicherstellung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vertragspflichten für jeden Vertragsschließenden die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung vorgesehen; doch folgt daraus nicht, daß die Regelung in dem Sinne Spezialität und Vorrang für sich beanspruchen kann, daß den Vertragspartnern andere – von ihnen unter Umständen bevorzugte – Gestaltungsformen nicht zur Verfügung stehen (vgl. BayVGH, BayVBl 1975, 651; a.A. *Kopp*, VwVfG, § 61 Rdnr. 16). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Pflicht, deren Durchsetzbarkeit erleichtert werden soll, wie hier eine solche ist, die der Bürger dem Staat gegenüber übernimmt.

Der Schutz, den § 61 Abs. 1 Satz 2 und 3 VwVfG im Falle einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung vermittelt, wird durch den von den Beteiligten eingeschlagenen Weg, die sofortige Vollstreckbarkeit in der Form einer Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zu gewährleisten, nicht unterlaufen. Der Umstand, daß die Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme in der vorgeschriebenen Form bedarf, bietet nämlich bei wertender Betrachtung einen Schutz, der nicht hinter dem von § 61 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG ausgehenden zurückbleibt.

Personaländerungen

1. Verstorben:

Dr. Wolfgang Hösel, Notar a.D., Nürnberg, gest. 19.1.1996
 Dr. Georg Bubb, Notar a.D., Fürth, gest. 20.1.1996

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.5.1996:
 Notar Dr. Josef Geiger, Fürstfeldbruck

3. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.1996:

Dahn	dem Notarassessor Dr. Reinhardt Neumann (bisher in Mutterstadt Notarstellen Links/Baßler)
Kempten (in Sozietät mit Notar Dr. Zechiel)	dem Notar Dieter Müller-Dohle (bisher in Münnerstadt)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.1996:
 Gregor Rieger, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Mit Wirkung vom 1.3.1996:
 Annette Schneider, Ingolstadt (Notarstellen Edler von
 Koch/Dr. Schmidt)
 Rainer Krick, Mindelheim (Notarstelle Zöbelein)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Christian Mickisch, München (Landes-
 notarkammer Bayern), wurde mit Wirkung vom
 21.12.1994 promoviert

Notarassessor Martin Dörnhöfer, Aschaffenburg (Notar-
 stellen Dr. Bölsche/Klotz), wurde mit Wirkung vom
 1.9.1995 promoviert

Notarassessorin Elisabeth Epp, Memmingen (Notarstellen
 Dr. Herrmann/Kassner), ab 1.1.1996 in Babenhausen
 (Notarstelle Dr. Schrödl)

Notarassessorin Eva Rumpf, Prien (Notarstellen Huber/
 Dr. v. Daumiller), ab 1.1.1996 in Bad Kissingen

Notarassessor Wolfgang Drasch, München (Notarstellen
 Jungsberger/Dr. Wirner), ab 1.1.1996 in Bonn als Ge-
 schäftsführer des Deutschen Notarvereins

Notarassessor Dr. Klaus Hohmann, München (Notarstel-
 len Dr. Schöner/von Grafenstein) ab 1.1.1996 in München
 (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt)

Notarassessor Ralph-Christoph Knerr, Friedberg (Notar-
 stellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil) ab 1.1.1996 in München
 (Notarstellen Dr. Jungsberger/Dr. Wirner)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.1996:

zum Notariatsoberrat i. N. (VergGr.: Ib BAT):
 Otto Kilsheimer, Augsburg (Notarstellen Fügler/Hart-
 mann)
 Josef Klinger, München (Notarkasse – Zentrale)

zum Oberamtsrat i. N. (VergGr.: IIa BAT):

Dieter Rothballer, München (Notarstelle Prof. Dr. Schip-
 pel)
 Werner Stadelmaier, München (Notarstellen Dr. Keidel/
 Dr. Korte)

zum Amtsrat i. N. (VergGr.: III BAT):

Herbert Kaiser, Erding (Notarstellen Böck/Koch)
 Gerhard Braunschläger, Waldsassen (Notarstelle Tauben-
 eder)
 Eduard Schwab, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler)
 Winfried Brod, Marktheidenfeld (Notarstellen Dr. Haiduk/
 Dr. Hofstetter)
 Herbert Reichel, Ansbach (Notarstellen Dr. Karl/Dr. An-
 derle)
 Udo Then, München (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eckhardt)

zum Amtmann i. N. (VergGr. IVa BAT):

Helmut Duscher, Fürstfeldbruck (Notarstellen Dr.
 Schweiger/Dr. Spinar)
 Johann Hamperl, Neunburg v. Wald (Notarstelle Ziegler)
 Josef Bergmeister, Geisenfeld (Notarstelle von Stein-
 aecker)
 Melitta Krück, Waldmohr (Notarstelle Dr. Schulte)
 Johann Aicher, Laufen/Salzach (Notarstelle Ringhof)
 Alfred Jung, Ludwigshafen (Notarstelle Dr. Daubermann)
 Norbert Fendt, Passau (Notarstelle Dr. Keilbach)
 Richard Frinzl, Schrobenhausen (Notarstelle Dr. Spanhel)
 Christof Block-von Manteuffel, Erlangen (Notarstellen
 Dr. Kamlah/Dr. Fleischer)
 Wolfgang Proksch, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle
 Dr. Friedrich)

Oberinspektor/in i. N. (VergGr. IVb BAT):

Ingeborg Gabriel, Memmingen (Notarstellen Dr. Herr-
 mann/Kassner)
 Rupert Hofberger, Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/
 Dr. Ohler)
 Claudia Preßler, Passau (Notarstellen Dr. Plenk/ Prof. Dr.
 Reimann)
 Sabine Roller, Viechtach (Notarstelle Hasler)
 Anneliese Seidl, Nittenau (Notarstelle Dr. Merkel)
 Ulrike Müller, München (Notarstelle Dietrich)
 Iris Schenk, München (Notarstellen Dr. Beck/Dr. Eck-
 hardt)
 Klaus Milchmeier, Lauf/Pegnitz (Notarstellen Schecken-
 hofer/Dr. Brückner)
 Martin Jurkat, Kandel/Pfalz (Notarstellen Bechberger/
 Flörsch)
 Sylvia Müller, Türkheim (Notarstelle Elstner)
 Sabine Baumgartner, Neuburg/Donau (Notarstellen
 Leitenstern/ Walter)
 Martina Endl, Passau (Notarstelle Bächer)
 Markus Hilbig, Rehau (Notarstelle Wachter)
 Petra Duchardt, Obergünzburg (Notarstelle Hofmann)