

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten und Angestellten
der Notarkasse

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2

Heft 3

MittBayNot

Mai/Juni 1985

I. A b h a n d l u n g e n

Wird der durch die Erbringung der Abfindungsleistung bedingt erklärte Erb- und Pflichtteilsverzicht unwirksam, wenn der Erblasser vor Leistungserfüllung verstirbt?

Von Notarassessor *Jörg Mayer*, Burghausen

I.

1. Erb- wie Pflichtteilsverzicht spielen in der notariellen Praxis eine große Rolle. Insbesondere der Pflichtteilsverzicht ist ein wichtiges Mittel vorsorgender Rechtspflege¹, namentlich als flankierende Maßnahme bei Hof- oder Betriebsübergabeverträgen.

Jedoch werden Erb- wie Pflichtteilsverzicht meist nicht „unentgeltlich“ abgegeben, sondern im Hinblick auf eine vom Erblasser oder einem Dritten² zu erbringende Abfindung. Entgegen der praktischen Relevanz und der sich daraus ergebenden Probleme hat das Bürgerliche Gesetzbuch die sich aus dem entgeltlichen Erb- oder Pflichtteilsverzicht ergebenden Fragen nicht besonders geregelt. Insbesondere bereitet die Lösung der Frage Schwierigkeiten, wie sich die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrags oder die Nichtleistung der versprochenen Abfindung auf den bereits erklärten Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht auswirkt³. Dabei kann man den Verzichtenden vor der Nichterbringung der Abfindungsleistung dadurch schützen, daß der Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht unter die (aufschiebende) Bedingung der Erfüllung der zu erbringenden Abfindungsleistung gestellt wird⁴. Dadurch wird die grundsätzliche Abstraktheit von Verzichts- und Abfindungsgeschäft durchbrochen und der Verzichtende vor ei-

ner einseitigen Vorleistung bewahrt⁵. Dementsprechend wurde bisher häufig eine solche aufschiebende Bedingung⁶ für den Verzicht vereinbart.

2. Die notarielle Praxis⁷ sah offenbar auch keine Probleme für die Wirksamkeit des Verzichts, wenn der Erblasser vor Erbringung der versprochenen Abfindung verstarb, also bevor der bedingte Verzicht voll wirksam wurde.

Anders aber nunmehr *Ferid-Cieslar*⁸: Sie meinen, daß der bedingte Erbverzicht mangels Bedingungseintritt im Zeitpunkt des Erbfalles nicht wirksam sei und auch durch Nachholung der versprochenen Leistung nicht mehr wirksam werden könne.

Gleiches gelte auch für den Pflichtteilsverzicht.

¹ Vgl. hierzu allgemein: Damrau, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, 1966, dessen rechtstatsächliche Feststellung, daß vom Erbverzicht bei weitem nicht im gebotenen Maße Gebrauch gemacht wurde (s. 138 f.) m.E. zumindest in Bayern nicht zutrifft.

² Etwa dem Hofübernehmer

³ Dazu etwa Staudinger-Ferid-Cieslar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Auflage, Einleitung zu §§ 2346 ff., Rndr. 77, 92 ff.; Lange-Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., § 7 V c; Bartholomeyczik-Schlüter, Erbrecht, 11. Aufl., § 5 II 7 b.

⁴ Der Erbverzicht ist keineswegs bedingungsfeindlich und wird im Fall des § 2350 Abs. 2 BGB sogar als bedingt vermutet, vgl. statt aller Lange-Kuchinke a.a.O. (Fn.3) § 7 IV b.

⁵ Dies stellt für den Verzichtenden die beste Absicherung dar: eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nützt nichts, wo nichts zu holen ist und eine dingliche Sicherung steht oftmals nicht zur Verfügung oder bewahrt den Verzichtenden zumindest nicht vor dem oft dornenreichen Weg, in der Zwangsvollstreckung sein Recht zu erlangen.

⁶ Im einzelnen ist genau zu prüfen, ob das Nichtbringen der Abfindungsleistung als auflösende Bedingung für den (zunächst wirksamen) Erbverzicht vereinbart wird oder aber die Abfindungsleistung den Eintritt der aufschiebenden Bedingungen bewirken soll; i.d.R. wird von letzterem auszugehen sein, da es dem Willen der Beteiligten eher entspricht, daß erst mit Erbringung der Abfindung das Erbrecht des Verzichtenden erlischt.

⁷ So hat etwa Gebele in Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Rdnr. 745 keine Bedenken, die Erfüllung der Abfindungsleistung zur Bedingung für die Wirksamkeit des Verzichts zu machen.

⁸ In Staudinger, a.a.O. (Fn. 4) Einl. zu §§ 2346 ff. Rdnr. 89, ihnen folgend Palandt-Edenhofer, BGB, 44. Aufl., Überbl. vor § 2346, 2 c. Für das österreichische Erbrecht ebenso Kralik, Das Erbrecht, 3. Aufl. § 13 F. I (S. 45), wonach bei Tod des Erblassers vor Bedingungseintritt die Bedingung unmöglich wird und damit bei Vorliegen einer aufschiebenden Bedingung der ganze Verzicht; bleibt dieser aber auch bestehen, wenn die Nichterfüllung der vereinbarten Abfindungsleistung als auflösende Bedingung des Verzichts bestimmt wurde? M.E. darf zumindest keine unterschiedliche Behandlung beider Bedingungsvarianten erfolgen.

II.

Dieser These *Ferid-Cieslars* vom Bedingungsausfall beim Tod des Erblassers soll im folgenden widersprochen werden und zwar nicht nur, weil sie viele solchermaßen bedingte Erb- und Pflichtteilsverzichte notleidend werden ließ, sondern weil sie auch in rechtlicher Hinsicht nicht zutreffend ist.

1. Dies gilt schon für den bedingten Erbverzicht: Richtig ist zwar der Ausgangspunkt von *Ferid-Cieslar*, daß dem Bedingungseintritt keine Rückwirkung zukommt⁹. Dies verbietet aber nur, die mit Wirksamkeit des Verzichts nunmehr Erbberechtigten rückwirkend als Vollerben anzusehen und hindert nicht, ab Eintritt der Bedingung vom Entstehen einer Nacherfolge auszugehen¹⁰.

Unrichtig ist daher die dann von *Ferid-Cieslar* gezogene Schlußfolgerung, daß aus Gründen der Rechtssicherheit nicht hingenommen werden könne, daß nunmehr die zunächst eingetretene Erbenstellung des Verzichtenden aufgrund der Bewirkung der versprochenen Abfindungsleistung entfiere. Unter Bezug auf die Entscheidung des BGH vom 7.12.1977¹¹ wird dabei festgestellt, daß die mit dem Tod des Erblassers eingetretene Erbfolge „auf einer festen Grundlage stehen muß“; was hier nicht der Fall sei.

a) Bei genauerer Betrachtung fällt zunächst schon auf, daß es terminologisch nicht korrekt erscheint, hier von einem „Bedingungsausfall“ zu sprechen. Versteht man unter Bedingung eine von den Vertragsbeteiligten dem Rechtsgeschäft beigefügte Bestimmung, die die Rechtswirkungen des Rechtsgeschäfts von einem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig macht, so muß es Kennzeichen des Bedingungsausfalls sein, daß dieses zukünftige Ereignis nicht mehr eintreten kann¹². Das in unserem Fall für die Wirksamkeit des Verzichts zukünftige Ereignis ist allein die Erbringung der Abfindungsleistung. Und die Abfindung kann i.d.R. auch noch nach dem Tod des Erblassers erbracht werden.

Nur wenn die Abfindungsleistung als solche nach dem Tode des Erblassers nicht mehr möglich ist¹³, liegt tatsächlich ein Bedingungsausfall vor.

Cieslars Ausführungen sind im übrigen auch unvollständig. Er erörtert lediglich die Rechtsfolgen beim aufschiebend bedingten Erbverzicht; auf die Problematik beim Tode des Erblassers bei einem durch die Nichterbringung der Abfindungsleistung auflösend bedingten Erbverzicht geht er nicht ein¹⁴.

⁹ Allgemeine Meinung, die sich aus § 159 BGB begründen läßt, statt aller: Palandt-Heinrichs a.a.O. (Fn. 8) § 159, 1.

¹⁰ BayObLGZ 1957, 292 (300) für einen durch die Nichtleistung der Abfindung auflösend bedingten Erbverzicht.

¹¹ MittBayNot 1978, 111 = NJW 1978, 1159

¹² Vgl. Münchener Kommentar — H. P. Westermann, 2. Aufl. § 158 Rdnr. 43: „Kann der mit der Bedingung ins Auge gefaßte Tatbestand nicht mehr eintreten, so ist die Bedingung ausgefallen“ und die Bsp. bei Larenz, Allgemeines Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. § 25 III a.

¹³ So der Künstler seinem Sohn als Abfindung noch ein Bild zu malen hätte oder aber ausdrücklich Leistungsbewirkung vor Tod des Erblassers vereinbart wäre.

¹⁴ Folgt man *Cieslars* Meinung, dann muß hier auch beim vorzeitigen Tod des Erblassers der Bedingungseintritt unmöglich werden, da sich ja sonst ebenfalls eine nachträgliche Veränderung der bereits eingetretenen Erbfolge ergeben könnte. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in seiner Entscheidung BayObLGZ 1957, 292 (296 ff.) aber den Eintritt eines Bedingungsausfalls gar nicht in Erwägung gezogen, sondern ausschließlich geprüft, ob die versprochene Leistung auch nach dem Tod des Erblassers bewirkt wurde.

b) Aber auch die erbrechtliche Einordnung des Problems ist nicht zutreffend. Es ist nicht richtig, daß nach dem Versterben des Erblassers unverrückbar die nach ihm eingetretene Erbfolge festgelegt sein muß. Denn dann wären nicht nur die Vorschriften der §§ 2074, 2075 BGB, sondern das ganze Institut der Vor- und Nacherfolge mit unserem Erbrecht nicht vereinbar¹⁵. Die von *Cieslar* angezogene BGH-Entscheidung¹⁶ fordert im übrigen ja nur, daß die Erbfolgeregelung auf einer festen Grundlage stehen muß. Und das ist hier gegeben: Falls die Abfindung geleistet wird, entfällt der Verzichtende mit sofortiger Wirkung als Erbe. Bis zum Eintritt der Bedingung bleibt er Erbe. Wie in den Fällen der §§ 2074, 2075 BGB steht genau fest, wer bis zu welchem Zeitpunkt Erbe ist.

Ähnlich wie im Fall der auflösend bedingten Erbeinsetzung gem. § 2075 BGB¹⁷ muß man bis zum Wirksamwerden des Erbverzichts dem Verzichtenden die Stellung eines Vorerben einräumen; lediglich soweit der Bedingungsausfall feststeht, wäre der Verzichtende Vollerbe.

Der Verlust der gesetzlichen Erbrechte ließe sich auch durch einseitige testamentarische Erbanordnung gem. § 1938 BGB bewirken, und wie eine jede letztwillige Verfügung kann auch die Enterbung unter bestimmten Bedingungen erklärt werden. Was steht also entgegen, in einem Erbverzicht wegen seiner negierenden Wirkung zugleich immer eine einseitige, bedingte Anordnung nach § 1938 BGB zu sehen¹⁸, die sicherlich zulässig wäre?

Bei einem durch die Abfindungsleistung bedingten Erbverzicht wird somit in die Erbfolge weniger an Unsicherheit hineingetragen als in dem gesetzlich ausdrücklich für zulässig erklärten Fall des § 2075 BGB, wo eine Veränderung der zunächst eingetretenen Erbfolge sogar vom Eintritt der Potestativbedingung aufgrund des Verhaltens des Bedachten abhängt.

Sieht man im Erbverzicht eine von Seiten des Erblassers angeordnete (bedingte) Enterbung des Verzichtenden, so läßt sich der hier vertretenen Auffassung von der Vorerbenstellung des Verzichtenden auch nicht entgegenhalten, daß die Bestimmung der Vor- und Nacherbschaft grundsätzlich einer ausdrücklichen Anordnung durch den Erblasser bedarf¹⁹. Sie liegt hier genauso vor wie im Fall des § 2075 BGB, wo dies von der h.M. ohne weiteres bejaht wird²⁰. Auch das BayObLG hat in seinem Beschluß vom 4.10.1957²¹ bei einem durch die Nichterbringung der Abfindungsleistung auflösend bedingten Erbverzicht ausgesprochen, daß die Anordnung der (mit Nichtbewirkung der versprochenen Leistung) eintretenden Nacherfolge im Erbverzichtsvertrage läge.

¹⁵ Ist doch das Institut der dinglich wirkenden Nacherfolge gerade eine Entwicklung des deutschen Rechtskreises, vgl. Lange-Kuchinke a.a.O. (Fn. 3) § 26 I 1.

¹⁶ S. Fn. 11

¹⁷ Palandt-Edenhofer, a.a.O. (Fn. 8) § 2075 Anm. 3, wonach hier sogar befreite Vorerbschaft vorliegen soll.

¹⁸ Der Mitwirkung des Verzichtenden bedarf es i.d.R. nur, weil durch den Erbverzicht der grundsätzlich einseitig nicht entziehbare Pflichtteil beseitigt werden soll. Wegen dieses Verzichts auf die Pflichtteilsrechte qualifiziert die h.M. wohl auch den Erbverzicht als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.

¹⁹ Vgl. etwa Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2100 Anm. 1, Lange-Kuchinke a.a.O. (Fn. 3) § 26 II 1.

²⁰ Etwa von Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2075 Anm. 4.

²¹ BayObLGZ 1957, 292 (300 f.); auf diese Entscheidung gehen *Ferid-Cieslar* in diesem Zusammenhang gar nicht ein.

Dies muß aber auch für unseren quasi »spiegelbildlichen« Fall gelten, daß der Verzichtende zunächst bis zur Erbringung der Abfindungsleistung Erbe bleibt. Wertungsmäßig müssen der aufschiebend wie auflösend bedingte Erbverzicht wie folgt behandelt gleich werden: Steht die Unmöglichkeit der Abfindung — evtl. in bedungener Frist — fest, ist der Erbverzicht unwirksam. Soweit die Abfindung erbracht wurde, entfaltet der Verzicht seine Wirkung.

Dem Verzichtenden bis zum Bedingungseintritt die Stellung eines Vorerben einzuräumen, entspricht auch dem Willen der am Erbverzicht beteiligten Personen. Da ihre Absicht auf eine völlige Beseitigung der Erbenstellung des Verzichtenden geht, wird dessen temporäre Erbenstellung „nolens volens“ als das kleinere Übel hingenommen werden. Aus dieser Interessenlage ergibt sich zugleich, daß der Verzichtende i.d.R. lediglich die Stellung eines nicht befreiten Vorerben hat²².

Durch den bedingten Erbverzicht hat der Erblasser zugleich — den Eintritt der Bedingung vorausgesetzt — seine Testierfreiheit wiedergewonnen, und zwar i.d.R. frei von allen Pflichtteilsansprüchen des Verzichtenden. Insoweit liegt es hier anders als bei dem in BGHZ 37, 319 ff. entschiedenen Fall, wo lediglich eine Verpflichtung zum Abschluß eines Erbverzichts vorlag. Diese wurde nach Meinung des BGH durch den Tod des Erblassers vor Abschluß des Erbverzichts deshalb objektiv unmöglich, weil eben ein solches „Wiedergewinnen der Testierfreiheit“ noch nicht vorlag.

c) Die von *Cieslar* als wesentliche Begründung angeführte Entscheidung des BGH vom 7.12.1977²³ ist im übrigen mit unserem Problem nicht unmittelbar vergleichbar: Dort ging es darum, daß ein Zuwendungsverzicht mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung beim Tod des Erblassers unwirksam war. Nach mittlerweile erfolgtem Volljährigwerden des Verzichtenden hängt die Wirksamkeit des Verzichts allein von dessen künftiger Entscheidung ab, wenn man eine Konvaleszenz zuläßt. Die Lösung dieser Frage ergibt sich schon aus den Rechtsfolgen des (nachträglichen) Genehmigungs- (nicht Bedingungs-)eintritts²⁴. Eine Rückbesinnung auf die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre läßt deutlich werden, daß die Fälle der fehlenden Genehmigung mit dem fehlenden Bedingungseintritt nicht vergleichbar sind: Bei fehlender Genehmigung liegt noch gar kein wirksames Rechtsgeschäft vor, bei fehlendem Bedingungseintritt besteht ein solches sehr wohl, lediglich das Wirksamwerden seiner Rechtsfolgen ist bis zum Eintritt der klar festgelegten Bedingung hinausgeschoben. Bis zu diesem Zeitpunkt können sich aber schon sogenannte „Vorwirkungen“ ergeben und mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung werden alle mittlerweile eingetretenen beeinträchtigenden Verfügungen unwirksam. Die nachträgliche Genehmigungserteilung läßt dagegen i.d.R. die bereits eingetretene Wirksamkeit beeinträchtigender Verfügungen unberührt, wie sich aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 184 Abs. 2 BGB ergibt²⁵.

²² Insoweit erscheint es angebracht, eine Parallele zwischen den Rechtswirkungen des § 161 BGB beim bedingten Rechtsgeschäft und den Vorschriften der §§ 2113 ff. BGB zu ziehen.

²³ S. Fn. 11

²⁴ So halten etwa Staudinger-Dittmann, Komm. zum BGB 11. Aufl. §§ 2275, Rn. 6 (auf die sich der BGH beruft) die bleibende Unwirksamkeit bei vorzeitigem Tod des Minderjährigen für bedenklich, dies müsse jedoch de lege lata wegen der Rechtswirkungen der Genehmigung hingenommen werden.

²⁵ § 184 Abs. 2 BGB gilt auch bei fehlender vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung, vgl. Münchner Kommentar Thiele (Fn. 12) § 184 Rdnr. 38

Überträgt man diese im Gesetz für beeinträchtigende rechtsgeschäftliche Zwischenverfügungen *expressis verbis* enthaltenen Regelungen auf unseren Fall des noch nicht voll wirksamen Verzichts, so muß diesem bei Bedingungseintritt volle Wirksamkeit zukommen; bei der erst nach dem Tod des Erblassers erfolgenden Genehmigungserteilung vermag diese aber an der bereits kraft Gesetzes oder aufgrund letztwilliger Verfügung eingetretenen Erbfolge nichts mehr zu ändern. Die fehlende Vergleichbarkeit ergibt sich auch daraus, daß beim bedingten Erbverzicht — anders als bei der fehlenden Genehmigung — die Beteiligten bis zum Eintritt der festgelegten Bedingung die Unsicherheit bewußt in Kauf genommen haben. Die Rechtsunsicherheit gegenüber der Allgemeinheit ist bei fehlendem Bedingungseintritt demgegenüber nicht größer als in allen Fällen anderer bedingt angeordneter Vor- und Nacherbschaften, wo diese für zulässig erachtet werden^{26, 27}.

Die von *Cieslar* anstelle des bedingten Erbverzichts empfohlenen Ersatzlösungen vermögen ebenfalls nicht zu überzeugen: Eine Verpflichtung zur Erbausschlagung kann wegen der kurzen Ausschlagungsfrist dazu führen, daß diese zu erklären ist, bevor die vereinbarte Gegenleistung erbracht ist. Die vorgeschlagene Erbanteilsübertragung läßt die mit dem Erbfall eingetretene Erbenstellung als solche unberührt²⁸ insbesondere bleibt die Haftung des Erben bestehen, §§ 2382, 2385 BGB. Räumt man dagegen dem bedingt Verzichtenden bis zum Bedingungseintritt die Rechtsstellung eines Vorerben ein, so entfällt mit Erbringung der Abfindungsleistung die Erbenstellung, § 2139 BGB. So haftet er für Nachlaßverbindlichkeiten auch nur noch nach Maßgabe des § 2145 BGB, wird also grundsätzlich von der Haftung frei²⁹.

Die Verpflichtung zur Vornahme der von *Cieslar* vorgeschlagenen Ersatzlösungen kann sich im übrigen auch ohne ausdrückliche Anordnung im Wege der Umdeutung gem. § 140 BGB ergeben³⁰.

2. Noch weniger vermag beim bedingten Pflichtteilsverzicht die Auffassung von *Cieslar* zu überzeugen:

Da die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts die Erbfolge unberührt läßt, kann ein „Bedingungsausfall“ nicht mit dem Bedürfnis der Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs begründet werden.

Cieslar stützt seine Meinung darauf, daß die Zusammensetzung des Nachlasses hinsichtlich der Passiva im Zeitpunkt des Erbfalls „unverrückbar feststehen“ müsse³¹.

Das sodann zur Verdeutlichung gegebene Beispiel paßt aber schon gar nicht zu dem von *Cieslar* abgehandelten Problemkreis des Unwirksamwerdens der aufschiebenden Bedingung beim vorzeitigen Tod des Erblassers: Dort heißt es, daß der Verzichtende den an sich gegebenen Pflichtteilsanspruch durch eine (rückwirkende) Genehmigung oder eine

²⁶ So etwa bei Verwendung einer Wiederverheirathungsklausel (vgl. hierzu allgemein Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2269 Anm. 5 oder bei sog. Straf- oder Verwirkungsklauseln (vgl. auch hierzu Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2074 Anm. 2

²⁷ Im übrigen läßt sich auch bei fehlender vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung die Rechtsunsicherheit durch eine Aufforderung des anderen Erbvertragspartners an den Vormund zur Mitteilung über die Genehmigungserteilung vermindern, § 1829 Abs. 2 BGB.

²⁸ Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2033 Anm. 1b, Lange-Kuchinke a.a.O. (Fn. 4) § 44 II 3.

²⁹ Im einzelnen etwa bei Palandt-Edenhofer a.a.O. (Fn. 8) § 2145 Anm. 1

³⁰ Lange-Kuchinke a.a.O. (Fn. 3) § 7 V c.

³¹ Staudinger-Ferid-Cieslar a.a.O. (Fn. 4) Einl. zu §§ 2346 ff. Rdnr. 89.

Annahme des Angebots des Erblassers (gemeint ist wohl ein solches auf Abschluß eines Pflichtteilsverzichts) nicht nach erfolgtem Erbfall in eine konkursrechtlich bevorzugte Nachlaßverbindlichkeit umwandeln dürfe. Dies sind aber ebenfalls wieder Fälle, bei denen ein wirksames Rechtsgeschäft tatbestandsmäßig noch gar nicht vorliegt, und daher nicht vergleichbar³².

Bei dem hier interessierenden Problemkreis des durch die Erfüllung des Abfindungsversprechens aufschiebend bedingten Pflichtteilsverzichts ist jedoch genau genommen wie folgt zu unterscheiden:

Ist die Abfindung durch einen Dritten zu erbringen, so geht es lediglich darum, ob der Pflichtteilsanspruch infolge Bedingungseintritts ersatzlos entfällt. Andere gegen den Nachlaß gerichtete Ansprüche Dritter werden keineswegs beeinträchtigt, ja bei Bedingungseintritt sogar verbessert.

Ist die Abfindung vom Erblasser selbst zu erbringen gewesen, so ist zu deren Leistung nunmehr der Erbe gem. § 1967 BGB verpflichtet, soweit nicht eine höchstpersönliche Leistung geschuldet wird, die auch hier zum Bedingungsausfall führt³³. Die Abfindungsverpflichtung bestand jedoch auch bereits hier vor Eintritt des Erbfalls, ihre Grundlage hat der Erblasser noch selbst gelegt. Da Pflichtteilsanspruch und Abfindungsanspruch sich in ihrer Wirksamkeit gegenseitig alternativ bedingen, ist eine Gläubigerbeeinträchtigung ausgeschlossen.

³² S.o. bei Fn. 24.

³³ S. oben bei II 1. ad. Fn. 13 zum Bedingungsausfall.

³⁴ Soweit man entgegen BGHZ 40, 326 (330) einen Erlaß bezüglich zukünftig erst entstehender Forderungen nicht für zulässig hält, wird man doch zumindest eine Vereinbarung für möglich ansehen müssen, durch die die Entstehung dieser künftigen Forderungen von vornherein ausgeschlossen wird, vgl. MünchKomm — von Feldmann, a.a.O. (Fn. 12) § 397 Rdnr. 5. Auf alle Fälle wird man aber von einem bedingten „pactum de non petendo“ bezüglich der Pflichtteilsansprüche ausgehen müssen. Dieser „pactum de non petendo“ ist auch der richtige Weg, wenn man in dem bedingten Pflichtteilsverzicht, der zu Lebzeiten des Erblassers noch geschlossen wird, einen Erlaß zu Gunsten eines Dritten — des künftigen Erben — sieht. Eine solche Vereinbarung kann dann der Geltendmachung der schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüche entgegengehalten werden.

Aber selbst wenn man *Cieslars* Meinung vom Bedingungsausfall grundsätzlich folgen sollte, so muß sehr sorgfältig geprüft werden, ob hier nicht eine Umdeutung des Pflichtteilsverzichts gem. § 140 BGB in einen bedingten Erlaßvertrag über die mit dem Tod des Erblassers entstehenden Pflichtteilsrechte anzunehmen wäre³⁴. Eine solche Umdeutung wird in aller Regel dem Parteiwillen entsprechen. Ihr kann auch nicht die These von der „unverrückbaren Festlegung der Nachlaßpassiva“ entgegen gehalten werden. Denn zweifellos muß ein Erlaß der Pflichtteilsrechte (oder zumindest ein pactum de non petendo hierüber) nach dem Tod des Erblassers zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten möglich sein. Einer Vorwegnahme dieser Vereinbarung stehen aber keine durchgreifenden Bedenken entgegen.

III.

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen:

1. Es sind keine zwingenden erbrechtlichen Gründe ersichtlich, weshalb ein unter der aufschiebenden Bedingung der Erbringung der Abfindungsleistung geschlossener Erbverzicht beim Tod des Erblassers vor Bewirken der Abfindungsleistung unwirksam werden sollte. Lediglich nach allgemeinem Bedingungsrecht tritt eine Unwirksamkeit des Erbverzichts dann ein, wenn nach dem Tod des Erblassers die Abfindungsleistung aufgrund ihrer besonderen Beschaffenheit nicht mehr erbracht werden kann (etwa, wenn eine höchstpersönliche Leistung des Erblassers geschuldet war).

Bis zur Erbringung der vereinbarten Abfindungsleistung hat der Verzichtende — gegebenenfalls neben anderen Erben — die Stellung eines nicht befreiten Vorerben. Nacherben sind diejenigen Personen, die sofort beim Tode des Erblassers zu Erben berufen worden wären, wenn zu diesem Zeitpunkt der Erbverzicht bereits wirksam gewesen wäre.

2. Desgleichen ist ein durch die Erbringung einer Abfindungsleistung aufschiebend bedingter Pflichtteilsverzicht auch dann wirksam, wenn diese Leistung auch erst nach dem Tod des Erblassers erfolgt; zumindest ist darin ein bedingter „pactum de non petendo“ bezüglich der erst entstehenden Pflichtteilsrechte zu sehen.

Ausgewählte steuerrechtliche Probleme bei Grundstücksverkäufen durch Landwirte

Von Notar *Erich Rossak*, Babenhausen

I. Vorbemerkungen: Die steuerliche Belehrungspflicht des Notars

1. Zur Klarstellung muß zum Thema zunächst bemerkt werden, daß nach § 17 BeurkG der Notar grundsätzlich nicht verpflichtet ist, über steuerliche Fragen, Gestaltungen und Folgen des beurkundeten Rechtsgeschäfts oder der sonstigen vorgenommenen Amtshandlungen zu belehren. Der Notar — so die immer wiederkehrende Formel — ist nicht Steuer- und Wirtschaftsberater der Vertragsteile¹. Dies ergibt sich aus den vorhandenen gesetzlichen Vorschriften.

2. Nach § 19 BeurkG muß der Notar die Vertragsteile — nur — darauf hinweisen, daß nach dem Grunderwerbsteuerrecht eine Eintragung im Grundbuch erst vorgenommen werden darf, wenn die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanz-

amts vorliegt. Der Notar hat nach dieser Vorschrift also weder über den Anfall noch über die Höhe der Steuerpflicht zu belehren. Er hat nur darüber zu belehren, daß das Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung in diesen Fällen

¹ BGH DNotZ 1976, 55; BGH LM § 19 BNotO Nr. 12; BGH DNotZ 1979, 230 f.; BGH VersR 1983, 182; OLG Braunschweig, DNotZ 1977, 494; OLG Düsseldorf VersR 1981, 84; Herbert Arndt, BNotO, 2. Aufl., Köln etc. 1982, § 17 BeurkG Anm. II 3.4.6; Karl Haug, DNotZ 1972, 415, 465, 468 ff.; Hans Hill, WM 1982, 892; Paul Jansen, FGG, 2. Aufl., Berlin 1971, Bd. III, § 17 BeurkG Rdnr. 10; Keidel-Kuntze-Winkler, FG, Teil B, 11. Aufl., München 1978, § 17 BeurkG Rdnr. 17; Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl., Köln etc. 1983, Rdnr. 214 ff.; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars, Köln etc. 1984, Rdnr. II 49.

erforderlich ist, um dem Rechtsgeschäft den gewollten Erfolg zu sichern². § 19 BeurkG ist eine Ausnahmeregelung³. Nach der Ausnahmeregelung^{3a} des § 13 ErbStDVO hat der Notar bei Schenkungen und Zweckzuwendungen unter Lebenden die Beteiligten auf die mögliche Steuerpflicht hinzuweisen. Dies ist der einzige Fall, in dem das Gesetz dem Notar eine Belehrungspflicht über steuerliche Folgen auferlegt. Diese beinhaltet allerdings nur eine bloße Hinweispflicht, keine Pflicht zur Belehrung und Beratung über Anfall und Höhe der Steuer.

3. Eine grundsätzliche steuerliche Belehrungspflicht des Notars wird deshalb fast einhellig⁴ verneint.

a) Ausnahmsweise kann sich jedoch in besonders gelagerten Fällen eine steuerliche Belehrungspflicht des Notars ergeben, wenn in steuerlicher Hinsicht die Voraussetzungen einer Belehrungspflicht aus „Allgemeiner Betreuungsverpflichtung“^{5,6} gegeben sind. So meinte der BGH, der Notar müsse auf die Gefahr einer Steuerpflicht dann hinweisen, „wenn er aufgrund besonderer Umstände Anlaß zu der Besorgnis haben muß, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche die Bedeutung des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts für seine Vermögensinteressen beeinflussen, einer Gefährdung seiner Interessen nicht bewußt ist“⁷. Dabei muß dem Notar erkennbar sein, daß die steuerlichen Auswirkungen des Geschäfts für die Beteiligten von Bedeutung sind⁸ und daß weiter der Fall überhaupt ein steuerliches Problem birgt, welches von einem Normaljuristen ohne detaillierte Steuerrechtskenntnisse aufgespürt werden kann⁹. Inhaltlich geht die steuerliche Belehrungspflicht aus Allgemeiner Betreuungsverpflichtung nicht weiter als § 13 ErbStDVO, beinhaltet also nur eine Hinweispflicht auf Möglichkeit oder Gefahr bestimmter Steuerfolgen¹⁰ und allenfalls den Rat, fachkundige steuerliche Hilfe in Anspruch zu nehmen¹¹.

b) Ausnahmsweise ergibt sich auch eine steuerliche Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, wenn er eine solche übernommen hat¹².

c) Gleichwohl geben die Notare, ohne dabei eine Beratung oder Betreuung zu übernehmen bzw. übernehmen zu wollen, häufig steuerliche Tips und Anregungen¹³, die dann natürlich stets ohne Obligo sind. Trotz dieser ohnehin gegebenen Unverbindlichkeit empfiehlt sich ein entsprechender Hinweis, auch auf eine u.U. veranlaßte Beratung durch einen Angehörigen der steuerberatenden Berufe¹⁴.

4. In diesem Rahmen wollen die nachstehenden Ausführungen verstanden werden, also nur als Hilfe für steuerliche Tips und Anregungen durch den Notar. Zudem sollte der Notar, auch wenn er über steuerliche Fragen nicht zu beraten braucht, doch jeweils selbst einen grundlegenden Überblick über die steuerliche Materie besitzen^{14a}.

II. Abgrenzung steuerfreier privater Vermögensumschichtung von gewerblicher Tätigkeit

1. Grund und Boden, der dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb unmittelbar zu dienen bestimmt ist, gehört zum sog. notwendigen Betriebsvermögen¹⁵. Grund und Boden, bei dem dies nicht zutrifft, kann bei Landwirten, die nach § 4 Abs. 1 EStG bilanzieren, gewillkürtes Betriebsvermögen sein¹⁶. Bei Landwirten, die nach § 4 Abs. 3 EStG oder nach § 13 a EStG¹⁷ besteuert werden, ist zwar gewillkürtes Betriebsvermögen unzulässig¹⁸; jedoch gilt Betriebsvermögen, dessen Nutzung sich geändert hat, nicht zwangsweise als entnommen, sondern wird als sog. geduldetes Betriebsvermögen geführt¹⁹. Erst eine ausdrückliche oder schlüssige Entnahmehandlung macht solchen Grund und Boden zum Privatvermögen²⁰.

2. a) Veräußert demnach ein Landwirt ein Grundstück, kann es sich steuerlich gesehen handeln um die Veräußerung notwendigen Betriebsvermögens, gewillkürten Betriebsvermögens oder Privatvermögens.

b) Die Veräußerung notwendigen oder gewillkürten Betriebsvermögens unterliegt grundsätzlich der laufenden Besteuerung und gilt als Einkunft aus Land- und Forstwirtschaft²¹. Die Veräußerung von Privatvermögen ist als private Vermögensverwaltung bzw. Vermögensumschichtung steuerfrei²².

c) Beides gilt aber nur grundsätzlich; denn die Veräußerung von Grund und Boden²³ kann auch eine gewerbliche Betätigung darstellen, die unter § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG fällt.

Dabei interessiert hier nicht so sehr der Trennungsstrich zwischen Gewerbebetrieb und Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft; denn beide führen gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG zur Einkommensteuerpflicht²⁴, wenn auch die Ge-

² Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 219; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 50.

³ BGH VersR 1971, 740; BGH DNotZ 1979, 232; BGH WM 1985, 523 f.

^{3a} BGH DNotZ 1953, 492 ff.; BGH DNotZ 1979, 231; BGH WM 1985, 523 f.

⁴ Vgl. nur: BGH VersR 1979, 185; BGH VersR 1980, 742; BGH DNotZ 1981, 775; BGH WM 1985, 523 f. (mit Nachw.); a.M. nur Reinhard Kapp, BB 1980, 1815 ff.

⁵ Rechtsgrundlage ist gegenüber Beteiligten § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, gegenüber mittelbar Beteiligten und sonstigen Betroffenen § 1 BNotO, vgl. Hans Hill, WM 1982, 892.

⁶ Zur erweiterten Belehrungspflicht aus Allgemeiner Betreuungsverpflichtung: BGHZ 58, 348 (mit Zusammenfassung der Rspr.); BGH JZ 1981, 67 f.; WM 1982, 373; DNotZ 1984, 637; BayObLG DNotZ 1980, 568 f.; Herbert Arndt, BNotO, § 17 BeurkG Anm. II 3.4.3; Karl Haug, DNotZ 1972, 410 ff., 474 ff.; Hans Hill, WM 1982, 891 ff.; Kurt Pagendarm, DRiZ 1959, 133 ff.; Christoph Reithmann, DNotZ 1969, 70 ff.; Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 169 ff.; Seybold-Hornig, BNotO, 5. Aufl. München 1976, § 19 Rdnr. 32 ff.

⁷ BGH DNotZ 1981, 776 und VersR 1983, 182; vgl. ferner BGH WM 1967, 91; BGH DNotZ 1979, 230 f.; BayObLG DNotZ 1980, 568 f.

⁸ BGH DNotZ 1981, 775 (LS); BGH WM 1985, 523 f.

⁹ Richtig Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 54 ff.

¹⁰ BGH, DNotZ 1979, 231 f.; DNotZ 1981, 776; VersR 1983, 182; Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 215; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 54 ff.

¹¹ Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 214 ff.; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 54 ff.

¹² BGH DNotZ 1981, 776 f.; BGH VersR 1983, 182; BayObLG DNotZ 1980, 568 f.; Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 222 f.; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 52.

¹³ Vgl. Reithmann-Röll-Gebele, Handbuch, Rdnr. 214, 223.

¹⁴ Reithmann-Röll-Gebele, a.a.O.; Franz-Josef Rinsche, Die Haftung, Rdnr. II 56.

^{14a} Richtig Rudolf Döring, DNotZ 1982, 281.

¹⁵ Näher Felsmann, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, 3. Aufl., Bonn 1983, Rdnr. B 318 ff.; Littmann, Das Einkommensteuerrecht, 13. Aufl., Stuttgart 1981 f., § 13 Rdnr. 90;

¹⁶ Felsmann a.a.O., Rdnr. B 334 ff.

¹⁷ Sog. Überschubrechner bzw. Pauschalversteuerte.

¹⁸ BFH BStBl 1976 II 663; weiter EStRL Abschn. 14 Abs. 5, 17, Abs. 5.

¹⁹ § 4 Abs. 1 Satz 4 (n.F.) EStG; näher Felsmann a.a.O. Rdnr. B 345 ff. und B 293.

²⁰ Felsmann a.a.O. Rdnr. B 345 ff.

²¹ Vgl. §§ 6 c, 13 a Abs. 6, Satz 2, 13 a Abs. 8 Nr. 4, 14 a Abs. 4, 55 EStG.

²² Vorbehaltlich §§ 22 Nr. 2, 23 EStG; näher BFH BStBl 1972 II, 63; BFH BStBl 1980 II 106; Erlaß BayStMdf, FR 1976, 607.

²³ Gleichgültig, ob zum Privatvermögen oder zum land- und forstwirtschaftlichen Vermögen gehörig.

²⁴ Freilich führt nur die Tätigkeit gewerblicher Art gem. § 2 Abs. 1 GewStG zur Gewerbesteuerpflicht.

winnermittlungsvorschriften für beide Einkunftsarten differieren²⁵.

Interessant ist vielmehr die Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von der gewerblichen Betätigung, wenn der Landwirt Grundbesitz aus dem Privatvermögen veräußert^{25a}.

3. Die Abgrenzung solcherart gewerblicher Tätigkeit von der steuerfreien Tätigkeit privater Vermögensverwaltung wurde bisher sehr kasuistisch vorgenommen, wobei der Anzahl der betroffenen Objekte überwiegende Bedeutung zugemessen wurde²⁶. Die neuere Rspr. läßt die Tendenz erkennen, den gewerblichen Tätigkeitsbereich auszuweiten²⁷. Sie mißt der Anzahl der Objekte wohl nicht mehr wie früher die überragende Bedeutung zu. Entscheidend soll demnach vor allem sein, ob der Steuerpflichtige über die für eine Veräußerung erforderlichen Tätigkeiten hinaus noch zusätzliche, insbesondere wertschöpfende Aktivitäten entfaltet hat (z.B. Erschließung, Gesamtplanung), wenn also nach dem Gesamtbild die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte gegenüber einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten in den Vordergrund tritt²⁸. So gesehen kann bereits die gewinnbringende Aufteilung und parzellenweise Veräußerung eines Grundstücks als Bauplätze als gewerbliche Betätigung zu klassifizieren sein²⁹. Aber auch die Veräußerung nur land- und forstwirtschaftlich genutzter Grundstücke kann gewerblich sein, wenn der Landwirt innerhalb eines überschaubaren Zeitraums land- und forstwirtschaftliche Grundstücke wiederholt in Gewinnabsicht veräußert, die er bereits in Weiterveräußerungsabsicht erworben hat³⁰.

4. Die Rechtslage läßt sich demnach wie folgt zusammenfassen:

(1) Gewerbliche Betätigung in Form eines Grundstückshandels liegt auf jeden Fall vor, wenn eine größere Anzahl von Objekten innerhalb eines bestimmten Zeitraums an verschiedene Erwerber veräußert wird; nach Verwaltungsmeinung kann noch private Vermögensverwaltung angenommen werden, wenn innerhalb eines Zeitraums von bis zu 8 Jahren nicht mehr als 6 Objekte veräußert werden.

(2) Abgesehen von dieser rein numerischen Komponente können jedoch auch andere Momente eine Gewerblichkeit des Grundstückshandels begründen, z.B. Berufsnähe (beispielsweise bei Makler, Bauunternehmer, Architekt), enger zeitlicher Zusammenhang zwischen An- und Verkauf sowie — hier vor allem interessierend — Entfaltung von über die Veräußerung hinausgehenden Aktivitäten.

III. Veräußerung zum Zwecke der Bodensubstanzverwertung

1. Bei Veräußerung eines Grundstücks, das zum notwendigen oder gewillkürten Betriebsvermögen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs gehört und dessen Bodensubstanz der Erwerber ausbeuten will, stellt die Veräuße-

rung des Grundstücks selbst eine steuerpflichtige Entnahme dar. Da der Abbau von Substanz z.B. im Wege der Kies- oder Sandausbeute jedoch nicht unter den Begriff der Land- und Forstwirtschaft als planmäßiger Nutzung der natürlichen Kräfte des Bodens und Verwertung der dadurch gewonnenen Erzeugnisse³¹ fällt, bleibt das Entgelt, welches der Erwerber hierfür bezahlt, nach st. Rspr. steuerfrei^{32, 33}. Das beruht auf folgenden Gedankengängen³⁴:

a) Die Bodensubstanz wird gegenüber dem Grundstück, dessen Bestandteil sie ist, als selbständiges Wirtschaftsgut im steuerrechtlichen Sinne angesehen³⁵.

b) Beim Land- und Forstwirt gehört — siehe obigen Begriff — das Wirtschaftsgut Bodenschatz regelmäßig³⁶ nicht zum notwendigen Betriebsvermögen.

c) Das Wirtschaftsgut Bodensubstanz gehört im Gegenteil regelmäßig zum notwendigen Privatvermögen. Es kann nicht einmal gewillkürtes Betriebsvermögen sein, da es nicht objektiv geeignet ist, dem land- und forstwirtschaftlichen Betrieb zu dienen und diesen zu fördern; denn es ist gerade eine der Land- und Forstwirtschaft wesensfremde Tätigkeit, Bodensubstanz auszubeuten³⁷.

2. a) Auf dieser Grundlage sollten die Vertragsteile unbedingt angehalten werden, in der Urkunde möglichst bereits das ertragsteuerpflichtige Entgelt für die Veräußerung der Bodenkruone und das nicht steuerpflichtige Entgelt für die Veräußerung der Bodensubstanz gesondert auszuweisen.

b) Grunderwerbsteuerlich nützt die gesonderte Ausweisung allerdings nichts. § 2 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG trifft nicht zu. Die Bodensubstanz zählt Grunderwerbsteuerlich zum Eigentum am Grundstück³⁸.

IV. Veräußerung eines der Milcherzeugung dienenden Grundstücks und Milch-Referenzmenge

1. Beim Verkauf eines Betriebs oder Betriebsteils, aber auch bei der Veräußerung einzelner Grundstücke über 1 ha; die der Milcherzeugung dienen, durch den Milcherzeuger geht nach Art. 7 EWG-VO Nr. 857/84, Art. 5 EWG-VO Nr. 1371/84 und § 7 Milch-Garantiemengen VO dessen Milch-Referenzmenge, auch Milch-Kontingent genannt, ganz bzw. zum Teil auf den Erwerber über. Die öffentlich-rechtlichen wie bürgerlich-rechtlichen Konsequenzen, die sich an diese Regelung knüpfen, sind völlig unklar³⁹.

²⁵ Insb. gilt § 14 a nur bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft.

^{25a} Zusammenfassend nunmehr: Rudolf Curtius-Hartung, Zur Abgrenzung privater Vermögensverwaltung von gewerblicher Tätigkeit bei der Immobilienveräußerung, in: Steuerberater-Jahrbuch 36, 1984/85, Köln 1985.

²⁶ Vgl. zusammenfassend Erlaß BayStMdf, FR 1976, 607 ff.

²⁷ Vgl. BFH BStBl 1980 II 106; 1982 II 700; BFH DB 1984, 380.

²⁸ So wörtlich BFH BStBl 1982 II 700, 703; erstmals BFH BStBl 1969 II 483; 1970 II 61; hierzu Littmann a.a.O. § 15 Rdnr. 37; Lademann-Söffing-Brockhoff, EStG, Stuttgart 1964 ff, § 13 Rdnr. 189 ff, § 15 Rdnr. 29 ff.

²⁹ Vgl. BFH a.a.O.

³⁰ BFH, HFR 1985, 14 f.

³¹ BFH BStBl 1970 II 210.

³² BFH BStBl 1983 II 106 mit Nachw.; EStR Abschn. 164 a; Felsmann a.a.O. Rdnr. A 1225 ff; Littmann a.a.O. §§ 4, 5 Rdnr. 215 a.

³³ Vorbehaltlich wieder §§ 22 Nr. 2, 23 EStG.

³⁴ Hierzu nunmehr Knobbe-Keuk, DB 1985, 144 ff. Ferner zusammenfassend: Bertram Rüdiger Müller, Besteuerung der entgeltlichen Überlassung von Bodensubstanz, Diss. Bonn 1982.

³⁵ Näher Felsmann a.a.O. Rdnr. A 1172 ff; Littmann a.a.O., §§ 4, 5 Rdnr. 215 a.

³⁶ Nämlich wenn kein Selbstabbau vorliegt, hierzu Felsmann a.a.O. Rdnr. A 1184 ff, 1190 ff; dagegen auch im Falle der entgeltlichen Überlassung der Ausbeute, Rdnr. A 1197 ff.

³⁷ BFH BStBl 1983 II 106, BFH DB 1983, 1128.

³⁸ BFH HFR 1965, 24; BFHE 86, 424; 86, 428; 86, 691.

³⁹ Beispiel: Bewirken die genannten Vorschriften zwangsweise einen Übergang der Referenzmenge oder kann dieser ausgeschlossen werden; kann mehr oder weniger Referenzmenge übertragen werden; wird die Referenzmenge als Kontingentzuweisung durch eine Lieferpause beeinträchtigt in ihrem Bestand; haftet der Verkäufer nach Rechts- oder Sachmängelvorschriften für Bestehen und Übergang der Milch-Referenzmenge etc.

2. Es ist denkbar, daß die Milch-Referenzmenge steuerrechtlich und/oder bürgerlichrechtlich als selbständiges Wirtschaftsgut betrachtet wird. Wenn man dies bejaht, erhebt sich die Frage, ob man dann bei dem Verkauf eines der Milcherzeugung dienenden Grundstücks Grunderwerbsteuer sparen kann, wenn hierbei für den Übergang der Referenzmenge eine besondere Entschädigung vereinbart wird.

Die Frage ist strittig. Die Finanzverwaltung jedenfalls verneint die Frage⁴⁰. Eine zutreffende Antwort auf die aufgeworfene Frage läßt sich nur geben, wenn über die Rechtsnatur der Referenzmenge Klarheit besteht.

Denkbar wären folgende Alternativen:

- a) Die Referenzmenge ist bürgerlich-rechtlich gesehen ein selbständiges, also sonderrechtsfähiges Recht.
- b) Die Referenzmenge ist bürgerlich-rechtlich nicht sonderrechtsfähig, sondern gem. § 96 BGB Bestandteil des Grundstücks, aber immerhin ein privates Vermögensrecht.
- c) Die Referenzmenge ist zwar nicht bürgerlich-rechtlich, wohl aber steuerrechtlich ein eigenes bewertungsfähiges Wirtschaftsgut.

Nur wenn die Alternative zu a) zutrifft, fällt Grunderwerbsteuer für den Übergang der Referenzmenge gem. §§ 1, 2 GrEStG nicht an.

3. Dafür, daß die Referenzmenge bürgerlich-rechtlich ein selbständiges, also sonderrechtsfähiges Recht darstellt, könnte § 7 der Milch-Garantiemengen VO sprechen, wonach die Referenzmenge nicht notwendig mit dem Eigentum am der Milcherzeugung dienenden Grundstück verbunden ist, sondern auch auf den Pächter übergeht. Dies ist jedoch nur ein Ausdruck des sog. Bewirtschafterprinzips⁴¹. Im übrigen ist § 7 dagegen zwingend, d.h. bei Verkauf und sonstiger Veräußerung und Nutzungsüberlassung geht die Referenzmenge automatisch mit auf den Erwerber bzw. neuen Bewirtschafter über. Hieraus folgt: Die Referenzmenge ist kein selbständiges privates Vermögensrecht, aber auch kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gem. § 96 BGB⁴². Wie der BGH einmal⁴³ zum Brennrecht nach dem BranntweinmonopolG, das dem Referenzmengenrecht sehr ähnelt⁴⁴, zutreffend entschieden hat, liegt überhaupt kein bürgerlich-rechtliches Vermögensrecht, sondern nur eine subventions- und steuerrechtliche Vergünstigung vor, die bei Verkauf und Verpachtung nur einen wertsteigernden Faktor darstellt, der jedoch mit dem Eigentum bzw. mit der Bewirtschaftung des Grundstücks untrennbar verbunden ist.

4. Als Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß auch für den Übergang der Referenzmenge Grunderwerbsteuer anfällt. Der Ansicht der Finanzverwaltung ist also zuzustimmen.

Dies hat wiederum mehrwertsteuerliche Konsequenzen, gem. §§ 1, 4 Nr. 9, 24 UStG.

V. Veräußerung eines Waldgrundstücks

1. Der forstwirtschaftliche Aufwuchs stellt steuerrechtlich gesehen ein selbständig bewertungsfähiges Wirtschaftsgut

⁴⁰ Erlaß des Niedersächsischen Finanzministeriums, BB 1985, 42.

⁴¹ Vgl. Erwin Gomoll, RdL 1985, 32.

⁴² Zubehörereignis nach § 97 BGB kommt ohnedies nicht in Betracht, da keine „Sache“.

⁴³ BGH, Urt. vom 5.6.1953, LM § 96 BGB Nr. 1.

⁴⁴ Auch das „Brennrecht“ bedeutete nur, daß der Brenner für die ihm kraft des Brennrechts zustehende Liefermenge eine höhere Vergütung erhielt als für den sog. Überbrand.

dar⁴⁵. Bei der Veräußerung eines Waldgrundstücks durch einen Land- und Forstwirt stellt sowohl das Entgelt für das stehende Holz wie das Entgelt für den Grund und Boden, da jeweils notwendiges Betriebsvermögen, eine steuerpflichtige Betriebseinnahme dar. Für die beiden Wirtschaftsgüter gelten getrennte Gewinnermittlungsvorschriften⁴⁶.

2. Stellt das Waldgrundstück im Sinne des § 14 EStG einen Teilbetrieb dar, gilt für die Versteuerung der Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG und der ermäßigte Steuersatz des § 34 EStG. Die Rechtsprechung hat an das Vorliegen eines forstwirtschaftlichen Teilbetriebes sehr geringe Anforderungen gestellt⁴⁷. Gebäude und Inventar haben hier nicht die Bedeutung wie beim landwirtschaftlichen Betrieb. Beim Erwerb einer Forstfläche gewisser Größe stellt sich diese bereits als selbständig lebensfähiges Forstrevier und damit auch als selbständige Erwerbsgrundlage dar, somit als Teilbetrieb.

3. Nur soweit das veräußerte Waldgrundstück keinen Teilbetrieb in diesem Sinne darstellt, unterliegt der Erlös der laufenden Besteuerung.

4. Wird bei der Veräußerung von Waldgrundstücken ein einheitlicher Kaufpreis vereinbart, wird nach dem Verhältnis des Teilwerts der beiden Wirtschaftsgüter der Kaufpreis aufgeteilt und der jeweilige Gewinn bzw. Verlust danach berechnet⁴⁸. Wenn die Vertragsteile eine Aufteilung in der Verkaufsurkunde vorgenommen haben, wird dies steuerrechtlich voll nachgeprüft. Einer Kaufpreisaufteilung kommt demnach keine Bedeutung zu.

VI. Reinvestitionsproblem

1. Zum Abschluß sei noch ein spezielles Problem aus dem Einkommensteuerrecht angesprochen, das ziemlich häufig auftauchen dürfte⁴⁹, jedoch dann wohl nicht erkannt wird.

Bekanntlich kann ein Landwirt, wenn er zu seinem Betriebsvermögen gehörenden⁵⁰ Grundbesitz⁵¹ veräußert, einer Besteuerung des hierbei entstehenden Veräußerungsgewinnes nicht nur über die eng begrenzte Vergünstigungsvorschrift des § 14 a Abs. 4 EStG u.U. entgehen, sondern ihm bieten die §§ 6 b, 6 c EStG die Möglichkeit, den Veräußerungsgewinn bzw. die aufgedeckten stillen Reserven auf andere angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens zu „übertragen“⁵². Dies gilt sowohl für die buchführenden Landwirte (§ 6 b EStG) wie für die, welche ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG (Überschubrechnung) oder nach § 13 a EStG (nach Durchschnittssätzen) ermitteln (§ 6 c EStG).

2. Die „Übertragung“ der stillen Reserven vom veräußerten begünstigten Wirtschaftsgut auf das angeschaffte oder her-

⁴⁵ Näher Felsmann a.a.O. Rdnr. A 1431; Littmann a.a.O. §§ 4, 5 Rdnr. 33.

⁴⁶ Vgl. insbes. §§ 55, 34 b, 6 b u. 6 c EStG und EStR Abschn. 131 Abs. 6.

⁴⁷ BFH BStBl 1982 II 158 mit Nachw.; ferner Felsmann a.a.O. Rdnr. D 78 ff; Littmann a.a.O. § 14 Rdnr. 4.

⁴⁸ Näher Felsmann a.a.O. Rdnr. A 1436 ff; Littmann a.a.O. § 13 Rdnr. 91 ff.

⁴⁹ Vor allem um die Zeit des Wechsels des Wirtschaftsjahres in der Landwirtschaft, also in der Regel Ende Juni/Anfang Juli, vgl. § 4 a EStG.

⁵⁰ Vgl. § 6 b Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EStG.

⁵¹ Vgl. § 6 c Abs. 1 Nr. 1 EStG.

⁵² Zu den Voraussetzungen im einzelnen, insbesondere zu begünstigten Wirtschaftsgütern, Reinvestitionsgütern, Sechsjahresfrist, Zugehörigkeit zum Betriebsvermögen, Führen eines laufenden Verzeichnisses bei nichtbuchführenden Landwirten, vgl. §§ 6 b, 6 c EStG und Abschn. 41 a, 41 b, 41 c und 41 d EStR.

gestellte Wirtschaftsgut^{53, 54} hat gemäß § 6 b Abs. 1 Satz 1 EStG „im Wirtschaftsjahr der Veräußerung“ oder gemäß § 6 b Abs. 3 Satz 1 und 2 EStG über eine Rücklage⁵⁵ in den folgenden zwei Wirtschaftsjahren zu erfolgen.

Diese gesetzliche Reinvestitionsfrist verlängert sich gemäß § 6 b Abs. 3 Satz 3 EStG auf 4 Jahre, wenn Reinvestitionsgut ein neu hergestelltes Gebäude ist und mit der Herstellung dieses vor Ablauf der normalen Reinvestitionsfrist begonnen wurde.

Bei den nach § 13 a EStG besteuerten Landwirten ist weiter die Verwaltungsregelung Abschn. 41 d Abs. 3 EStR zu beachten. Allerdings ist sehr strittig, ob es sich hierbei um eine generelle Verlängerung der Reinvestitionsfrist auf 4 Jahre handelt⁵⁶.

3. Die Frist für die Übertragung der stillen Reserven bindet einerseits an den Beginn des Wirtschaftsjahres der Veräußerung⁵⁷ an, nicht also an den Zeitpunkt der Veräußerung selbst⁵⁸. Daraus folgt, daß die Reihenfolge erst Veräußerung — dann Reinvestition nicht erforderlich ist. Das Reinvestitionsgut kann demnach auch vor der Veräußerung des begünstigten Wirtschaftsgutes angeschafft oder hergestellt worden sein, wenn nur die Veräußerung noch im selben Wirtschaftsjahr folgt⁵⁹.

a) Schlüsselbegriff für die Übertragungsfrist ist der der „Veräußerung“. Dieser Begriff wird allgemein dahin verstanden, daß er die entgeltliche Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an einem Wirtschaftsgut bezeichnet⁶⁰. Es kommt demnach insbesondere nicht auf das bürgerlich-rechtliche Eigentum an. Im übrigen ist der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums jedoch sehr ungeklärt. Er wird nicht definiert, sondern nur negativ oder beispielhaft umschrieben⁶¹.

⁵³ Vgl. § 6 b Abs. 1 Satz 1 EStG.

⁵⁴ Im Folgenden kurz „Reinvestitionsgut“ genannt.

⁵⁵ Bzw. gem. § 6 c Abs. 1 Nr. 2 EStG über eine Quasi-Rücklage.

⁵⁶ So Kanzler, Inf 1983, 516; Herrmann-Heuer, Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer (Loseblatt), § 6 c EStG Rdnr. 20 (mit Bedenken); a.M. Felsmann a.a.O., Rdnr. C 397 a; Richter, Inf 1979, 440. Für letztere Ansicht spricht, daß eine gesetzliche Frist für bestimmte Steuerpflichtigengruppen (Steuer-gleichheit!) nicht durch die Verwaltung geändert werden kann, vor allem aber der Wortlaut von Abschn. 41 d Abs. 3 Satz 2 EStR: „jeweils während der im § 6 b Abs. 3 EStG genannten Fristen“. Vgl. Lademann-Söffing-Brockhoff, a.a.O., § 6 c Rdnr. 30.

⁵⁷ § 6 b Abs. 1 Satz 1 EStG.

⁵⁸ Und auch nicht an den Zeitpunkt des Zuflusses des Anschaffungspreises, auch nicht im Rahmen des § 6 c EStG: Abschn. 41 d Abs. 2 Satz 2 EStR; Felsmann a.a.O., Rdnr. C 388; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 b Rdnr. 143, 147; Littmann, a.a.O., § 6 c Rdnr. 3 a.

⁵⁹ Abschn. 41 b Abs. 2 Satz 2 EStR; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 b Rdnr. 147; Lademann-Söffing-Brockhoff, a.a.O., § 6 b Rdnr. 141; Littmann a.a.O., § 6 b Rdnr. 50.

⁶⁰ BFH BStBl 1981 II 431; Felsmann a.a.O., Rdnr. B 965; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 b Rdnr. 123, 143 (mit Nachw.); Klein-Flockermann-Kühr, Handbuch des Einkommensteuerrechts (Loseblatt), § 6 b Anm. 5; Lademann-Söffing-Brockhoff, a.a.O., § 6 b Rdnr. 53.

⁶¹ Nur: Herrmann-Heuer, a.a.O., § 2 Rdnr. 40 d; Littmann, a.a.O., § 2 Rdnr. 100 ff.

b) Dieses wirtschaftliche Eigentum geht zu dem Zeitpunkt über, zu welchem Verfügungsmacht und Herrschaftsgewalt übergehen⁶².

4. Die Frist für die Übertragung der stillen Reserven wird in Bezug auf ihren Ablauf andererseits markiert durch das Erfordernis der Anschaffung bzw. Herstellung des Reinvestitionsgutes während der Reinvestitionsfrist.

Herstellung in diesem Sinne ist die Fertigstellung, Zeitpunkt der Herstellung demnach der der Fertigstellung⁶³.

Anschaffung in diesem Sinne ist die Lieferung⁶⁴. Dies wiederum bedeutet den entgeltlichen Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums am Reinvestitionsgut⁶⁵. Der Begriff der Anschaffung stellt also den Korrespondenzbegriff zur Veräußerung dar.

5. Sowohl für den Beginn der Reinvestitionsfrist (Wirtschaftsjahr der Veräußerung) wie auch für die Reinvestition vor Ablauf der Frist (Anschaffung) kommt es entscheidend auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an. Ungeachtet der Unschärfe dieses Begriffs ist wirtschaftliches Eigentum nach allgemeiner Meinung jedenfalls beim Erwerb eines Grundstücks anzunehmen, wenn ein notarieller Vertrag abgeschlossen wurde und der Erwerber die tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt hat⁶⁶. Der Abschluß des notariellen Vertrages allein bewirkt noch nicht den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums⁶⁷. Dieses geht vielmehr erst über, wenn noch zusätzlich Eigenbesitz, Gefahr, Nutzen und Lasten übergehen⁶⁸.

6. Daraus folgt für die Praxis: Der Regelung des Zeitpunktes der Besitzübergabe kann im Hinblick auf die §§ 6 b, 6 c EStG entscheidende Bedeutung zukommen. Dies gilt vor allem, wenn Veräußerungsgeschäfte zeitnah zum Wechsel des Wirtschaftsjahres getätigt werden. Beispielsweise kann eine Hinausschiebung des Übergabezeitpunktes über den 1. Juli hinaus dem Veräußerer die Übertragungsmöglichkeit auf ein schon zuvor (und damit im vorhergehenden Wirtschaftsjahr) angeschafftes Reinvestitionsgut nehmen. Andererseits kann die Hinausschiebung des Übergabezeitpunktes über den 1. Juli hinaus dem Veräußerer die Reinvestitionsfrist um 1 Wirtschaftsjahr verlängern.

⁶² Abschn. 41 a Abs. 8 Satz 2 EStR; Felsmann a.a.O., Rdnr. B 965; Herrmann-Heuer a.a.O., § 6 b Rdnr. 147; Klein-Flockermann-Kühr, a.a.O., § 6 b Anm. 5; Lademann-Söffing-Brockhoff, a.a.O., § 6 b Rdnr. 53; Littmann, a.a.O., § 6 b Rdnr. 36.

⁶³ § 9 a EStDV; vgl. auch § 6 b Abs. 3 Satz 3 EStG.

⁶⁴ § 9 a EStDV.

⁶⁵ BFH BStBl 1981 II 431; 1977 II 554; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 b Rdnr. 145; Lademann-Söffing-Brockhoff, a.a.O., § 6 b Rdnr. 143.

⁶⁶ RFH RStBl 1926, 225; BFH BStBl 1975 II 167; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 2 Rdnr. 40 e; Littmann, a.a.O., § 2 Rdnr. 102.

⁶⁷ BFH BStBl 1977 II 554; Felsmann a.a.O., Rdnr. B 965; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 b Rdnr. 147.

⁶⁸ BFH BStBl 1977 II 554; Felsmann a.a.O., Rdnr. B 965; Herrmann-Heuer, a.a.O., § 6 Rdnr. 279.

⁶⁹ Vgl. § 4 a EStG.

II. Buchbesprechungen

Testamente und Erbverträge, Diktat- und Arbeitsbuch für Rechtsanwälte und Notare von Dr. Benno Keim, Notar in München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1985, gr. 8, Im Plastikordner DM 118,—

Die elektronische Daten- und Textverarbeitung hat auch die Arbeit des Notars erfaßt. Die Arbeit mit Schreibautomaten und Schreibcomputern bedingt eine Änderung der Arbeitsmethodik des Notars. Die juristische Literatur stellt sich hierauf ein. *Keim* legt nunmehr — nach dem im Jahre 1981 erschienenen Werk „Immobilienverträge“ — unter dem Titel „Testamente und Erbverträge“ ein Diktat- und Arbeitsbuch für Rechtsanwälte und Notare vor. Es erfaßt in 5 Abschnitten das Einzeltestament (I), Das Gemeinschaftliche Testament (II), den Erbvertrag (III), Verzichtverträge, nämlich Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichte (IV) und Sonderfälle der Testamenterrichtung (V).

Keims Kompetenz auf dem Gebiet der Textverarbeitung ist unbestritten. Fraglich ist allerdings, ob sich das Erbrecht für eine ähnlich systematische Erfassung eignet wie das Recht der Immobilienverträge, hängt doch die Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen wesentlich stärker vom Weitblick und von der Umsicht der Vertragsteile sowie von der Phantasie des Beraters ab als die Gestaltung eines Kaufvertrages. *Keim* hat diese Bedenken gesehen. In einem lesenswerten „Nachwort“ unter dem Titel „Warum arbeiten mit Textbausteinen (bei letztwilligen Verfügungen)?“ weist er selbst auf den Unterschied zum Handbuch „Immobilienverträge“ hin. Die mißbräuchliche Verwendung des Textsystems wird sich auch nach Meinung von *Keim* nirgends mehr rächen als bei Testamenten und Erbverträgen. Lediglich beim Urkundeneingang ist die Verwendung von Textbausteinen unproblematisch, bei den materiellen Texten gibt *Keim* den von ihm entwickelten Textbausteinen vor allem die Rolle des „Beispiels“, der „Feldbeschreibung“ und des „Suchbaums“. Über die vorformulierten Antworten soll sich derjenige, der eine Verfügung von Todes wegen formuliert, den Fragen nähern.

Grundbuchrecht, Kommentar zu Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung, 3. neubearbeitete Auflage, von Dr. Joachim Kuntze, Vorsitzender Richter am OLG Hamm, Rudolf Ertl, Notar in Kempten, Dr. Hans Herrmann, Notar in Memmingen, Dieter Eickmann, Professor an der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1985, 1311 Seiten, DM 238,—

Relativ kurze Zeit nach dem Erscheinen der 2. Auflage liegt nunmehr der Kommentar zum Grundbuchrecht von *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* in 3. Auflage vor (Stand 1. Juli 1984, teilweise 1. August 1984). Dies beweist, daß sich der Kommentar in kurzer Zeit zu einem Standardwerk und zuverlässigen Ratgeber entwickelt hat, zudem andere vergleichbare Kommentare nur in älteren Auflagen vorliegen.

Die Neuauflage war nicht unbedingt wegen der Gesetzesänderung (Novelle zum Bundesbaugesetz, Gesetze zur Neu-

Mit diesen — vom Autor selbst vorgenommenen — Einschränkungen ist das vorliegende Diktat- und Arbeitsbuch für jeden Notar von unschätzbarem Wert, nicht nur für denjenigen, der Textverarbeitungssysteme einsetzt. Für den Notar, der „klassisch“ arbeitet, enthält das vorliegende Diktat- und Arbeitsbuch wertvolle Anregungen.

Keim bringt nicht nur sehr ausführlich in sich durchstrukturierte Bausteine und Bausteinsysteme, er vermittelt in knappen Vorbemerkungen bei den einzelnen Kapiteln auch die Summe seiner Erfahrungen im Umgang mit dem Erbrecht. Darüber hinaus macht *Keim* zu bestimmten problematischen Situationen praxisorientierte Anmerkungen (Beispiel: Feststellung früherer letztwilliger Verfügungen, motivierte Erbinsetzung, Erbinsetzung bestehender juristischer Personen, Vererbung von Gesellschaftsanteilen und Urheberrechten, Benennung von Bezugsberechtigten bei Lebensversicherungen und Bausparkassen, die Bedeutung des § 2077 BGB bei Gemeinschaftlichen Testamenten, Honorarfrage bei der Testamentsvollstreckung, Zuziehung von Zeugen u.ä.). Diese Hinweise und Anmerkungen erhöhen den Nutzen der von *Keim* zusammengestellten Textbausteine.

Die von *Keim* entwickelten Texte erfassen alle typischen Situationen, die bei der Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen auftreten können. Daß dabei im Regelfall weniger eine materiell gültige Regelung vermittelt werden kann, als dies im Immobilienrecht der Fall ist, liegt in der Natur des Erbrechtes. In einigen Fällen hat *Keim* jedoch typische Situationen im wörtlichen Sinne mustergültig durchgestaltet. Dies gilt insbesondere für die Anordnung von Vermächtnissen, vor allem für das Vermächtnis auf Übereignung eines Grundstücks oder einer Eigentumswohnung, von Bankguthaben, für Geldvermächtnis, das Vermächtnis dinglicher Rechte, auf Anteile an Gesellschaften, Urheberrechte und Forderungen. Hierin liegt der besondere Wert des Diktat- und Arbeitsbuches von *Keim*.

Notar Dr. Wolfgang Reimann, Roding

regelung des Rechts der elterlichen Sorge, zur Änderung des Beurkundungsgesetzes, Grunderwerbsteuergesetz) notwendig, jedoch auch ohne größere Änderung der gesetzlichen Bestimmungen schreitet das Recht durch Rechtsprechung und Literatur voran und läßt es willkommen erscheinen, daß ein Kommentar, auf den neuesten Stand gebracht, herauskommt.

Gliederung und Aufbau der zuletzt 1979 erschienenen Vorauflage wurden beibehalten. Dabei wurde insbesondere die in der 2. Auflage eingeführte Angabe von Randnoten — optisch am Rand —, welche dem Benutzer den Gebrauch wesentlich erleichtern, beibehalten.

Die Einleitung, die als Einführung in das Grundbuchrecht für sich allein bereits eine Darstellung des materiellen Grundbuchrechts darstellt (bearbeitet in Teil I und Teil II Gruppe 1—3 durch *Ertl*, Gruppe 4 durch *Herrmann* und Gruppe 5 durch *Eickmann*), wurde durch das Hinzufügen einer alphabetischen Inhaltsübersicht, sowie einer Literaturübersicht

noch verbessert. Ferner wurde in der Einleitung jeder Abschnitt durch eine stärkere Untergliederung übersichtlicher dargestellt. Die Voranstellung von jeweils einem Literaturverzeichnis — dies erfolgte in der 3. Auflage auch am Anfang zu fast jedem Paragraphen der Grundbuchordnung — erleichtert dem Benutzer einen noch schnelleren Zugriff zu allen Problemkreisen.

Die Steigerung der Seitenzahl blieb gering — von 1260 Seiten auf 1311 Seiten —, wodurch die Handlichkeit des Kommentars erhalten blieb.

Während der Kommentar in seiner 1. Auflage noch sehr stark die Meinung der Verfasser herausstellte und dabei oft von Rechtsprechung und herrschender Lehre abwich, trat bei der 2. Auflage und verstärkt nochmals bei der 3. Auflage eine Wende dahingehend ein, daß in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen die Gegenmeinungen nur mehr beschränkt dargestellt wurden, während das Aufzeigen und Lösen von Zweifelsfragen in umfangreicher Weise beibehalten wurde. Damit dient der Kommentar noch stärker der Praxis und dem Praktiker, der gezwungen ist, die Rechtsprechung zu berücksichtigen, jedoch dankbar für Lösungsvorschläge bei ungeklärten Problemen oder Zweifelsfragen ist.

Da es in einer Besprechung unmöglich ist, alle im Kommentar angesprochenen Fragen zu behandeln, will ich mich hier nur auf einzelne Problemkreise beschränken.

Zu Recht warnt *Ertl* (Einleitung A 10) davor, daß das Grundbuch, welches als Aufgabe auch eine Warn- und Schutzfunktion gegenüber den Staatsbürgern übernommen hat, durch „Nebengrundbücher“ z.B. öffentliche Lasten, Baulasten (wie sie in einzelnen Bundesländern bereits existieren und in Bayern diskutiert werden) — ausgehöhlt wird.

Die Streitfrage, ob zur Eintragung der Auflassungsvormerkung die Angabe der Urkunde nach Datum, Namen und UR-Nr. des Urkundennotars genügt, ohne Vorlage der Urkunde selbst (so *Haegeler-Schöner-Stöber*, GBR 7. Auflage 1983, Rdnr. 695 a) wird von *Ertl* (Einl G 31 f.) mit dem überzeugenden Argument abgelehnt, daß die Gefahr besteht, daß in bestimmten Fällen kein vormerkungsfähiger Anspruch entstehen kann.

Während sich *Ertl* in der 2. Auflage (§ 20 GBO Rdnr. 97 ff.) noch mit der Frage, ob eine unrichtige Gemeinschaftsangabe (z.B. Auflassung an Ehegatten als Berechtigte in Bruchteilen, diese leben aber in Gütergemeinschaft) die Auflassung materiell unwirksam macht, beschäftigen mußte und hier für die verschiedenen Fälle überzeugende Lösungsvorschläge anbot, hat sich dieses Problem für die Praxis durch den Beschluß des BGH vom 10.12.1981 (DNotZ 1982, 692) weitgehend erledigt. Es sind somit, wenn die Auflassung materiell wirksam erklärt worden ist, nur mehr Anträge der Erwerber notwendig.

In der Praxis spielen aber jetzt immer mehr ausländische Güterstände eine Rolle. *Ertl* (§ 19 GBO Rdnr. 154) weist hierbei nur auf Fundstellen für ausländisches Güterrecht hin. Es wäre jedoch bei einer weiteren Neuauflage zu begrüßen, wenn er die Güterstände kurz darstellen würde, da sich die

Gerichte in immer größerem Maße damit befassen (s.z.B. Beschluß des LG Kempten vom 9.5.1984, MittBayNot 1984, 254 ff. mit Anmerkung *Sonnenberger*).

Das BayObLG hat nunmehr die Frage, ob das Grundbuchamt die Vorlage eines Zeugnisses der Genehmigungsbehörde darüber verlangen kann, daß die Genehmigung unanfechtbar geworden sei, wenn sie ohne Einschränkung (Auflage oder Bedingung) erteilt worden ist, entsprechend der herrschenden Meinung dahingehend entschieden, daß es für diesen Fall keines weiteren Nachweises für die Unanfechtbarkeit der Genehmigung durch ein Zeugnis der Genehmigungsbehörde bedürfe. Die Unzulässigkeit ergibt sich in diesem Fall nach dem BayObLG aus dem Gesetz (Vorlagebeschluß vom 30.10.1984, MittBayNot 1985, 25 ff.). Da das BayObLG jedoch bei seinem Beschluß von der Entscheidung des OLG Frankfurt vom 23.12.1964 (DNotZ 1965, 502) abweicht, hat es die Beschwerde gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem BGH vorgelegt. Die Aussage von *Ertl* (§ 20 GBO Rdnr. 162), daß die Entscheidungen zum Grundstücksverkehrsgesetz des LG Traunstein und OLG Frankfurt nicht mehr anwendbar sind, trifft somit nicht voll zu. Es ist jedoch zu hoffen, daß sich der BGH der praxisorientierten Entscheidung des BayObLG anschließt.

Kurz sei erwähnt, daß *Ertl* bei der Kommentierung des § 28 GBO dankenswerterweise auch auf die Problematik der Wertsicherungsklauseln im Grundbuch eingegangen ist und hierbei die von der Deutschen Bundesbank aufgestellten Grundsätze aufgeführt hat (§ 28 GBO Rdnr. 26).

Die Problematik der Gesamthandsgemeinschaften hat *Eickmann* bei der Kommentierung zu § 47 GBO ausführlich und übersichtlich dargestellt, insbesondere ist er mit den anderen grundbuchrechtlichen Kommentaren der Meinung, daß § 47 GBO auf die Eintragung eines nichtrechtsfähigen Vereins angewandt wird und hat sich somit gegen die Grundbuchfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins gewandt (s. dazu ausführlich *Schmidt*, NJW 1984, 2249 ff.).

Sehr wertvoll für den Benutzer sind auch die Kommentierungen von *Eickmann* zu sämtlichen Paragraphen der Grundbuchverfügung, insbesondere, da andere Kommentare hier keine zusammenhängende Kommentierung besitzen oder diese vielfach mit der Kommentierung zur Grundbuchordnung vermischt wird, wodurch ein rasches Auffinden und Lösen der Probleme nicht einfach ist.

Kleine Mängel, wie das zeitweilige Nichtaufführen der neuesten Auflage (Boruttau-Klein, Grunderwerbsteuergesetz, jetzt 12. Auflage 1982; Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, jetzt 12. Auflage 1982 mit Nachtrag 1983) oder das Hinweisen bei der Kommentierung auf eine ältere Auflage (z.B. § 23 GBO Rdnr. 35 — Hinweis auf Horber 14. Auflage, statt 16. Auflage) beeinträchtigen jedoch nicht den insgesamt sehr positiven Eindruck des Kommentars, der immer aktuell ist und für die grundbuchrechtliche Praxis zu den maßgebenden Werken gehört. Der Kommentar sollte für jeden, der sich mit Grundbuchrecht befaßt, zur Pflichtlektüre gehören.

Notar Dr. Dieter Lindner, Greding

III. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 141, 142, 242 (*Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts*)

1. Die Bestätigung eines formgebundenen Rechtsgeschäfts bedarf ihrerseits auch dann der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form, wenn die Nichtigkeit des zu bestätigenden Geschäfts nicht auf der Verletzung des Formgebots beruhte.

2. Zur Frage, ob der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB nach Anfechtung wegen arglistiger Täuschung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden kann.

BGH, Urteil vom 6.5.1985 — VIII ZR 119/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger begehren die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde vom 30. November 1981. In dieser Urkunde traten die Beklagten ihre Geschäftsanteile an der Firma St-Maßmoden-GmbH an die Kläger ab. Der Kaufpreis sollte 127.000 DM betragen. Ein Scheck in Höhe von 80.000 DM wurde den Beklagten bei der Beurkundung übergeben. Der Restkaufpreis von 47.000 DM war bis zum 1. Mai 1982 zu bezahlen. Wegen ihrer Zahlungsverpflichtungen unterwarfen sich die Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde. Die Geschäftsübergabe erfolgte am 29. Januar 1982.

Mit Anwaltsschreiben vom 29. März 1982 ließen die Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung erklären. Die Beklagten leiteten im Mai 1982 durch Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 30. November 1981 die Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Restkaufpreises von 47.000 DM ein. Daraufhin erhoben die Kläger Vollstreckungsabwehrklage.

Die Kläger führten den Geschäftsbetrieb zunächst unter der ursprünglichen Firma fort. In der Zeit zwischen März und Dezember 1983 traten sie einen Teil ihrer Geschäftsanteile an neue Gesellschafter ab, hoben die Abtretung später wieder auf und ersetzten sie durch Abtretungen an eine dritte Gesellschafterin. Ein neuer Geschäftsführer der Gesellschaft wurde bestellt, wieder abberufen und durch andere Geschäftsführer ersetzt. Die Firma wurde zunächst in „C-GmbH“, die den Groß- und Einzelhandel mit Kosmetik-Artikeln und die Errichtung einer Kosmetik-Studio-Kette zum Gegenstand hatte, und später in „C-Vertriebs GmbH“ geändert. Zwischen März und Juni 1983 boten die Kläger in Zeitungsinserten das von den Beklagten übernommene Geschäft mehrfach zum Verkauf an. Das Geschäftslokal wurde anderweitig vermietet.

Das Landgericht hat der Vollstreckungsabwehrklage nach Beweisaufnahme über die von den Klägern behauptete arglistige Täuschung stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Wirksamkeit der von den Klägern erklärten Anfechtung könne offenbleiben. Denn die Kläger konnten jedenfalls keine Rechte mehr aus der Anfechtung geltend machen. Zwar sei weder von einer Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts nach § 144 BGB auszugehen, weil die den Klägern vorzuhaltenden Vorgänge sich im wesentlichen nach der Anfechtungserklärung ereignet hätten, noch könne eine Bestätigung des angefochtenen Geschäfts nach § 141 BGB ange-

nommen werden, weil diese gemäß § 15 GmbHG der Form der notariellen Beurkundung bedurft hätte. Die Kläger seien aber durch die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleitende Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gehindert, die Bezahlung des Restkaufpreises zu verweigern. Sie hätten sich nämlich nicht nur fortlaufend so verhalten, als ob sie weiter im Besitz des Geschäfts bleiben wollten, sondern hätten darüber hinaus Maßnahmen getroffen, durch die ihnen die Rückführung des Geschäfts an die Beklagten in einer für den Weiterbetrieb sinnvollen Form unmöglich geworden sei. ...

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 30. November 1981. Ihre Klage muß Erfolg haben, wenn der in dieser Urkunde titulierte Anspruch der Beklagten weggefallen ist. Die Kläger haben sich in ihr der Zwangsvollstreckung „wegen ihrer Zahlungsverpflichtungen“ unterworfen. Die Unterwerfungserklärung bezieht sich nach ihrem Zusammenhang mit der in derselben Nummer (IV) der notariellen Urkunde genannten Kaufpreisforderung der Beklagten unzweideutig allein auf diesen Kaufpreisanspruch. Ohne Bedeutung für den Erfolg der Klage ist daher, ob den Beklagten gegen die Kläger aus anderem Rechtsgrund Zahlungsansprüche zustehen könnten (vgl. z.B. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 20. Aufl., § 767 Rdnr. 20, § 794 Rdnr. 95, § 797 Rdnr. 20). Denn auch wenn den Beklagten als Folge der Anfechtung oder des Verhaltens der Kläger nach der Anfechtungserklärung Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche erwachsen sind, deckt doch die vollstreckbare Urkunde, in der sich die Kläger wegen einer Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, — von dem hier nicht gegebenen Fall einer vereinbarten nachträglichen Auswechslung des Schuldgrundes abgesehen — nicht die Vollstreckung wegen eines an die Stelle der ursprünglichen Kaufpreisforderung tretenden Schadensersatz- (BGH Urteil vom 23. November 1979 — V ZR 123/76 = WM 1980, 316, 317 m. Nachw. [= MittBayNot 1980, 64]) oder Bereicherungsanspruchs (RG JW 1937), 2447, 2449).

2. Das Berufungsgericht läßt unentschieden, ob die Kläger ihre kaufvertraglichen Willenserklärungen wirksam gemäß § 123 BGB angefochten haben. Davon ist daher zugunsten der Revision auszugehen. Zwingende Folge einer wirksamen Anfechtungserklärung ist die rückwirkende Nichtigkeit der Erklärungen der Kläger (§ 142 Abs. 1 BGB) und damit der Wegfall der titulierten Kaufpreisforderung. Entscheidend ist mithin, ob nachfolgendes Verhalten diese Nichtigkeitsfolge wieder beseitigt hat oder ob jedenfalls die in § 142 BGB ausgesprochene Rechtsfolge durch den Grundsatz des § 242 BGB eingeschränkt werden kann. Beides ist im vorliegenden Fall zu verneinen:

a) Das Berufungsgericht verneint die Voraussetzungen einer Bestätigung nach § 141 Abs. 1 BGB. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Zwar kann unter Umständen in der Weiterbenutzung einer durch angefochtenes Kaufgeschäft erworbenen Sache eine Bestätigung gesehen werden (Senatsurteil vom 28. April 1971 — VIII ZR 258/69 = WM 1971, 749, 753 unter II 3 e cc m. Nachw.; OLG Dresden OLGE 20, 176; *Stau-*

dinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 141 Rdnr. 3). Bei der Übertragung von Geschäftsanteilen einer GmbH bedarf aber sowohl das Verpflichtungs- wie das Verfügungsgeschäft der notariellen Form (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Ist das zu bestätigende Rechtsgeschäft formgebunden, so muß auch die Bestätigung dieser Form genügen. Mit der herrschenden Meinung kann hiervon nicht etwa eine Ausnahme in den Fällen gemacht werden, in denen die Unwirksamkeit des zu bestätigenden Geschäfts nicht aus der Verletzung eines Formgebots, sondern — wie hier — aus einem anderen Grund folgt (RGZ 146, 234, 238; *Staudinger/Dilcher* aaO § 141 Rdnr. 5; *Krüger-Nieland/Zöller* in: BGB-RGRK, 12. Aufl., § 141 Rdnr. 13; *Soergel/Siebert/Hefermehl* BGB, 11. Aufl., § 141 Rdnr. 7; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 44. Aufl., § 141 Anm. 2 b aa; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., § 30, 6 S. 551 f; offengelassen in RG JW 1931, 3549, 3550; a.A. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 532; *Graba*, Bestätigung und Genehmigung von Rechtsgeschäften, Diss., 1967, S. 60 ff). Denn dem Wortlaut des Gesetzes, nach dem die Bestätigung als erneute Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts zu beurteilen ist (§ 141 Abs. 1 BGB), muß entnommen werden, daß die Bestätigung allen Erfordernissen an die Errichtung des Rechtsgeschäfts (vgl. Motive I S. 217) und mithin auch der für das Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form gerecht werden muß. Daran fehlt es hier.

Es besteht auch keine Veranlassung, die Rechtsfolge der Formnichtigkeit (§ 125 Satz 1 BGB) unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben außer acht zu lassen. Eine derartige Begrenzung der Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB ist zwar auch bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen einer GmbH nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. BGHZ 35, 272, 277). Abgesehen davon aber, daß kein Anhaltspunkt für die Annahme gegeben ist, die Beklagten hätten auf die Formgültigkeit etwaiger — erst nach Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage vorgenommener — Bestätigungshandlungen der Kläger vertraut, kann die Berufung auf den Formmangel dem anderen Vertragsteil nur ausnahmsweise und zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse versagt werden (z.B. BGH Urteil vom 13. Oktober 1983 — III ZR 158/82 = NJW 1984, 606, 607; *Scholz/Winter*, GmbH-Gesetz, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 53; w. Nachw. bei MünchKommFörschler, BGB, 2. Aufl., § 125 Rdnr. 55 ff). Kann dagegen — wie das hier der Fall ist (dazu unten II 2 b aa) — der notwendige Ausgleich unter Berücksichtigung der Interessen der Beklagten mit anderen rechtlichen Mitteln, etwa über Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche, erzielt werden, so ist für eine durch Treu und Glauben gebotene Bindung an formnichtige Rechtsgeschäfte kein Raum.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Geltendmachung der Folgen der Anfechtungserklärung durch die Kläger stehe der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens entgegen, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dabei ist zu beachten, daß es hier weder um die — einer Beschränkung durch den Grundsatz von Treu und Glauben unzweifelhaft unterliegende (dazu z.B. *Staudinger/Weber*, BGB, 11. Aufl., § 242 Rdnr. D 112) — Ausübung des Anfechtungsrechts der Kläger oder um eine Einschränkung des materiell-rechtlichen Anfechtungsgrundes (dazu *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 438) noch um die Frage geht, inwieweit nachträgliches Verhalten der Kläger zu einer inhaltlichen Änderung ihres aus der Anfechtung folgenden Bereicherungsanspruchs geführt haben kann (dazu BGHZ 57, 137,

152). Auf die Ausübung des Anfechtungsrechts kommt es nicht an, weil das vom Berufungsgericht als widersprüchlich gewertete Verhalten der Kläger zeitlich nach ihrer Anfechtungserklärung vom 29. März 1982 lag. Ein Bereicherungsanspruch der Kläger wegen der bereits gezahlten 80.000 DM ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Für den Erfolg der Klage ist vielmehr allein ausschlaggebend, ob der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegeng gehalten werden kann.

aa) Gründe der Rechtssicherheit und die Gefahr einer sonst drohenden „Rechtserweichung und -verwässerung“ (*Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., S. 99) verbieten es grundsätzlich, Vorschriften des zwingenden Rechts unter Berufung auf den allgemeinen Billigkeitsgrundsatz auch dort anzutasten, wo besondere gesetzliche Regelungen den Interessenkonflikten bereits Rechnung tragen (dazu z.B. *Staudinger/Weber* aaO Rdnr. D 329, 324; MünchKomm-Roth, BGB, 2. Aufl., § 242 Rdnr. 245). Das Berufungsgericht sieht eine besondere Treuwidrigkeit in der Handlungsweise der Kläger — abgesehen von der Fortführung des Geschäfts (dazu oben II 2 a) — deshalb, weil sie sich die Erfüllung ihrer aus der Anfechtung folgenden Rückübertragungspflicht unmöglich gemacht hätten. Daß dem Käufer, der den Kaufvertrag zu Recht wegen arglistiger Täuschung angefochten hat, die Rückerstattung der angefechtbar erworbenen Sache in dem Zustand, wie er sie empfangen hat, unmöglich wird, steht aber der Wirksamkeit der Anfechtung nicht entgegen (BGHZ 53, 144, 145; 57, 137, 146; RG SoergRspr 1914 § 142 BGB Nr. 1, 2; *Soergel/Siebert/Hefermehl* aaO § 142 Rdnr. 10); dabei macht es keinen Unterschied, ob die Entwertung der Sache vor oder nach Abgabe der Anfechtungserklärung eingetreten ist. Denn anders als bei dem vertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht oder der Wandelung (§ 467 Satz 1 Halbs. 1 BGB) fehlt es für die Anfechtung an einer den Vorschriften der §§ 351 ff. BGB, die ihrerseits auf dem Grundgedanken des Verbots des venire contra factum proprium beruhen (Senatsurteil vom 10. November 1971 — VIII ZR 155/70 = WM 1972, 158), vergleichbaren Regelung. Der Anfechtende ist auch bei einer — selbst verschuldeten — Entwertung der von ihm zurückzugewährenden Sache nicht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, die Erfüllung der von ihm ursprünglich geschuldeten Leistung unter Hinweis auf die Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB zu verweigern. Den angemessenen Ausgleich dafür, daß er seine Leistung nicht zurückerstatten kann, hat das Gesetz in den §§ 812 ff BGB geschaffen: Nicht nur kann der eigene Bereicherungsanspruch des Anfechtenden — um den es hier nicht geht (oben II 2b) — im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung wegen eigenen Verschuldens begrenzt werden (BGHZ 57, 137, 152), sondern der Anfechtende kann sich auch gegenüber dem Bereicherungsanspruch des Anfechtungsgegners nicht auf einen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen, wenn er im Zustande der sogenannten Bösgläubigkeit, d.h. nach Abgabe der Anfechtungserklärung, die Entwertung der empfangenen Sache schuldhaft herbeigeführt hat und deshalb auf Schadensersatz nach den allgemeinen Vorschriften haftet (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292, 989 BGB). Diese von dem Gesetz vorgenommene Verteilung etwa entstandener Einbußen vermeidet unbillige Ergebnisse, so daß es der vom Berufungsgericht vorgenommenen Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben zur Einschränkung der Anfechtungswirkung des § 142 Abs. 1 BGB nicht bedarf. Zwar ist ein etwaiger Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruch der Beklagten in der notariellen Urkunde vom

30. November 1981 nicht titulierte (oben II 1). Diesen Nachteil aber haben die Beklagten in dem — zu unterstellenden — Fall einer von ihnen herbeigeführten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zu tragen.

bb) Die vom Berufungsgericht und der Revisionserwiderung angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen sind nicht geeignet, ihre Rechtsauffassung zu stützen: Mit dem Satz, daß arglistig handelt, wer sich auf die Nichtigkeit eines Geschäfts beruft, um seinerseits nicht zu leisten, dabei aber das Hingenommene, das er ohne Rechtsgrund hat, behalten will, begründete das Reichsgericht in RGZ 161, 52, 59 die Erkenntnis, daß dem wucherischen Darlehensgeber die auf § 812 BGB gestützte Rückforderung der ausgezahlten Darlehenssumme durch die Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB nicht endgültig verschlossen sei (aaO 58). Das hat nichts mit der Frage zu tun, ob der Käufer nach Anfechtung des Kaufvertrages — bei grundsätzlich geschuldeter Rückgewähr des Kaufgegenstandes — die Erfüllung der Kaufpreisschuld verweigern kann. Die Entscheidung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 1954 (II ZR 1/53 = LM BGB § 154 Nr. 2; dazu z.B. auch MünchKomm-Roth aaO § 242 Rdnr. 318) behandelt den Fall eines teilweisen Einigungsmangels im Sinne des § 154 BGB und läßt unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu § 139 BGB die Berufung auf den Einigungsmangel dann nicht zu, wenn der eine Vertragspartei sich in den Genuß aller Vorteile einer langfristigen Vereinbarung gesetzt hat, deren Beseitigung der andere Teil nur unter besonderen Umständen verlangen kann. Das kann auf den vorliegenden Sachverhalt, in dem ein einmaliges Austauschverhältnis — wie zu unterstellen ist — rückwirkend insgesamt vernichtet worden ist und die gegenseitigen Leistungen — im Unterschied zu dem vom II. Zivilsenat entschiedenen Fall — grundsätzlich über Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche auszugleichen sind, nicht übertragen werden. Die von der Revisionserwiderung erwähnte Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Saldothese und zu Einschränkungen dieser Theorie bei Anfechtung eines Vertrages wegen arglistiger Täuschung oder bei einer — nach Rechtshängigkeit eintretenden oder auf einem Sachmangel beruhenden — Entwertung der zurückzugewährenden Leistung (BGHZ 57, 137; 72, 252; 79, 216; auch BGHZ 53, 144) betrifft Bestehen und Umfang der gegenseitigen Bereicherungsansprüche, nicht aber den Einfluß der Anfechtung auf den vertraglichen Erfüllungsanspruch des Anfechtungsgegners.

2. BGB § 305 (Rechtsnatur und Wirksamkeit einer Vereinbarung mit der Gemeinde, die Festsetzungen eines Bebauungsplans einzuhalten)

Eine Gemeinde kann bei der Veräußerung eines ihr gehörigen Grundstücks dem Erwerber durch zivilrechtliche Vereinbarung die Verpflichtung auferlegen, sich bei der Errichtung eines Bauvorhabens an die Festsetzungen eines inhaltlich zulässigen, aber noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplans zu halten. Durch eine derartige zivilrechtliche Abmachung kann sich der Erwerber auch rechtswirksam verpflichten, ein nach öffentlichem Baurecht (materiell) legales Bauwerk zu verändern.

BGH, Urteil vom 7.2.1985 — III ZR 179/83 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagten erwarben auf Grund notariellen Vertrages vom 1. August 1979 von der B.-GmbH ein Grundstück. Dieses Grundstück stand damals noch im Eigentum der klagenden Gemeinde. Inzwischen sind die Auflassung an die Beklagten und deren Eintragung im Grundbuch erfolgt.

Die Klägerin hat den notariellen Vertrag mitabgeschlossen. In Abschnitt VIII Nr. 9 „Besondere Verpflichtungen“ heißt es u.a.:

„a) Dem Erwerber ist bekannt, daß sowohl für die Bebauung des Grundstücks als auch für die Gestaltung der Außenanlagen die Vorschriften des rechtskräftigen Bebauungsplanes Nr. 435 der Gemeinde O. und der von der Gemeinde O. erstellten Baubibel gelten, die zu Urkunde des Notars Dr. S. in F. vom 24. Juli 1979 beurkundet ist. Bebauungsplan und Baubibel sind dem Erwerber bekannt. Es wird hierauf Bezug genommen. Die Baubibel wurde zum Gegenstand der Verhandlung gemacht.

Der Erwerber ist zur Einhaltung der Vorschriften von Bebauungsplan und Baubibel verpflichtet . . .

f) Die vorstehenden Verpflichtungen werden vom Erwerber (Beklagte) auch gegenüber der Gemeinde O. (Klägerin) eingegangen.

Die notarielle Urkunde enthält auf Seite 25 den Vermerk:

„Allerorts der Urkunde wird berichtet, daß der Bebauungsplan nach Angabe derzeit noch nicht rechtskräftig ist.“

Die in Bezug genommene Urkunde des Notars Dr. S. vom 24. Juli 1979 lautet:

„I. Die Gemeinde O. erstellt . . . den Bebauungsplan Nr. 435 . . .

II. Die bauliche Gestaltung der Einzelbauvorhaben in diesem Gebiet soll zur Erreichung einer einheitlichen städtebaulichen Gestaltung nach dem Willen der Gemeinde O. entsprechend dem Arbeitsbericht „Auszug aus der Bebauungstypologie BBP 435“ (Baubibel) . . . erfolgen.

Der einzelne Bewerber hat sich bei der Planung und Durchführung seines Bauvorhabens an die in der Baubibel niedergelegten Texte, Zeichnungen, Abbildungen und planerischen Darstellungen zu halten.

Ablichtungen der genannten Blätter der Baubibel sind dieser Urkunde als Anlage beigefügt; auf sie wird Bezug genommen. . . .“

Der Bebauungsplan Nr. 435 war zunächst in der Fassung vom 13. Juli 1978 am 6. Oktober 1978 genehmigt worden. Die Klägerin hat den entsprechenden Satzungsbeschluß jedoch am 30. Oktober 1978 wieder aufgehoben und für den Planbereich am 19. Dezember 1978 erneut einen Bebauungsplan beschlossen. Dieser sieht in der Fassung des Entwurfes vom 22. Mai 1979 — in anderen Punkten später ergänzt durch Beschluß vom 26. Juli 1979 — für das Grundstück der Beklagten eine Geschoßflächenzahl von höchstens 0,55 und eine Dachneigung von höchstens 27 Grad vor. Der Plan wurde vom zuständigen Landratsamt am 16. Januar 1980 unter Auflagen genehmigt.

Schon vor Abschluß des Kaufvertrages war den Beklagten am 5. Juli 1979 durch das Landratsamt als Bauaufsichtsbehörde die Errichtung eines Wohnhauses auf dem fraglichen Grundstück genehmigt worden. Der Beklagte zu 1) hatte vorher gemäß § 33 BBauG erklärt, daß er die künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans für das Grundstück für sich und seine Rechtsnachfolger anerkenne. In einer dem Bauantrag beigefügten Berechnung hatten die Beklagten die Geschoßflächenzahl (GFZ) des Vorhabens mit 0,56 und die Dachneigung mit 25 Grad angegeben. Nach dem Vorbringen der Beklagten ergab sich aus den dem Antrag beigefügten Bauzeichnungen unter Berücksichtigung der Maße und Flächeninhalte bei richtiger Berechnung eine GFZ von 0,627. Durch den Baugenehmigungsbeschluß vom 5. Juli 1979 wurde die Genehmigung des Bauvorhabens der Beklagten „nach Maßgabe der beiliegenden, . . . geprüften und revidierten Bauvorlagen . . .“ erteilt. Die GFZ des tatsächlich ausgeführten Vorhabens beträgt 0,581, die Dachneigung 28,4 Grad.

Der Beklagte zu 1) war seinerzeit als Architekt und Bauingenieur bei dem Landratsamt, das die Baugenehmigung erteilt hat, tätig. Sein Aufgabenbereich umfaßte die Planung und Bauüberwachung von Schulen. Heute ist er als Planer bei einer Gemeinde angestellt.

Das Landratsamt hat wegen Abweichung des Vorhabens von der Baugenehmigung gegen die Beklagten ein Bußgeld verhängt. Es hat jedoch davon abgesehen, von den Beklagten die Anpassung ihres Vorhabens an die Baugenehmigung zu verlangen, weil es die erforderlichen baulichen Maßnahmen als kostspielig und damit unverhältnismäßig ansah.

Die Klägerin begehrt auf Grund des Vertrages vom 1. August 1979 von den Beklagten als Gesamtschuldern die Änderung ihres Hauses dahin, daß es eine GFZ von höchstens 0,5665 und eine Dachneigung von höchstens 27 Grad aufweist. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. 1. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ist privatrechtlicher Natur. Er gründet sich auf den notariellen Vertrag vom 1. August 1979, an dessen Abschluß die Klägerin als Vertragspartnerin mitbeteiligt war und aus dem sie unmittelbar Ansprüche gegen die Beklagten nach Abschnitt VIII Nr. 9 a) und f) erworben hat. Diese Klauseln stehen in engem Zusammenhang mit dem Hauptgegenstand dieses Vertrages, nämlich dem zwischen den Beklagten und der B.-GmbH abgeschlossenen Grundstückskauf, und nehmen an dessen Rechtsnatur teil. Durch die genannten Klauseln ist den Beklagten als Käufer im Rahmen des privatrechtlichen Erwerbsvorgangs von der Klägerin als damaliger Grundstückseigentümerin die Verpflichtung auferlegt worden, bei der vorgesehenen Bebauung die Festsetzungen des noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplans Nr. 435 einzuhalten.

2. Die Klägerin hat allerdings mit den Abmachungen, die sie mit den Beklagten auf der Ebene des Privatrechts im rechtlichen Gleichordnungsverhältnis getroffen hat, öffentliche Zwecke verfolgt. Sie wollte mit privatrechtlichen Mitteln sicherstellen, daß die Beklagten bei der Bebauung des von ihr über die B.-GmbH zu erwerbenden Grundstücks die Ergebnisse ihrer — allerdings noch nicht bestandskräftigen — öffentlich-rechtlichen Bauleitplanung beachtete. Ein derartiges Vorgehen ist der Klägerin rechtlich nicht verwehrt.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß eine Gemeinde städtebauliche Zwecke sowie Ziele der Bauleitplanung auch mit den Mitteln des Privatrechts wahrnehmen darf, wenn sie ihr zur Befriedigung eines rechtmäßigen öffentlichen Interesses am besten geeignet erscheinen und keine öffentlich-rechtlichen Normen und Rechtsgrundsätze entgegenstehen (BGH-Urteil vom 12. Dezember 1980 — V ZR 43/79 = NJW 1981, 916; vom 24. Juni 1983 — V ZR 167/83 = NJW 1984, 924 [= MittBayNot 1983, 224] und vom 6. Juli 1984 — V ZR 62/83 = WM 1984, 1152 [= MittBayNot 1984, 173]; vgl. ferner Senatsurteil BGHZ 91, 84, 96 ff., jew. m.w. Nachw.). Für die Klägerin bestand ein anerkennenswertes Bedürfnis sicherzustellen, daß Bauprojekte, die vor dem Eintritt der Bestandskraft des Bebauungsplans begonnen wurden, von dessen Festsetzungen nicht abweichen (vgl. auch das in § 33 Satz 1 BBauG geregelte öffentlich-rechtliche Anerkenntnis der künftigen Festsetzungen). Zur Erreichung dieses legitimen Zieles durfte sie sich auch der Möglichkeiten bedienen, die sich ihr als Eigentümerin des zu veräußernden Grundstücks boten. Es liegt auch keine öffentlich-rechtliche Regelung vor, die es der Klägerin verbietet, einen Grundstückserwerber mit den Mitteln des Privatrechts an einen inhaltlich zulässigen, wenn auch noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplan zu binden. Entgegen der Ansicht der Revision war die Klägerin nicht darauf angewiesen, sich zur Sicherung der Bauleitplanung nur des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums des § 14 BBauG (Veränderungssperre) oder des § 15 BBauG (Zurückstellung von Baugesuchen) zu bedienen. Derartige Maßnahmen wären weitreichender gewesen und hätten die Beklagten erheblich stärker beschwert als das hier gewählte Mittel einer privatrechtlichen Bindung an den noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplan.

Gegen die Klägerin kann auch nicht der Vorwurf des Formenmißbrauchs erhoben werden. Sie hat ihren städtebaulichen Entwicklungs- und Ordnungsauftrag nach § 1 Abs. 3 BBauG nicht etwa allein mit den Mitteln des Privatrechts zu erfüllen versucht (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BBauG § 1

Rdnr. 19, 20; *Battis/Krautzberger/Löhr* BBauG 1984, § 1 Rdnr. 18). Vielmehr hat sie lediglich eine (nach dem damaligen Stand der Bauleitplanung) „plankonforme“ zivilrechtliche Vereinbarung getroffen. Sie hat sich dadurch keinen öffentlich-rechtlichen Bindungen (dazu unten) durch Ausweichen auf privatrechtliche Gestaltungsformen entzogen. Die den Beklagten auferlegten Vertragspflichten halten sich im Rahmen einer rechtlich zulässigen Planung (vgl. Urteil vom 12. Dezember 1980 aaO).

Die umstrittenen Vertragsklauseln sind nach alledem nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) nichtig.

II. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die in dem Bebauungsplan in seiner Fassung vom 22. Mai 1979 enthaltenen planerischen Festlegungen über Dachneigung und GFZ Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten geworden sind.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagten nach dem objektiven Vertragswortlaut an die Fassung des Bebauungsplans gebunden sind, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von der Gemeinde beschlossen war, und nicht an eine frühere, teilweise bereits überholte Fassung. Diese Auslegung der Individualerklärung ist möglich. Sie entspricht auch Sinn und Zweck der zwischen den Parteien getroffenen Abmachung. Der Klägerin ging es darum, die Beklagten zur Einhaltung eines zwar schon beschlossenen, aber noch nicht bestandskräftigen Bebauungsplans zu verpflichten. Das war auch für die Beklagten erkennbar. In dem notariellen Vertrag vom 1. August 1979 wurde darauf hingewiesen, daß der Bebauungsplan noch nicht bestandskräftig („rechtskräftig“) sei. Der Beklagte zu 1), der auf Grund seines Berufs im Bauplanungsrecht hinreichend erfahren ist, hatte, worauf das Berufungsgericht hinweist, zudem kurze Zeit vor Vertragsabschluß nach § 33 BBauG „die künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans“ anerkannt.

Es kann, wie das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung ausführt, dahingestellt bleiben, ob den Beklagten beim Abschluß des notariellen Vertrages die Fassung des Bebauungsplans vom 22. Mai 1979 bereits bekannt war. Der Vertrag bezieht sich nach seinem objektiven Gehalt auf diese Fassung, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von den Beklagten jederzeit eingesehen werden konnte und auch bei der Beurkundung vorlag. Ob die Beklagten bei dem Abschluß des Vertrages insoweit einem Irrtum unterlegen sind, hat das Berufungsgericht mit Recht offengelassen, da sie sich nicht auf ein rechtzeitig ausgeübtes Anfechtungsrecht berufen haben.

2. Wenn die Fassung der Baufibel, die in der umstrittenen Vertragsbestimmung durch Verweisung auf eine andere notarielle Urkunde in Bezug genommen wird, für das Vorhaben der Beklagten keine bestimmte Dachneigung vorschrieb, so können diese daraus nichts herleiten. Es greifen in jedem Falle die strengeren Regelungen des Bebauungsplans in der Fassung vom 22. Mai 1979 ein, der eine Dachneigung von höchstens 27 Grad festlegt.

III. Rechtsbedenkenfrei geht das Berufungsgericht davon aus, daß die den Beklagten am 5. Juli 1979 erteilte Baugenehmigung, die bei Vertragsschluß schon vorlag, die Vertragspflichten aus der umstrittenen Klausel (VIII 9 a) nicht beeinflußt hat.

1. Die Baugenehmigung vom 5. Juli 1979 wurde unbeschadet der Rechte Dritter erteilt (Art. 91 Abs. 7 — heute Art. 74 Abs. 6 — BayBO). Sie besagte nur, daß das Bauvorhaben der Beklagten mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar war. Dagegen ließ sie die privaten Rechte der Klägerin aus dem notariellen Vertrag unberührt (vgl. auch *Friauf in: von Münch, Bes.VerwR*, 7. Aufl., III 3 e S. 510 f; *Finkelnburg/Orloff*, Öffentl. Baurecht, 1981, § 41 II 3 a, S. 255 f).

2. Die nach der Baugenehmigung erlaubte Dachneigung (25 Grad) hält sich im Rahmen der Festlegungen des Bebauungsplans (höchstens 27 Grad). Die Vorinstanzen haben die Beklagten auch nur dazu verurteilt, die Dachneigung auf höchstens 27 Grad zurückzuführen.

3. Das Berufungsgericht unterstellt, daß den Beklagten durch den Baugenehmigungsbescheid nicht die in ihrer Berechnung angegebene GFZ von 0,56, sondern die sich aus den Bauzeichnungen ergebende GFZ von 0,627 erlaubt wurde. Auch wenn man diesen — den Beklagten günstigen — Standpunkt einnimmt, ist die Klägerin nicht gehindert, von den Beklagten die Einhaltung der abweichenden Vertragsklausel Nr. VIII 9 a zu verlangen.

a) Den Beklagten ist es nämlich schon nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, daß in dem bestandskräftigen Baugenehmigungsbescheid, der auch im Falle einer Nichtigerklärung des Bebauungsplans wirksam bleiben würde (Senatsurteil BGHZ 86, 356, 359 m.w.Nachw.), für ihr Vorhaben eine höhere GFZ erlaubt wird als im Bebauungsplan. Die Beklagten müssen sich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten lassen, wenn sie, was ihre privatrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin in bezug auf die einzuhaltende GFZ anbelangt, auf die ihnen günstige Baugenehmigung abstellen wollen. Wenn man mit dem Berufungsgericht davon ausgeht, daß den Beklagten durch die Baugenehmigung (objektiv) eine GFZ von 0,627 gestattet wurde, so beruht das darauf, daß die Beklagten bei der Klägerin und dem Landratsamt einen Irrtum über die GFZ des von ihnen geplanten Bauprojekts erregt haben. Die Beklagten haben mit den Bauvorlagen (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 — heute Art. 69 Abs. 2 Satz 1 — BayBO) auch eine Berechnung der GFZ gemäß § 2 Abs. 5 Nr. 2 der bay. Bauvorlagenverordnung — BauVorIV — vom 1. August 1962 (GVBl S. 204, ber. S. 250) vorgelegt. Darin war eine GFZ von 0,56 angegeben. Es kann mit dem Berufungsgericht unterstellt werden, daß aus den Bauzeichnungen (§ 3 BauVorIV) eine GFZ von 0,627 hervorging, wenn man auf Grund der dortigen Maßangaben eine selbständige Berechnung der GFZ vornahm. Eine solche Neuberechnung ist jedoch für die Baugenehmigungsbehörde nicht vorgeschrieben. Zudem sind die Bauzeichnungen nicht oder zumindest nicht in erster Linie dazu bestimmt, über die GFZ des Vorhabens Aufschluß zu geben, auch wenn man mit ihrer Hilfe die gesondert vorzulegende Berechnung der GFZ nachprüfen kann. Zwar haben die Klägerin, bei der der Bauantrag einzureichen war (Art. 86 Abs. 1 BayBO, heute Art. 69 Abs. 1), und das Landratsamt die Berechnung der GFZ nicht sorgfältig genug kontrolliert, was auch darauf zurückzuführen sein mag, daß man dem Beklagten zu 1) auf Grund seiner beruflichen Stellung besonderes Vertrauen entgegenbrachte. Dennoch trifft doch die Beklagten die Hauptverantwortung für die Fehlberechnung der GFZ, die dann den Erlaß der Baugenehmigung nach Maßgabe (auch) der eingereichten Bauzeichnungen zur Folge hatte. Nach den tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte zu 1) „bei der zeichnerischen

Festlegung der Räume des Hauses bewußt oder leichtfertig die Einhaltung der GFZ unbeachtet gelassen“. Die Beklagten können nach Treu und Glauben aus dem auf diese Weise erwirkten und bei Vertragsschluß schon erteilten Baugenehmigungsbescheid für ihre privatrechtlichen Beziehungen zu der Klägerin nicht herleiten, daß seine Aussagen über die GFZ gegenüber den einschlägigen Festsetzungen des Bebauungsplans den Vorrang genießen. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß das Vorhaben der Beklagten öffentlich-rechtlichen Bestandsschutz genießt. Die Beklagten waren nicht gehindert, sich zivilrechtlich auch zur Veränderung eines nach öffentlichem Baurecht materiell legalen Baus zu verpflichten.

b) Das gilt um so mehr, als hier in öffentlich-rechtlicher Hinsicht der Rechtsgedanke des § 48 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 VwVfG (vgl. auch Art. 96 Abs. 1 Nr. 2 BayBO 1962) eingreift. Danach kann sich der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt Begünstigte nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Im Streitfall waren die Angaben der Beklagten über die GFZ in der Berechnung nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 BauVorIV unrichtig, was jedoch nicht offenkundig war, sondern auf Grund einer eingehenden Überprüfung oder Neuberechnung festzustellen war. Im Blick auf § 33 Satz 1 BBauG ist davon auszugehen, daß das Landratsamt bei zutreffender Angabe der GFZ die Baugenehmigung nur mit einer GFZ von höchstens 0,56 erteilt hätte (vgl. dazu *Stelkens/Bonk/Leonhardt VwVfG* 2. Aufl. § 48 Rdnr. 33; *Kopp VwVfG* 3. Aufl. § 48 Rdnr. 68; vgl. ferner *Mang/Simon*, BayBauO 7. Aufl. Art. 86 Rdnr. 16). In diesem Zusammenhang kommt es nicht einmal auf ein Verschulden der Beklagten an (*Stelkens/Bonk/Leonhardt aaO*; *Kopp aaO* § 48 Rdnr. 69; *Mang/Simon aaO*).

Nach alledem ist die Klägerin, auch wenn sie hier ausschließlich öffentliche Zwecke verfolgt, nicht gehalten, der bestandskräftigen Genehmigung einen bindenden Einfluß auf das Zivilrechtsverhältnis der Parteien einzuräumen. Der sich ergebende (öffentlich-rechtliche) Bestandsschutz (Senatsurteil BGHZ 92, 34) kann allerdings bei den noch anzustellenden Erwägungen (unten IV) zu beachten sein.

IV. 1. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die Beklagten im Falle eines Verstoßes gegen die Vertragsklausel (VIII 9 a) grundsätzlich verpflichtet sind, ihr Wohnhaus den Festsetzungen des Bebauungsplans Nr. 435 durch bauliche Veränderungen anzupassen.

Als Schranke der Rechtsausübung für die Klägerin zieht das Berufungsgericht allerdings nur treuwidriges Verhalten (§ 242 BGB) in Betracht. Das ist jedoch ein zu enger Maßstab. Wenn die Verwaltung — wie hier — in den Formen des Privatrechts Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, werden die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert. Im Bereich dieses Verwaltungsprivatrechts hat die Verwaltung nicht nur die Grundrechte, darunter auch den Gleichheitssatz, zu beachten (vgl. BGHZ 65, 284, 287 m.w.Nachw.), sondern ist weitergehenden Bindungen unterworfen (Senatsurteil BGHZ 91, 84, 96 ff.). Sie muß u.a. auch das Übermaßverbot einhalten (*Wolff/Bachof VerwR* Bd. I 9. Aufl. § 23 II b 1 S. 109; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 223 m.w.Nachw.). Bei den Erwägungen, die hierzu anzustellen sind, können unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles auch die persönlichen Verhältnisse der Betroffenen Bedeutung erlangen (vgl. zu diesem Grundsatz VGH Mannheim BRS 38 Nr. 200).

Im Streitfall kommt hinzu, daß die Klägerin mit ihrem auf eine privatrechtliche Vereinbarung gestützten Begehren ausschließlich öffentliche Zwecke verfolgt. Es ist deshalb im Blick auf die genannten öffentlich-rechtlichen Bindungen sachgerecht, ihren Anspruch davon abhängig zu machen, daß ein öffentliches Interesse an den von ihr verlangten baulichen Anpassungsmaßnahmen besteht. Ein solches öffentliches Interesse ist auch für ein bauordnungsrechtliches Einschreiten gegen rechtswidrige Bauten erforderlich (VGH Mannheim BRS 28 Nr. 162 und Nr. 163; *Friauf* in: *von Münch aaO* III 3 d S. 510; *Wolff/Bachof* VerwR Bd. III 4. Aufl. § 136 Rdnr. 59).

2. Unter diesen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht den Sachverhalt noch nicht näher geprüft. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, ob ein öffentliches Interesse daran besteht, daß das Wohnhaus unter Aufwendung erheblicher Kosten, die die Klägerin auf ca. 112.000 DM beziffert hat und die nach Behauptung der Beklagten mehr als 300.000 DM betragen sollen, verändert wird. Das Berufungsgericht hat auch nicht hinreichend beachtet, daß das in erster Linie zur Wahrung der öffentlichen Interessen berufene Landratsamt als Bauaufsichtsbehörde eine nachträgliche Anpassung des Wohnhauses der Beklagten an die erteilte Baugenehmigung als eine unverhältnismäßige Maßnahme angesehen und deshalb von einem bauordnungsrechtlichen Vorgehen Abstand genommen hat. Es läßt sich nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht das Klagebegehren anders beurteilt hätte, wenn es bei der gebotenen Interessenabwägung den richtigen Maßstab angelegt und die angeführten Gesichtspunkte in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen hätte.

3. WEG § 21; BGB § 633 (*Sachmängelhaftung beim Gemeinschaftseigentum*)

Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum durch einzelne Wohnungseigentümer.

BGH, Urteil vom 21.2.1985 — VII ZR 72/84 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte errichtete 1973/74 als Bauträgerin eine Wohnanlage mit 29 Eigentumswohnungen. 27 Wohnungen wurden vor und während ihrer Fertigstellung veräußert und im März 1974 den Erwerbern übergeben. Die beiden restlichen, bis auf bestimmte Innenausbauarbeiten ebenfalls fertiggestellten Wohnungen erwarben 1976 die Kläger; sie wurden ihnen Mitte Oktober bzw. Mitte Dezember 1976 übergeben.

Die zwischen den Klägern und der Beklagten zustande gekommenen „Kaufverträge“ entsprechen inhaltlich den Verträgen, die die Beklagte mit den übrigen Erwerbern abgeschlossen hatte. In dem Formular wurde lediglich § 1 Nr. 3 Satz 1 geändert, wonach die Gebäude errichtet „wurden“ (statt „werden“). In § 8 Nr. 2 schloß die Beklagte — wie bei allen Verträgen — ihre Haftung für bei der Abnahme nicht vorbehaltene Mängel aus und trat den Erwerbern insoweit ihre Gewährleistungsansprüche gegen die übrigen Baubeteiligten ab.

Im Jahre 1980 — nach Ablauf der Gewährleistungsfrist der verantwortlichen Dachdeckerfirma — zeigten sich an verschiedenen Balkonen und Terrassen der Anlage Feuchtigkeitsschäden, die nach einem von den Wohnungseigentümern eingeholten Privatgutachten auf mangelhafte Isolierung zurückzuführen sind. Die Beklagte lehnte die Mängelbeseitigung ab und berief sich auf Verjährung. Daraufhin ließ die Wohnungseigentümergeinschaft einen der Balkone instandsetzen. Die hierfür anfallenden Kosten in Höhe von 14.998,99 DM wurden aus der Instandhaltungsrücklage bezahlt.

Die Kläger, deren Wohnungen von den Durchfeuchtungsschäden nicht unmittelbar betroffen sind, haben diese Kosten nebst Zinsen mit dem am 5. Oktober 1981 eingegangenen Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage ab-

gewiesen. Das Berufungsgericht hat den Klägern, nachdem sich die Parteien auf einen Mängelbeseitigungsaufwand in Höhe von 9.200,— DM geeinigt hatten, einen ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil entsprechenden Kostenanteil, insgesamt 603,61 DM nebst Zinsen zugesprochen. Mit der — zugelassenen — Revision verfolgen die Kläger den Anspruch auf Ersatz der gesamten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von (nunmehr) 9.200,— DM nebst Zinsen weiter. Die Beklagte begehrt mit der Anschlußrevision, die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel bzw. den Rechtsbehelf des Gegners zurückzuweisen. Die Revision der Kläger hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, der Klage lägen Ansprüche wegen Mängel des Gemeinschaftseigentums zugrunde, zu deren Geltendmachung die Kläger befugt seien. Für solche Mängel hafte die Beklagte nach Werkvertragsrecht. Diese Haftung sei nicht vertraglich ausgeschlossen. Der formularmäßige Haftungsausschluß in den Erwerbsverträgen sei unwirksam; denn die Kläger könnten sich aus den abgetretenen Ansprüchen nicht schadlos halten. Der Anspruch der Kläger sei auch nicht verjährt. Zwar habe hinsichtlich der 27 Wohnungseigentümer, die ihre Wohnungen in den Jahren 1973/74 erworben hätten, die maßgebliche Verjährungsfrist von fünf Jahren mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums im März 1974 zu laufen begonnen. Bei Bekanntwerden der Mängel des Gemeinschaftseigentums im Jahre 1980 sei sie daher bereits abgelaufen gewesen. Für die Kläger habe die Verjährung aber erst mit der Übergabe der von ihnen erworbenen Wohnungen, also Mitte Oktober und Mitte Dezember 1976, begonnen. Der Antrag auf Erlaß eines Mahnbescheids vom 5. Oktober 1981 habe die Verjährung deshalb noch rechtzeitig unterbrochen. Die Kläger könnten jedoch nicht Ersatz der gesamten Mängelbeseitigungskosten verlangen. Es entspräche vielmehr der Billigkeit, ihre Ansprüche auf die jeweiligen Miteigentumsanteile zu beschränken.

II. Die hiergegen gerichtete Revision der Kläger hat Erfolg; die Anschlußrevision der Beklagten bleibt dagegen erfolglos. Die Beklagte ist gemäß § 633 Abs. 3 BGB verpflichtet, die gesamten Mängelbeseitigungskosten zu erstatten.

1. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, daß der Klage Mängel am Gemeinschaftseigentum zugrunde liegen. Zwar sind Balkone, Loggien und Dachterrassen als abgeschlossene Räume grundsätzlich sondereigentumsfähig. Die konstruktiven Elemente dieser Gebäudeteile, wie etwa Außenwände und Bodenplatte, gehören jedoch zwingend zum gemeinschaftlichen Eigentum (§ 5 Abs. 2 WEG). Dementsprechend ist auch die Isolierschicht, die diese Teile gegen Durchfeuchtung schützen soll, dem gemeinschaftlichen Eigentum zuzuordnen (vgl. BayObLGZ 1982, 203, 209; OLG Düsseldorf, Der Wohnungseigentümer 1979, 128, 130; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 5. Aufl., § 5 Rdnr. 36; *Weitnauer*, WEG, 6. Aufl., § 5 Rdnr. 8).

Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß der einzelne Wohnungseigentümer grundsätzlich befugt ist, Ansprüche, die auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtet sind, selbständig gerichtlich geltend zu machen. Er kann vom Veräußerer Nachbesserung und unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB Ersatz der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung verlangen (vgl. Senatsurteile BGHZ 68, 372, 377 [= MittBayNot 1977, 110 = DNotZ 1977, 618]; 81, 35, 38, jeweils m.w.N.).

2. Das Berufungsgericht geht weiterhin mit Recht davon aus, daß die Beklagte trotz der Freizeichnungsklausel in § 8 Nr. 2 der Verträge selbst nach Werkvertragsrecht und nicht — wie die Anschlußrevision meint — nach Kaufvertragsrecht haftet.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich der Bauträger zwar von der eigenen Haftung durch Abtretung der ihm gegenüber Handwerkern, Lieferanten, Architekten usw. zustehenden Gewährleistungsansprüche freizeichnen. Geschieht dies — wie im vorliegenden Fall — in einem Formularvertrag, wird dadurch die Eigenhaftung aber nicht vollständig aufgehoben. Der Bauträger ist von dieser Haftung vielmehr nur dann befreit, wenn und soweit der Erwerber sich aus den ihm abgetretenen Ansprüchen tatsächlich schadlos halten kann (BGHZ 74, 258, 270 [= MittBayNot 1979, 153]; BGH NJW 1982, 169, 170 [= MittBayNot 1981, 235 = DNotZ 1982, 122]; 1982, 1808, 1809; 1982, 2243 [= MittBayNot 1982, 117 = DNotZ 1982, 626]; 1984, 2094 [= MittBayNot 1984, 123 = DNotZ 1984, 760]; 1984, 2573, 2574 [= MittBayNot 1984, 179], zum Abdruck in BGHZ bestimmt, jeweils m.N.; zur Rechtslage seit 1. April 1977 vgl. § 11 Nr. 10 a) AGBG). Die Schadloshaltung des Erwerbers schlägt auch dann fehl, wenn bei Feststellung des Baumangels die abgetretenen Ansprüche bereits verjährt und daher nicht mehr durchzusetzen sind (Senatsurteil NJW 1982, 169, 170 m.N. [= MittBayNot 1981, 235 = DNotZ 1982, 122]).

Danach ist die Eigenhaftung der Beklagten zu bejahen. Denn die Mängel sind erst aufgetreten, als die für den Werkunternehmer maßgebliche Verjährungsfrist bereits abgelaufen war.

b) Die Annahme des Berufungsgerichts, für die Gewährleistung im Verhältnis zwischen den Parteien gelte die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB, entspricht ebenfalls der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

aa) Die Sachmängelansprüche desjenigen, der eine neuerrichtete Eigentumswohnung oder ein neuerrichtetes Haus von einem Bauträger erwirbt, richten sich nach Werkvertragsrecht (vgl. zuletzt Senatsurteil NJW 1984, 2573, 2574 [= MittBayNot 1984, 179] m.N.). Daß das Bauwerk bei Vertragsschluß schon fertiggestellt ist, ändert hieran grundsätzlich nichts (vgl. Senatsurteil NJW 1982, 2243 [= MittBayNot 1982, 117 = DNotZ 1982, 626]). Maßgebend ist vielmehr, ob Vertragsgegenstand eine neuerrichtete Eigentumswohnung ist. In solchen Fällen ist allein die Anwendung von Werkvertragsrecht sachgemäß.

Daran ist auch gegenüber der von Köhler (NJW 1984, 1321) erneut geübten Kritik festzuhalten. Anders als das Kaufrecht kennt das Werkvertragsrecht einen Nachbesserungsanspruch des Erwerbers, dem ein Nachbesserungsrecht des Veräußerers entspricht. Damit ist den Interessen beider Vertragspartner besser gedient als mit der kaufrechtlichen Regelung (so auch Köhler, aaO S. 1323, der zwar Kaufrecht anwenden, den Veräußerer aber notfalls über § 242 BGB zur Nachbesserung verpflichten will). Auch die Verjährungsbestimmung des Werkvertragsrechts ist sachgerechter. Die im Verhältnis zum Kaufrecht von 1 auf 5 Jahre verlängerte Gewährleistungsfrist hat der Gesetzgeber gerade deshalb vorgesehen, weil sich bei neuerrichteten Bauwerken Mängel erst im Laufe der Benutzung zeigen und eine längere Erprobungsfrist notwendig ist. Es entspricht demnach der gesetzlichen Wertung, wenn der Veräußerer eines neuerrichteten Bauwerks nach Werkvertrags- und nicht Kaufrecht Gewähr leisten muß. Hiervon kann er sich jedenfalls nicht dadurch freizeichnen, daß er den formularmäßigen Erwerbsvertrag mit „Kaufvertrag“ überschreibt.

bb) Im vorliegenden Fall gilt auch nicht deshalb etwas anderes, weil die letzten Wohnungen von der Beklagten erst zwei Jahre nach Errichtung der Wohnanlage an die Kläger veräußert wurden (aA offenbar OLG Schleswig BauR 1982, 60, 61).

Die Kläger sollten wie alle Erwerber eine neue, nach ihren Wünschen ausgestattete Eigentumswohnung erhalten. Der von ihnen erworbene Vertragsgegenstand entsprach deshalb dem Vertragsgegenstand der Wohnungseigentümer, die die Verträge mit der Beklagten bereits vor oder während der Errichtung der Wohnanlage abgeschlossen hatten. Dann aber ist es keinesfalls gerechtfertigt, die Verträge der Kläger dem Käufrecht und damit der einjährigen Gewährleistungsfrist zu unterstellen. Dies würde im übrigen zu dem widersinnigen Ergebnis führen, daß Ansprüche der Kläger bereits Ende 1977 verjährt wären, während die Verjährungsfrist für die übrigen Wohnungseigentümer nach § 638 BGB nicht vor März 1979 abgelaufen wäre.

3. Der Anspruch der Kläger auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten ist auch nicht — wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt — verjährt. Denn für diesen Anspruch begann die 5jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB nicht bereits im März 1974, als die anderen Wohnungseigentümer das Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage abgenommen hatten. Die Verjährungsfrist wurde vielmehr nicht vor Mitte Oktober bzw. Mitte Dezember 1976 in Lauf gesetzt; sie wurde durch den am 5. Oktober 1981 eingegangenen Antrag der Kläger auf Erlaß eines (am 2. November 1981 zugestellten) Mahnbescheids vom 27. Oktober 1981 gemäß § 209 Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 693 Abs. 2 ZPO rechtzeitig unterbrochen.

Dabei kann offen bleiben, inwieweit Gewährleistungsansprüche der anderen 27 Wohnungseigentümer noch durchgesetzt werden könnten und welche Rolle für eine evtl. Verjährung die Subsidiärhaftung der Beklagten spielen würde. Denn die etwaige Verjährung der Ansprüche der übrigen Wohnungseigentümer hätte keinen Einfluß auf die Gewährleistungsansprüche der Kläger. Die Kläger müssen nämlich die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Mehrheit der Wohnungseigentümer nicht gegen sich gelten lassen (vgl. *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Bauträger, 5. Aufl., Rdnr. 76; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdnr. 401, jeweils m.N.; aA *Bärmann/Pick/Merle*, aaO, § 1 Rdnr. 154; *Deckert* NJW 1975, 854, 855; derselbe, Baumängel am Gemeinschaftseigentum der Eigentumswohnung, 2. Aufl., insbesondere S. 97 ff., 110 f.; *Jagenburg* NJW 1983, 2678, 2687).

a) Die Verträge der Beklagten gehen davon aus, daß das gemeinschaftliche Eigentum jeweils mit der Wohnung „übergeben“ wird. Es ist also nicht etwa eine „Übergabe“ — richtig: Abnahme — an die Gemeinschaft oder den Verwalter vorgesehen. Diese Regelung entspricht dem Gesetz.

Nach § 640 Abs. 1 BGB hat der Besteller das Werk abzunehmen. Besteller in diesem Sinne ist auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums der einzelne Erwerber des Wohnungseigentums, nicht etwa die — im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der Regel noch gar nicht bestehende — Wohnungseigentümergeinschaft. Durch den Erwerbsvertrag erhält der einzelne Wohnungseigentümer einen eigenen Anspruch auf mangelfreies Gemeinschaftseigentum (vgl. BGHZ 74, 258, 263 f. [= MittBayNot 1979, 153]; OLG Frankfurt am Main, *Schäfer/Finnern/Hochstein* § 633 BGB Nr. 38; *Bärmann/Pick/Merle*, aaO § 1 Rdnr. 154; *Weitnauer* aaO Anh. § 8 Rdnr. 54). Dementsprechend liegt es grundsätzlich bei ihm, zu entscheiden, ob er das Werk als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung gelten lassen will.

b) Etwas anderes käme nur dann in Betracht, wenn aufgrund der besonderen Interessenlage die Abnahme nicht durch jeden einzelnen Wohnungseigentümer allein, sondern nur gemeinschaftlich erfolgen könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall.

aa) Die Belange der einzelnen Wohnungseigentümer erfordern keine gemeinschaftliche Abnahme. Vielmehr ist die Abnahme zu verschiedenen Zeiten der Gemeinschaft eher günstig, weil dadurch die Gewährleistungsfrist zu Lasten des Veräußerers verlängert werden kann, insbesondere wenn es diesem nicht bereits während der Bauzeit gelingt, alle Wohnungen zu veräußern. Der Bauträger bleibt dann dem Anspruch auf mangelfreie Herstellung des Gemeinschaftseigentums ausgesetzt, solange dies auch nur ein Erwerber verlangen kann.

Dieser Umstand macht allerdings das Interesse des Veräußerers an einer möglichst frühzeitigen und für alle — insbesondere auch die künftigen — Wohnungseigentümer verbindlichen Abnahme deutlich. Dieses Interesse des Bauträgers kann jedoch nicht dazu führen, daß Nacherwerber eine früher erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums ohne weiteres gegen sich gelten lassen müßten.

bb) Die Bausubstanz einer Eigentumswohnanlage ist überwiegend dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen (vgl. *Pelzel* in *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 6, Bautechnische Fragen, Abschnitt 1). Auch wenn für den einzelnen Wohnungseigentümer das Sondereigentum an seiner Wohnung im Vordergrund steht, wendet er den Erwerbspreis doch zum weitaus größeren Teil für den Miteigentumsanteil am Gemeinschaftseigentum auf. Die Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums ist damit für den Wert der von dem Bauträger zu erbringenden Gegenleistung von erheblicher Bedeutung. Eine Verkürzung der Gewährleistungsrechte des Erwerbers gerade in diesem Bereich stört dementsprechend die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung empfindlich.

Dies gilt insbesondere für eine Abkürzung der Verjährungsfrist für Mängel am Gemeinschaftseigentum. Denn gerade diejenigen Mängel, die häufig erst spät auftreten, wie etwa Durchfeuchtungsschäden oder Schäden, die sich aus Fehlern der Statik ergeben, betreffen in erster Linie das Gemeinschaftseigentum (vgl. *Deckert*, aaO, Gruppe 6, Abschnitt 8.1). Dem Erwerber dann Ansprüche mit Rücksicht auf etwa gegenüber den übrigen Wohnungseigentümern eingetretene Verjährung zu versagen, wäre nicht gerechtfertigt. Es muß vielmehr bei der gesetzlichen Regelung verbleiben, wonach die Abnahme nur jeweils von den einzelnen Erwerbern erklärt werden kann (vgl. a. *Ingenstau/Korbion*, VOB, 10. Aufl., B § 12 Rdnr. 1 a.E.; *Locher/Koebler*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 3. Aufl., Rdnr. 372; *Weitnauer ZfBR* 1981, 109, 114).

4. Das Berufungsgericht vertritt zwar grundsätzlich auch diese Auffassung. Es meint aber, aus Billigkeitsgründen könnten die Kläger nur einen ihrem Miteigentumsanteil entsprechenden Bruchteil der Mängelbeseitigungskosten verlangen. Nur so werde das unbefriedigende Ergebnis vermieden, daß die Beklagte allein aufgrund ihrer Verträge mit den Klägern die Mängel auch für die übrigen Wohnungseigentümer beseitigen müsse. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Jeder Wohnungseigentümer hat aus seinem Erwerbsvertrag einen eigenen Anspruch auf mangelfreie Herstellung des gesamten Gemeinschaftseigentums. Es liegt mithin

keine Teilgläubigerschaft i.S. von § 420 BGB vor (hiergegen bereits BGHZ 74, 258, 265 [= *MittBayNot* 1979, 153]); vielmehr kann jeder Wohnungseigentümer die ganze Leistung verlangen. Dieser Anspruch wird in seinem Umfang auch nicht davon berührt, inwieweit andere Wohnungseigentümer ihre entsprechenden Ansprüche noch durchsetzen können. Hierbei kann offen bleiben, ob die Wohnungseigentümer Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) oder Mitgläubiger (§ 432 BGB) sind. Denn für beide Formen der Gläubigermehrheit ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, daß der Verjährungseinrede keine irgendwie geartete Gesamtwirkung zukommt. Sie betrifft vielmehr nur das Verhältnis zwischen dem Bauträger und demjenigen Wohnungseigentümer, der seinen Anspruch hat verjähren lassen (vgl. §§ 432 Abs. 2, 429 Abs. 3, 425 Abs. 2 BGB). Bei einer Mehrheit von Gläubigern läßt demnach der evtl. Verjährungseintritt in der Person eines Gläubigers die Ansprüche der übrigen Gläubiger unberührt.

Gerade in Fällen der vorliegenden Art ist dies auch sachgerecht. Die Ansicht des Berufungsgerichts würde nämlich den Erfüllungsanspruch der Nacherwerber weitgehend entwerten. Denn wenn der Bauträger diesen nur den ihrem Miteigentumsanteil entsprechenden Anteil der Mängelbeseitigungskosten erstatten müßte, bestünde für ihn aus wirtschaftlichen Gründen kein Anreiz, seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nachzukommen. Es wäre für ihn weit billiger, untätig zu bleiben. Hinzu kommt, daß ein Anspruch entsprechend dem jeweiligen Miteigentumsanteil in Einzelfällen zu unbefriedigenden wirtschaftlichen Ergebnissen führen kann, so etwa dann, wenn sich Mängel am Gemeinschaftseigentum vorwiegend in einer Wohnung auswirken und die Beseitigung entweder überhaupt nicht möglich ist oder hierfür ein unverhältnismäßiger Aufwand nötig wäre. In derartigen Fällen wäre eine nur anteilige Kostenerstattung kein angemessener Wertausgleich für die Schlechtleistung des Veräußerers.

b) Schließlich kann dem Berufungsgericht auch nicht gefolgt werden, wenn es meint, daß durch eine volle Haftung der Beklagten den Wohnungseigentümern, deren eigene Ansprüche verjährt sein könnten, ein ungerechtfertigter Vorteil erwachse. Der Eintritt der Verjährung führt nicht zum Erlöschen des Anspruchs. Er kann vielmehr immer noch erfüllt werden (§ 222 Abs. 2 BGB). Die Beklagte leistet demnach im Verhältnis zu allen Wohnungseigentümern nicht ohne Rechtsgrund. Daß ihr das ihr zustehende Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einzelnen Erwerbern im Ergebnis nichts nützt, liegt vielmehr daran, daß sie sich gegenüber allen Wohnungseigentümern zu derselben Leistung verpflichtet hat.

Es besteht mithin keine Veranlassung, von dem Grundsatz der vollen Haftung der Beklagten für die Mängelbeseitigungskosten aus Billigkeitsgründen abzuweichen.

4. BGB §§ 459, 462 (*Haftung des Verkäufers für die Bebaubarkeit eines Grundstücks*)

Ein Verkäufer, der die sofortige Bebaubarkeit eines Grundstücks vertraglich zusichert, haftet nicht dafür, daß die Baugenehmigungsbehörde bei objektiv bestehender Bebaubarkeit die Erteilung der Baugenehmigung rechtswidrig verweigert oder sachwidrig verzögert.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

BGH, Urteil vom 15.3.1985 — V ZR 275/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem „Grundstückskaufvertrag über eine sofort zu bebauende Grundstücksfläche“ vom 18. Dezember 1979 verkaufte der Beklagte der Klägerin eine noch zu vermessende Trennfläche von ca. 1 450 qm aus dem Flurstück 63/8 der Gemarkung S. in P. „zum Zwecke der Bebauung“ für 75 DM je Quadratmeter (= 108 750 DM). Auf dem Grundstück sollte nach dem Vertrag steuerbegünstigter Wohnraum errichtet werden. Die Klägerin ist inzwischen Eigentümerin des Kaufobjektes.

Im Januar 1980 beantragte die Klägerin beim zuständigen Bauordnungsamt die Erteilung einer Baugenehmigung zur Errichtung von zwei Einfamilienhäusern auf dem erworbenen Grundstück. Unter dem 18. Juli 1980 wies die Baubehörde die Klägerin darauf hin, daß mit einer positiven Stellungnahme zu den Bauanträgen nicht gerechnet werden könne. Mit Bescheid vom 9. Oktober 1980 versagte der Landrat — Bauordnungsamt — die Baugenehmigung. Hiergegen erhob die Klägerin vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Klage. Nachdem der beklagte Landrat mit Schriftsatz vom 4. Dezember 1981 mitgeteilt hatte, es sei beabsichtigt, der Klägerin die Baugenehmigung zu erteilen, wurde das Verwaltungsstreitverfahren nicht weiter betrieben.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages in Anspruch. Sie hat Rückzahlung des Kaufpreises nebst 10,5% Zinsen seit dem 1. August 1980 Zug um Zug gegen Rückkauflassung des verkauften Grundstücks verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht lediglich die Verpflichtung zur Zinszahlung von 10,5% auf 4% herabgesetzt.

Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, die Klägerin könne vom Beklagten gemäß §§ 459, 462 BGB Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen. Dem Grundstück habe im Zeitpunkt der Übergabe eine vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaft gefehlt. Aus dem Vertragsinhalt ergebe sich, daß der Beklagte für die sofortige Bebaubarkeit des Grundstücks habe einstehen wollen. Diese habe aber im Zeitpunkt der Übergabe — am 15. Januar 1980 — gefehlt. Unter „sofortiger Bebaubarkeit“ sei zu verstehen, daß mit der Bebauung in Kürze, d.h. unverzüglich nach Ablauf des Baugenehmigungsverfahrens, das erfahrungsgemäß einige Monate in Anspruch nehme, begonnen werden könne. Die Klägerin habe dementsprechend darauf vertrauen dürfen, daß der Bebauung keine Hindernisse öffentlich-rechtlicher Natur entgegenstünden und daß die — am Tag der Übergabe beantragte — Baugenehmigung alsbald erteilt werde. Der Beklagte habe mithin die Gewährleistung auch dafür übernommen, daß keine zeitlichen Hemmnisse durch eine etwaige rechtswidrige Versagung der Baugenehmigung aufträten, die erst durch ein zeitraubendes Verwaltungsstreitverfahren hätten beseitigt werden können. Spätestens mit der Versagung der Baugenehmigung durch Bescheid vom 9. Oktober 1980 habe festgestanden, daß dem Grundstück die zugesicherte Eigenschaft der sofortigen Bebaubarkeit gefehlt habe.

2. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand:

Rechtsfehlerfrei ist zwar die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe vertraglich die sofortige Bebaubarkeit des verkauften Grundstücks in dem Sinne zugesagt, daß mit der Bebauung unverzüglich nach Abschluß des Baugenehmigungsverfahrens begonnen werden könne. Die vom Berufungsgericht insoweit vorgenommene Auslegung ist möglich; Auslegungsfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere ist nicht dargetan, daß Auslegungstoff übersehen worden sei. Ob die Klägerin sich vor Abschluß des Kaufvertra-

ges mit der zuständigen Bauordnungsbehörde zwecks Abklärung der Bebaubarkeit in Verbindung gesetzt hatte oder ob der Text des notariellen Vertrages im wesentlichen auf die Formulierungsvorschläge der Klägerin zurückgeht, steht der Annahme einer Bebaubarkeitszusicherung durch den Beklagten nicht entgegen.

Dem angefochtenen Urteil kann aber insoweit nicht gefolgt werden, als das Berufungsgericht annimmt, der Beklagte habe vertraglich auch dafür einstehen wollen, daß bei objektiv bestehender Bebaubarkeit keine zeitlichen Hemmnisse für die Bebauung durch eine rechtswidrige Versagung der Baugenehmigung auftreten, die erst durch ein Verwaltungsstreitverfahren beseitigt werden könnten.

Wer die sofortige Bebaubarkeit eines Grundstücks vertraglich zusichert, will nach der Lebenserfahrung im allgemeinen dafür einstehen, daß der Bebauung im maßgebenden Zeitpunkt der Übergabe des Kaufobjektes keine objektiven baurechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Ob die Baugenehmigungsbehörde bei objektiv bestehender Bebaubarkeit die Erteilung der Baugenehmigung rechtswidrig verweigern oder sachwidrig verzögern wird, entzieht sich in der Regel der vorausschauenden Würdigung und Beurteilung durch den Zusichernden. Die Übernahme der Einstandspflicht für ein rechtmäßiges Verhalten der Bauordnungsbehörde durch einen Verkäufer ist daher ungewöhnlich und geht weit über die normale Zusicherung der Bebaubarkeit hinaus. Ist eine so weitgehende Gewährleistung, die nichts mehr mit der Zusicherung einer „Eigenschaft der Kaufsache“ zu tun hätte, dem Kaufvertrag nicht ausdrücklich zu entnehmen, so muß der Tatrichter bei der Auslegung der Willenserklärung der Beteiligten aus dem festgestellten Parteivortrag die Umstände und Anhaltspunkte aufzeigen, die den Schluß auf den Willen zur Abgabe einer vom Üblichen abweichenden Zusicherung durch den Verkäufer rechtfertigen. Das ist nicht geschehen. Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist insbesondere nicht zu entnehmen, ob die Klägerin gegenüber dem Beklagten ihr Interesse an einem unverzüglichen, durch sachfremdes und rechtswidriges Verhalten der Bauordnungsbehörde nicht beeinträchtigten Baubeginn klar zum Ausdruck gebracht und der Beklagte hierzu zu erkennen gegeben hat, er stehe für eine sofortige, durch rechtswidriges Verhalten der Behörde nicht verzögerte Erteilung der Baugenehmigung ein.

5. BGB §§ 2147, 315, 316, 328 ff. (*Auslegung eines Änderungsvorbehalts in einem Überlassungsvertrag*)

Zur Auslegung der Klausel in einem Grundstücksüberlassungsvertrag, in der sich der Erblasser vorbehalten hat, statt der vereinbarten Anrechnung bei der späteren Erbauseinandersetzung testamentarisch eine andere Regelung zu treffen.

BGH, Urteil vom 6.3.1985 — IVa ZR 171/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der am 14. August 1978 verstorbene Vater der Parteien war Eigentümer eines Grundstücks in S. Durch notariellen „Grundstücksüberlassungsvertrag“ vom 15. Januar 1968 überließ er hiervon dem Beklagten ein Trenngrundstück zur Bebauung mit einem Bungalow. Unter anderem wurde im Vertrag bestimmt:

„§ 2

Ein Entgelt wird nicht gezahlt, jedoch muß sich der Übernehmer den Gegenwert des übernommenen Trennstücks, wie er zur Zeit maßgebend ist, bei der Erbauseinandersetzung mit seinen drei Geschwistern anrechnen lassen.

Der Überlassung (richtig wohl: Überlasser) behält sich jedoch vor, testamentarisch oder auf andere Weise eine andere Regelung zu treffen.“

Der Beklagte wurde Ende 1969/Anfang 1970 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Am 21. November 1972 errichtete der Vater der Parteien ein notarielles Testament. Darin bestimmte er neben anderem:

„Zu meinem alleinigen Erben setze ich meinen Sohn Herrn A. (Kläger) ... ein.

...

Mein Sohn J. (Beklagter) hat vor einiger Zeit bereits ein etwa 900 qm großes unbebautes Gelände von mir aufgelassen erhalten. Statt der bei dieser Gelegenheit gemachten Auflage einer Abfindung der Geschwister soll jetzt allgemein für meine vier Kinder folgende Regelung gelten:

Nach meinem Töd soll der Zeitwert des Grund und Bodens meines Grundstücks (das darauf stehende Gebäude ist völlig wertlos) und der Zeitwert des Grund und Bodens des Grundstücks meines Sohnes J., festgestellt werden, notfalls mit Hilfe eines Sachverständigen. Dieser Wert wird unter die vier Kinder zu je 1/4 aufgeteilt. Da J. und A. Eigentümer des Grund und Bodens sind bzw. werden, müssen sie untereinander und im Verhältnis zu ihren beiden Schwestern L. und H. einen Ausgleich in Geld vornehmen.“

Im Jahre 1977 verkaufte der Vater der Parteien das ihm verbliebene Restgrundstück. Der beurkundete Kaufpreis betrug 90.000 DM. Diese Summe überließ er dem Kläger, der den beiden Schwestern und dem Vater „lebtägliche unentgeltliche“ Wohnrechte an Wohnungen in seinem Mehrfamilienhaus einräumte. Etwa zwei Jahre nach dem Vater verstarb die Schwester L.

Gestützt auf die Anordnungen im Testament begehrt der Kläger vom Beklagten Zahlung in Höhe von 1/3 des Wertes des Trenngrundstücks. Er ist der Auffassung, sein Vater habe den Beklagten verpflichtet, seine drei Geschwister zu je 1/4 am Wert der Schenkung zu beteiligen. Nach dem Tod der Schwester habe sich sein Anteil auf 1/3 erhöht.

Die zuletzt auf 36.000,— DM bezifferte Zahlungsklage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Die zugelassene Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. ...

II. 1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, als Anspruchsgrundlage komme hier allein ein Vermächtnis (§§ 2147, 2150, 2174 BGB) in Betracht. Im Ergebnis sei jedoch ein Anspruch des Klägers auf Erfüllung eines Vermächtnisses zu verneinen. Fraglich sei schon, ob der Erblasser den Beklagten mit einem Vermächtnis habe belasten können (§ 2147 BGB). Erbe sei der Beklagte nicht. Der Wortlaut des notariellen Testamentes und die Umstände seiner Erstellung ließen keinen Raum für eine derartige Annahme. Schenkungsempfänger könnten mit Vermächtnissen nicht belastet werden. Ob der Vorbehalt im Überlassungsvertrag vom 15. Januar 1978 hieran etwas ändere, sei zweifelhaft, da das Schenkungsgeschäft ausgehöhlt würde, wenn der Erblasser nachträglich dem Beklagten hätte Pflichten auferlegen dürfen, die bei Vertragsschluß nicht annähernd bestimmt gewesen seien.

Entscheidend sei aber, daß die letztwillige Verfügung vom 21. November 1972 kein Vermächtnis zu Gunsten des Klägers enthalte. Der Wille des Erblassers müsse im Testament irgendwie seinen Ausdruck gefunden haben. Daran fehle es. Der Erblasser sei bei der Testamenterrichtung davon ausgegangen, daß der Kläger als sein Erbe das Restgrundstück erhalten werde und daher lediglich die beiden Schwestern abzufinden seien. Dagegen habe eine Beteiligung des Klägers am Wert des dem Beklagten gehörenden Trenngrundstücks nicht der Vorstellung des Erblassers entsprochen. Das Testament habe weiterhin nur vorgesehen, daß die beiden Brüder untereinander einen Wertausgleich vornehmen. Sollte

der Erblasser den Willen zu einer weitergehenden Verpflichtung des Beklagten bekundet haben, so sei dieser jedenfalls nicht formwirksam niedergelegt worden.

2. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht die Prüfung der Anordnungen des Erblassers vor der Zeit abgebrochen und eine ergänzende Testamentsauslegung im Hinblick auf die spätere Änderung der Verhältnisse durch die Veräußerung des Restgrundstückes nicht in Betracht gezogen hat. In der Tat hätte dies vom Rechtsstandpunkt des Tatrichters aus nahegelegen.

Auch eine ergänzende Auslegung des Testamentes hätte indessen nicht zu einem anderen Ergebnis führen können; denn der Erblasser konnte den Beklagten nicht wirksam mit einem Vermächtnis zu Gunsten des Klägers beschweren. Nach § 2147 BGB kann der Erblasser mit letztwilliger Verfügung nur Erben oder Vermächtnisnehmer belasten. Seine Anordnungen begründen eine Verpflichtung somit nur dann, wenn dem Beschwerden die Stellung eines Erben zukommt oder ihm von Todes wegen ein eigener Anspruch zugewendet wird. Nicht beschwert werden können dagegen nur aus Pflichtteilsrecht Begünstigte und Dritte, selbst wenn diese vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine unentgeltliche Zuwendung erhalten haben (*Erman/Hense*, BGB 7. Aufl. § 2147 Rdnr. 4; *MünchKomm/Skibbe* § 2147 Rdnr. 5, 7; *Soergel/Wolf*, BGB 11. Aufl. § 2147 Rdnr. 5, 7; *BGB-RRGK/Johannsen* 12. Aufl. § 2147 Rdnr. 9). Davon macht die Möglichkeit, den Begünstigten eines Hofübergabevertrages mit einem Vermächtnis zu beschweren, nur scheinbar eine Ausnahme. Hier ist wegen des § 17 Abs. 2 HöfeO zugrundeliegenden Gedankens die vorweggenommene Hoferbfolge einem Anfall des Hofes beim Erbfall gleichzusetzen (BGHZ 37, 192, 194; LM HöfeO § 17 Nr. 20 Anm. *Hückinghaus*; *Johannsen* WM 1972, 868 f.). Die Voraussetzungen dieses Sonderfalles liegen hier nicht vor.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts wurde der Beklagte durch die Anordnungen des Erblassers in dem Testament vom 21. November 1972 enterbt. Diese Auslegung wird von der Revision nicht angegriffen und enthält auch keine Rechtsfehler. Der Kläger kann zur Begründung seines Klageanspruchs auch nicht geltend machen, der Beklagte sei als Vermächtnisnehmer anzusehen. Dies gilt selbst dann, wenn bei Anordnung des Wertausgleichs noch offen war, welchem der beiden Grundstücke ein höherer Wert zukomme, und der Wertausgleich nach dem Willen des Erblassers in Geld hätte erfolgen sollen. Ein derartiges Vermächtnis setzte voraus, daß der Kläger eine höherwertige Zuwendung erhalte, und wäre deshalb notwendigerweise mit der Freiheit des Beklagten von Vermächtnisansprüchen des Klägers verbunden. Ein eigener Anspruch des Klägers wiederum erforderte einen Sachverhalt, bei dem ein Vermächtnis zugunsten des Beklagten ausgeschlossen wäre.

III. Dagegen beanstandet die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht Ansprüche aus einem lebzeitigen Rechtsgeschäft des Beklagten mit dem Erblasser, die der Kläger als dessen Rechtsnachfolger oder aus eigenem Recht (§§ 328 ff. BGB) geltend machen könnte, nicht prüft. Die Anordnungen im Testament — möglicherweise auch die angeblichen späteren Äußerungen des Erblassers — lassen sich nicht nur als letztwillige Verfügungen verstehen, sondern auch als Ausübung eines dem Erblasser im Verhältnis zum Beklagten vertraglich eingeräumten Leistungsänderungs- und -bestimmungsrechts. Solche Erwägungen liegen hier nahe. Deshalb bedurfte es vorab einer Auslegung des Überlassungsvertrages vom 15. Januar 1968, insbesondere auch des dort zugunsten des Erblassers aufgenommenen Änderungsvorbehalts.

Der Berufungsrichter wird deshalb zunächst zu prüfen haben, wie weit der Vorbehalt in dem Überlassungsvertrag vom 15. Januar 1968 reicht, ob damit insbesondere dem Erblasser die Möglichkeit eröffnet werden sollte, statt der im Vertrag vereinbarten Anrechnung des Wertes des überlassenen Trennstücks beim künftigen Erbfall auch eine Pflicht des Beklagten zur Zahlung einer Wertdifferenz festzulegen. Aus Rechtsgründen ist eine solche Auslegung nicht von vornherein auszuschließen. Sie würde nicht — wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang meint — zu einer unzulässigen Aushöhlung der Schenkung führen. Denn zum einen bliebe die Überlassung auch bei einem Wertausgleich für den Beklagten vorteilhaft. Zum anderen kann erst eine Auslegung ergeben, ob und inwieweit der Überlassungsvertrag unentgeltlichen Charakter haben und behalten sollte. Rechtlich möglich ist es, dem Gläubiger in einem gegenseitigen Vertrag vorzubehalten, die zunächst vereinbarte (Gegen-)Leistung durch eine andere zu ersetzen oder überhaupt erst eine solche festzulegen. Möglich ist es auch, ihm dabei zu überlassen, den Inhalt der anderen Leistung entsprechend §§ 315 Abs. 1, 316 BGB zu bestimmen. Denkbar ist auch, daß die so bestimmte Gegenleistung in der Zahlung an einen Dritten besteht. Daß eine solche Neubestimmung der Leistung durch — dem Beklagten nicht zugegangene — letztwillige Verfügung erfolgte, kann unschädlich sein. Denn § 315 Abs. 2 BGB, der an sich den Zugang einer Leistungsbestimmung an den Vertragspartner voraussetzt, enthält — wie die ganze Vorschrift — nachgiebiges Recht (*Palandt/Heinrichs*, BGB 44. Aufl. § 315 Anm. 3 b). Der Erblasser hatte sich eine anderweitige Bestimmung durch letztwillige Verfügung ausdrücklich vorbehalten. Schließlich stellten sich insoweit auch keine Formprobleme im Hinblick auf § 313 BGB (RGZ 165, 161, 163; BGH Urteile vom 30. Juni 1967 — V ZR 104/64 = BB 1967, 1394; vom 28. Februar 1968 — V ZR 206/64 = LM BGB § 313 Nr. 33 [= DNotZ 1968, 546]). Für die danach zu treffende Auslegung kann von Bedeutung sein, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, daß der Erblasser schon bei Abschluß des Überlassungsvertrages im Auge hatte, seine Kinder evtl. später im wesentlichen gleich zu bedenken, und welche Vorstellungen er damals vom Wert des ganzen Grundstücks und des Trennstücks hatte. Dazu bedarf es weiterer tatsächlicher Aufklärung. Der Senat kann daher nicht in der Sache selbst entscheiden.

Sollte die Auslegung ergeben, daß der Vorbehalt in dem Überlassungsvertrag auch die nachträgliche Bestimmung einer Zahlungspflicht des Beklagten deckt, wird der Tatrichter die Ausgleichsklausel in dem Testament des Erblassers auszulegen haben. Da der Erblasser beim Abfassen dieser Klausel davon ausging, daß der Kläger das Restgrundstück erben werde, diese offensichtlich wesentliche Grundlage seiner Entschließung durch die Veräußerung des Grundstücks aber später entfiel, kommt eine ergänzende Auslegung in Betracht, die sich insbesondere damit befassen müssen, ob angenommen werden kann, für diesen Fall solle nach dem hypothetischen Willen des Erblassers der Erlös an die Stelle des Grundstücks treten. Dabei wird auch zu beachten sein, inwieweit nach dem hypothetischen Willen des Erblassers zu berücksichtigen ist, daß die beiden Schwestern in Gestalt der Wohnrechte — wenn auch mittelbar — unentgeltliche Vermögenszuwendungen erhalten haben.

6. BGB § 883; HGB §§ 161 Abs. 2, 123 Abs. 2, 2 Abs. 1, 124 Abs. 1; GBVfG, § 15 Abs. 1 Buchst. b (*Partielle Grundbuchfähigkeit der KG in Gründung*)

Für eine Kommanditgesellschaft in Gründung kann eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

BayObLG, Beschluß vom 24.5.1985 — BReg. 2 Z 61/84 — mitgeteilt von Notar *Hans Kleider*, Nürnberg und *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind die Eigentümer eines Grundstücks. Mit notariellem Vertrag vom 10.11.1983 verkauften sie das Grundstück an die Beteiligte zu 4; gleichzeitig bewilligten sie die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Die Beteiligte zu 4 war mit Vertrag vom 8.11.1983 errichtet worden, ist aber noch nicht im Handelsregister eingetragen.

Den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 16.1.1984 beanstandet: Es fehle der Nachweis, daß die Beteiligte zu 4 im Handelsregister eingetragen sei.

Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht mit Beschluß vom 16.5.1984 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Bei der Kommanditgesellschaft in Gründung, die ein Gewerbe nach § 2 HGB betreibt, gebe es keine Vorgesellschaft, auf die das Recht der Kommanditgesellschaft anzuwenden sei, sondern eine eigenständige Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts. Die für die GmbH in Gründung entwickelten Grundsätze seien deshalb nicht entsprechend anwendbar.

Im Gründungsstadium könne demnach nicht die KG in Gründung, sondern nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechte erwerben; Gläubigerin des Auflassungsanspruchs sei deshalb die BGB-Gesellschaft.

2. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde mit Erfolg. Für eine Kommanditgesellschaft in Gründung kann eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen werden.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß nach allgemeiner Meinung für die Kommanditgesellschaft in Gründung das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts maßgebend ist. Wenn — wie hier — die Kommanditgesellschaft kein Grundhandelsgewerbe i.S. des § 1 Abs. 2 HGB betreibt, entsteht die Kommanditgesellschaft mit Wirkung nach außen erst mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 161 Abs. 2 i.V.m. § 123 Abs. 2, § 2 Abs. 1 HGB). Bis dahin besteht — wovon die Vorinstanzen zu Recht ausgegangen sind — nach ganz überwiegender Auffassung eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (vgl. BGHZ 63, 45/47 f. [= MittBayNot 1975, 32 = DNotZ 1975, 224]; 69, 95/97 f. [= MittBayNot 1977, 240]; BayObLG NJW 1984, 497/498 [= MittBayNot 1983, 222 = DNotZ 1984, 567] mit weit. Nachw.).

Eine Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben (§ 161 Abs. 2, § 124 Abs. 1 HGB). Sie kann unter ihrer Firma ins Grundbuch eingetragen werden (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBVfG). Für eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft gilt dies nicht. Sie hat keine Firma (vgl. § 17 Abs. 1 HGB). Die Rechte stehen den Gesellschaftern zur gesamten Hand zu. Gläubiger eines mit Vormerkung zu sichernden Auflassungsanspruchs sind die an dieser Gesellschaft beteiligten Personen in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (vgl. MünchKomm BGB Rdnr. 110, *Palandt* BGB 44. Aufl.

Anm. 5, je zu § 705). Ist ein Recht „der Gesellschaft“ im Grundbuch einzutragen, so sind als Inhaber des Rechts die Gesellschafter mit dem Zusatz einzutragen, daß ihnen das Recht als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts zusteht (§ 47 GBO; vgl. BGHZ 45, 348). Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist als solche nicht grundbuchfähig (vgl. RGZ 127, 309/311 f.).

Von den vorstehenden Grundsätzen kann aber eine Ausnahme gemacht werden, wenn eine Vormerkung für eine Kommanditgesellschaft eingetragen werden soll, für die der Gesellschaftsvertrag bereits geschlossen ist, die aber mit Wirkung gegenüber Dritten noch nicht die Rechtsform der Kommanditgesellschaft erlangt hat, weil sie kein Grundhandels-gewerbe betreibt (§ 1 HGB) und noch nicht gemäß § 2 HGB in das Handelsregister eingetragen ist (Kommanditgesellschaft in Gründung). In diesem Fall können die Mitglieder der Gesellschaft unter Angabe der Firma und des Sitzes der Kommanditgesellschaft mit dem Zusatz „KG in Gründung“ als Vormerkungsberechtigte eingetragen werden (vgl. LG Essen MittBayNot 1971, 148 f.; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 41, MünchKomm Rdnr. 20, Palandt Anm. 2c, je zu § 883; Waldner Rpfleger 1984, 59 f.; a.A. Landgericht Frankenthal Rpfleger 1982, 346 [= MittBayNot 1982, 241]).

Nach § 15 Abs. 1 Buchst. a GBVfg ist zur Bezeichnung des Berechtigten bei natürlichen Personen deren Name einzutragen. Demgegenüber sind bei Handelsgesellschaften die Firma und der Sitz anzugeben (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBVfg). Nach dem Wortlaut würde für die Gesellschaft, die noch nicht die Rechtsform der Kommanditgesellschaft erlangt hat und die damit noch keine Handelsgesellschaft i.S. des Zweiten Buches des Handelsgesetzbuchs ist, § 15 Abs. 1 Buchst. a GBVfg gelten. Nach dem Sinn der Vorschrift kann aber Buchst. b angewendet werden. Dem Zweck, über die Person des Berechtigten in einer alle Zweifel möglichst weitgehend ausschließenden Weise Klarheit zu schaffen, ist hier auch mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft in Gründung ausreichend Rechnung zu tragen. Die Angabe der Firma sowie des Sitzes und der Zusatz „KG in Gründung“ bezeichnen nichts anderes als die Gründergesellschaft und damit in bestimmbarer Weise die ihr angehörenden Gesellschafter. Zwischen der Gründungsgesellschaft und der späterhin auch mit Wirksamkeit nach außen entstehenden Kommanditgesellschaft besteht Identität; die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geht mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft im Handelsregister in die Rechtsform der Kommanditgesellschaft über (vgl. KG JFG 12, 279, 280).

Es kommt hinzu, daß die Vormerkung nur eine vorläufige Eintragung darstellt, welche die beabsichtigte dingliche Rechtsänderung vorbereiten soll, eine bloße Zwischenerscheinung im Grundbuch, die mit der Eintragung der Auflassung wieder gelöscht werden soll (vgl. BayObLGZ 1979, 172/175). Ob Bedenken bestünden, die Kommanditgesellschaft in Gründung unter ihrer Firma als Eigentümerin in das Grundbuch einzutragen, braucht hier nicht entschieden zu werden.

Schließlich spricht auch der von Ribmann/Waldner (Rpfleger 1984, 59/60) angeführte praktische Gesichtspunkt für den hier vertretenen Standpunkt: Andernfalls müßte der Grundbuchrechtspfleger — da sich die Frage der Vormerkungsfähigkeit nur bei einer offenen Handelsgesellschaft stellt, die kein Grundhandels-gewerbe betreibt — prüfen, ob ein solches vorliegt. Dies kann unter Umständen schwierig sein.

7. BGB § 1151; GBO § 19; ZPO §§ 800, 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nur bezüglich eines Teiles einer Grundschuld*)

Unterwirft sich der Grundstückseigentümer hinsichtlich eines Teilbetrages einer Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung, ohne eine Bestimmung über den Rang dieses Teilbetrages zu treffen, so bedarf es für die Eintragung der Unterwerfung nicht der Bewilligung des Grundschuldgläubigers.

BayObLG, Beschluß vom 4.4.1985 — BReg. 2 Z 29/85 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Das Verfahren betrifft die Frage, ob der Grundschuldgläubiger die Teilung seines Rechts bewilligen muß, damit die vom Grundstückselgentümer nur hinsichtlich eines Teilbetrags der Grundschuld erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 800 ZPO) in das Grundbuch eingetragen werden kann.

Die Beteiligte zu 2) erwarb von der als Eigentümerin eingetragenen T. GmbH Grundbesitz. Nach Eigentumsumschreibung teilte die Beteiligte zu 2) den Grundbesitz gemäß § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum. Die Teilung wurde im Grundbuch am 18.1.1985 vollzogen. Zugleich wurde die für die Beteiligte zu 1) an erster Rangstelle eingetragene Grundschuld ohne Brief zu 4 Millionen DM nebst 18% Jahreszinsen auf die für die Miteigentumsanteile angelegten Grundbuchblätter übertragen.

Am 13.9.1984 hat der Urkundsnotar gemäß § 15 GBO zugleich im Namen der Beteiligten zu 1) die Urkunde vom 7.9.1984 zum Vollzug vorgelegt, die mit Nachtrag vom 2.10.1984 ergänzt wurde. In diesen Urkunden haben die Beteiligte zu 2) und die Voreigentümerin (T. GmbH) wegen eines Teilbetrags der für die Beteiligte zu 1) bestellten Grundschuld in Höhe von 1 Million DM nebst Zinsen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen und bewilligt und beantragt, die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das Grundbuch einzutragen.

Das Grundbuchamt hat diesen Antrag zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1) hat das Landgericht mit Beschluß zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO).

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Eine Teilvollstreckbarkeit könne ohne gleichzeitige Teilung der Grundschuld nicht eingetragen werden. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gehöre zwar nicht zum Inhalt der Grundschuld „im engeren Sinn“, doch werde mit einem Teil der Forderung ein zusätzliches prozessuales Recht verbunden. Diese Veränderung bedeute eine Mehrbelastung für den Eigentümer. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sei daher eine Änderung des Inhalts des Rechts „im weiteren Sinn“ und bedürfe der Bewilligung des Grundschuldgläubigers.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Unterwirft sich der Grundstückseigentümer hinsichtlich eines bestimmten Teilbetrags einer Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung (§ 800 ZPO), ohne eine Bestimmung über den Rang dieses Teilbetrags zu treffen, so ist für die Eintragung der Unterwerfungsklausel weder die vorherige Teilung der Grundschuld noch die Bewilligung des Grundpfandgläubigers erforderlich.

a) Der vorherigen Teilung der Grundschuld bedarf es nicht, weil auch eine Teilunterwerfung (§ 800 ZPO) in das Grundbuch eingetragen werden kann.

Die mit Rücksicht auf § 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO eintragungsfähige Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung braucht sich nicht auf das gesamte Grundpfandrecht zu erstrecken. Auch eine Unterwerfung hinsichtlich eines Teilbetrags ist eintragungsfähig, sofern der Betrag, auf den sie sich bezieht, nur im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bestimmt ist. Das hat die Rechtsprechung in Bezug auf die Höchstbetragshypothek wiederholt ausgesprochen (vgl. BGH NJW 1983, 2262 f.; BayObLGZ 1954, 196/201; OLG Oldenburg DNotZ 1957, 669/670; OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 220). Es ist kein Grund ersichtlich, warum dies nicht auch allgemein für Hypothek und Grundschuld gelten sollte.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 24.10.1983 (Rpfleger 1984, 60 f. [= MittBayNot 1984, 33]; vgl. auch *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO 43. Aufl. § 800 Anm. 1 C) kann entgegen der Meinung der Vorinstanzen nicht für den gegenteiligen Standpunkt herangezogen werden. Dort war die Eintragung der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich eines letzt-rangigen Teilbetrags der Grundschuld beantragt. Das Oberlandesgericht Hamm hat ausgeführt, daß in der Unterwerfung „unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich eines letzt-rangigen Teilbetrags“ begrifflich die Teilung der Grundschuld liege. Ob diese Entscheidung dahin zu verstehen ist, daß aus diesem Grund vor Eintragung der Unterwerfungserklärung die Teilung der Grundschuld — mit Bewilligung des Grundschuldinhabers — grundbuchmäßig vollzogen werden müsse, kann dahinstehen. Das gilt jedenfalls nicht in gleicher Weise, wenn, wie hier, eine Rangbestimmung mit der Teilunterwerfung nicht verbunden wird. In diesem Fall kann für eine Grundschuld ohne vorherige Teilung im Grundbuch die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung auch dann eingetragen werden, wenn sie sich nur auf einen bestimmten Teilbetrag bezieht.

Wenn im weiteren Verlauf Teilzahlungen auf die Grundschuld geleistet werden oder wegen eines Teils der Grundschuld vollstreckt wird, kann sich das rechtliche Schicksal der Teile der Grundschuld verschieden entwickeln; je nach Lage des Falles kann z.B. ein Teil der Grundschuld auf einen anderen Inhaber übergehen. Das ist aber kein Grund, schon bei der Eintragung der nur auf einen Teilbetrag bezogenen Unterwerfungserklärung zu verlangen, daß zuvor die Grundschuld grundbuchmäßig geteilt wird. Daß sich Teile des im Grundbuch ungeteilten Grundpfandrechts infolge teilweiser Zahlung oder Vollstreckung auseinanderentwickeln können, gilt auch sonst, ohne Rücksicht auf die Unterwerfungserklärung.

b) Auch die Bewilligung des Grundpfandgläubigers (der Beteiligten zu 1) ist im vorliegenden Fall zur Eintragung der Unterwerfungserklärung nicht erforderlich.

Betroffen in diesem Sinne ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht im Zeitpunkt der Grundbucheintragung von dieser rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann (BGHZ 66, 341/345 [= MittBayNot 1976, 65]; BayObLGZ 1981, 156/158 [= MittBayNot 1981, 122]). Erforderlich ist also, daß die dingliche Rechtsstellung des Rechtsinhabers durch die vorzunehmende Eintragung irgendwie ungünstiger gestaltet wird oder zumindest ungünstiger gestaltet werden kann (BayObLGZ 1974, 217/220 [= DNotZ 1975, 31]; 1981, 156/158 [= MittBayNot 1981, 122]). Dies setzt ein rechtliches, nicht nur ein tatsächliches oder wirtschaftliches Betroffensein voraus (BayObLGZ aaO; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 52, *Horber* GBO 16. Aufl. Anm. 5 B, je zu § 19). Bezieht sich eine Unterwer-

fungserklärung auf das gesamte Grundpfandrecht, so wird die dingliche Rechtsstellung des Grundpfandgläubigers durch Eintragung der Unterwerfungsklausel nicht ungünstiger gestaltet, sondern günstiger; denn die dingliche Wirkung der Unterwerfungserklärung bedeutet eine Verstärkung des Grundpfandrechts (vgl. BayObLGZ 1974, 30/35 [= DNotZ 1974, 376]). Der Grundpfandgläubiger kann deshalb die Eintragung der Unterwerfung (§ 800 ZPO) zwar beantragen, er braucht sie aber nicht auch zu bewilligen (vgl. KEHE, Rdnr. 17 zu § 19; *Meikel/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. Anh. I zu § 3 Rdnr. 334).

Bezieht sich die Unterwerfungserklärung nur auf einen Teilbetrag, kann in Bezug auf ihre dingliche Wirkung nichts anderes gelten. Es werden die Rechte des Gläubigers hinsichtlich dieses Teilbetrags ebenfalls nur verstärkt. Er ist unter diesem Gesichtspunkt von der Eintragung der Unterwerfungserklärung nicht betroffen im Sinn des § 19 GBO.

In dem vom Oberlandesgericht Hamm (aaO) entschiedenen Fall war die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung mit der Erklärung verbunden, daß sie für den letzt-rangigen Teil der Grundschuld gelten soll. Aus diesem Grund hat das Oberlandesgericht Hamm angenommen, daß der Grundschuldgläubiger in bestimmter Beziehung rechtlich nachteilig berührt werde: der betreffende Teil der Grundschuld sollte dem anderen Teil im Rang nachgehen. Ohne diese Bestimmung würden die beiden Teile der Grundschuld gleichen Rang haben. Wenn das Recht des Grundschuldgläubigers zu einem Teil im Rang zurücktrete, so sei dies ein rechtlicher Nachteil.

So liegt es hier nicht. Eine Rangbestimmung für das Verhältnis der Teile der Grundschuld, für die die Unterwerfungserklärung gelten bzw. nicht gelten soll, ist nicht getroffen. Die Eintragung der Unterwerfungserklärung hat auf die Rangverhältnisse keinen Einfluß. Ein rechtlicher Nachteil kann für die Gläubigerin auch dann nicht eintreten, wenn ein Teil seines Rechts kraft Gesetzes auf einen Dritten übergeht. Für einen solchen Fall ist nämlich jeweils gesetzlich bestimmt, daß das Recht des Gläubigers Vorrang vor dem übergegangenen Recht hat (vgl. § 268 Abs. 3 Satz 2; § 426 Abs. 2 Satz 2; § 774 Abs. 1 Satz 2; § 1143 Abs. 1 Satz 2; § 1164 Abs. 1 Satz 2; § 1176; § 1182 Satz 2 BGB; MünchKomm Rdnr. 7 zu § 1151). Dadurch unterscheidet sich vorliegender Fall von dem, der der Entscheidung des OLG Hamm (aaO) zugrunde lag. Dort betraf die Unterwerfung den letzt-rangigen Teil der Grundschuld. Es war mithin ein Rangverhältnis zwischen den beiden Grundschuldteilen bestimmt, so daß die gesetzlichen Regelungen über den Vorrang des Gläubigerrechts nicht in allen Fällen hätten durchgreifen können.

3.

8. BGB §§ 1018, 1090 („Fremdenverkehrsdienstbarkeit“)

Das Verbot, ein Grundstück (Wohnungseigentum) „nicht länger als sechs Wochen im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten bewohnen zu lassen“ und es „zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen einer fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebs mit ständig wechselnder Belegung zu nutzen“ kann Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

BayObLG, Beschluß vom 17.5.1985 — BReg. 2 Z 35/85 — mitgeteilt von Notar *Dr. Hartmut Schmidt*, Roththalmünster und *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 war Alleineigentümerin eines Grundstücks.

Auf diesem Grundstück befindet sich das von einer Bauherrengemeinschaft errichtete „Kur-Apparhotel-St.“. Die Beteiligte zu 1 hat den Grundbesitz gemäß § 8 WEG geteilt und Sondereigentumseinheiten gebildet, deren Erwerb durch die Bauherren vorgesehen ist. Die Teilung wurde im Grundbuch vollzogen.

Die Bauherren wollen staatliche Zuschüsse nach dem Investitionszulagengesetz beanspruchen und dazu die Verpflichtung eingehen, das Objekt auf 25 Jahre nur als fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetrieb zu nutzen. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin des Grundstücks dem Beteiligten zu 2 zu notarieller Urkunde eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligte deren Eintragung im Grundbuch. Soweit hier von Interesse lautet ihr Inhalt:

„1. Dem Eigentümer des Grundstückes ist es auf die Dauer von 25 Jahren ab Eintragung der Dienstbarkeit untersagt, das Grundstück und die sich auf ihm befindlichen Gebäude über einen längeren Zeitraum als sechs Wochen im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten bewohnen zu lassen. Der unmittelbare Besitz an dem Grundstück darf somit durch ein und dieselbe Person nicht länger als sechs Wochen im Jahr ausgeübt werden.

2. Dem Eigentümer des Grundstückes ist auf die Dauer von 25 Jahren ab Eintragung der Dienstbarkeit untersagt, ganz oder teilweise das Grundstück zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebes mit ständig wechselnder Belegung zu nutzen.“

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückweisung der Sache an das Grundbuchamt.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit sei inhaltlich unzulässig und könne deshalb nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Von den drei möglichen Alternativen für den Inhalt einer Dienstbarkeit komme hier von vornherein nur die zweite, nämlich die Nichtvornahme gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, in Betracht. Danach könne durch eine Dienstbarkeit dem Grundstückseigentümer eine Unterlassungspflicht in der Weise auferlegt werden, daß er im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks beschränkt werde. Eine Beschränkung nur der rechtlichen Verfügungsfreiheit sei dagegen nicht zulässig.

Die zur Eintragung beantragte Dienstbarkeit werde diesen Grundsätzen nicht gerecht. Sie führe nicht zu einer Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks. Denn es mache keinen Unterschied, ob ein Feriengast oder eine andere Person den gewerblichen Beherbergungsbetrieb benutze.

Die Dienstbarkeit, deren Eintragung beantragt sei, enthalte einen unzulässigen Eingriff in die rechtliche Verfügungsfreiheit des Grundstückseigentümers.

Eine Verpflichtung zu positivem Tun des Eigentümers könne nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein. Eine Unterlassungsdienstbarkeit sei demzufolge nicht eintragungsfähig, wenn die Unterlassungsverpflichtung den Eigentümer zu positivem Tun nötige. Das könne der Fall sein, wenn dem Eigentümer nur eine einzige wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsart verbleibe. Nach dem Inhalt der Dienstbarkeit verbleibe dem Eigentümer noch weniger, da er auch in der Nutzungsdauer erheblich eingeschränkt werde.

2. Der Senat teilt die Auffassung nicht, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit sei inhaltlich unzulässig.

a) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nach § 1090 Abs. 1 i.V.m. § 1018 BGB einen dreifachen Inhalt haben. Von den dort genannten drei Alternativen kommt im vorliegenden Fall nur die zweite, nämlich die Nichtvornahme gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, in Betracht.

Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann nur in einem Dulden oder Unterlassen seitens des Eigentümers des belasteten Grundstücks bestehen; positives (aktives) Tun des Eigentümers kann dagegen nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein; dies ist in der Rechtsprechung, auch für den Fall des Ausschlusses sämtlicher anderer Möglichkeiten angenommen worden (BayObLGZ 1976, 218/222 f. [= MittBayNot 1976, 174]; 1980, 232/235 [= MittBayNot 1980, 201]; 1983, 143/149 [= MittBayNot 1983, 245]; BayObLG MittBayNot 1978, 213 und 1980, 70). Wenn nach § 1018 2. Alternative BGB „auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen“, so ist damit eine Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers gemeint. Handlungen in diesem Sinn sind tatsächliche Maßnahmen, die dem Grundstückseigentümer an sich erlaubt sind als Ausfluß des sich aus § 903 BGB ergebenden Rechts, mit dem Grundstück, soweit nicht Gesetze oder Rechte Dritter entgegenstehen, beliebig zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Die dem Grundstückseigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muß daher auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein; sie darf nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten (BGHZ 29, 244/248 f.m.Nachw. [= DNotZ 1959, 191]; BayObLGZ 1980, 232/236 [= MittBayNot 1980, 201]; 1983, 143/148; BayObLG Rpfleger 1980, 150/151 [= MittBayNot 1980, 14]; Staudinger BGB 12. Aufl. § 1018 Rdnr. 47; Hub Der Inhalt von Dienstbarkeiten 1966 S. 49 ff./51).

Dabei muß sich ein Verbot von Handlungen, das als Inhalt einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden soll, auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken, also eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben (BGHZ 29, 244/250 [= DNotZ 1959, 191]; BGH NJW 1962, 486 f.; BayObLGZ 1952, 287/288; 1953, 295/299; 1980, 232/236 [= MittBayNot 1980, 201]; 1983, 143/148 [= MittBayNot 1983, 243]; OLG Düsseldorf NJW 1961, 176/177; Hub S. 55 m. Nachw.). Dies bedeutet zwar nicht, daß sich das Grundstück selbst in seinem sachlichen Bestand ändern müßte (BGH aaO); erforderlich ist aber, daß die Vornahme der hiernach verbotenen Handlung eine andere tatsächliche Art der Benutzung darstellen würde, als dies bei den weiterhin zulässigen Handlungen der Fall wäre.

Die vorstehend dargestellten Merkmale sind in der Rechtsprechung entwickelt worden, weil unter allen denkbaren Möglichkeiten menschlicher Betätigung eine Eingrenzung der Handlungen erforderlich ist, auf die sich die Unterlassungsverpflichtung einer Grunddienstbarkeit beziehen kann. Die zu unterlassenden Handlungen müssen, wenn das Verbot dinglich gesichert werden soll, in Beziehung zum Grundstück stehen; die Grunddienstbarkeit kann nicht dazu dienen, eine ausschließlich persönliche Bindung des jeweiligen Eigentümers herbeizuführen, die zwar durch seine Eigentümerstellung rechtlich ermöglicht wird, aber mit ihr in keinem inneren Zusammenhang steht (BGHZ 29, 244/250, 251 [= DNotZ 1959, 191]; zu den Abgrenzungsmerkmalen z.T. kritisch Hub S. 51 ff., 62 ff.).

b) Den dargelegten Grundsätzen wird die zur Eintragung beantragte beschränkte persönliche Dienstbarkeit gerecht.

(1) Die Unterlassungspflichten, die durch die Dienstbarkeit gesichert werden sollen, enthalten nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Dispositionsfreiheit des Eigentümers, sondern auch Beschränkungen im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks, die eine andere Art der tatsächlichen Benutzung des Grundstücks bewirken.

Dem Eigentümer soll es untersagt sein, das Grundstück und die auf ihm befindlichen Gebäude über einen längeren Zeitraum als sechs Wochen im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten länger bewohnen zu lassen (Nr. 1), oder es zu anderen beruflichen oder gewerblichen Zwecken als denen eines fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetriebes mit ständig wechselnder Belegung zu nutzen (Nr. 2). Danach sollen auf dem Grundstück gewisse Handlungen (vgl. § 1018 BGB) nicht vorgenommen werden dürfen. Diese Unterlassungspflichten betreffen Handlungen, die der Grundstückseigentümer aufgrund seines Eigentums vornehmen könnte, und schränken die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse des Eigentümers ein, wie es § 1018 BGB voraussetzt (BGHZ 29, 244/249 [= DNotZ 1959, 191]; BGH NJW 1981, 343/344). Insofern ist die Voraussetzung erfüllt, daß es sich um eine Einschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers über sein Grundstück in einer bestimmten Beziehung handeln muß (vgl. BayObLGZ 1983, 143/148 [= MittBayNot 1983, 245]).

Soweit die Dienstbarkeit die Verpflichtung dinglich sichern soll, das Grundstück nicht auf andere Weise als in der Dienstbarkeit vorgesehen beruflich oder gewerblich zu nutzen, bestehen gegen ihre Zulässigkeit keine Bedenken. Daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Inhalt bestellt werden kann, daß auf dem belasteten Grundstück kein Gewerbebetrieb eingerichtet oder eine bestimmte Art des Gewerbes nicht ausgeübt werden darf, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 29, 244/276 [= DNotZ 1959, 191]; 74, 293/296 [= DNotZ 1980, 43]; BGH NJW 1962, 486/487; 1981, 343/344; 1983, 115/116 [= MittBayNot 1982, 244]; BGH DNotZ 1985, 34/35). Der Senat teilt diese Auffassung (BayObLGZ 1983, 143/148 [= MittBayNot 1983, 245]).

Für das Verbot, das Grundstück zur Ausübung eines Berufes zu benutzen, kann nichts anderes gelten. Für die hier zu entscheidende Frage ist die Unterscheidung zwischen Handlungen beruflicher oder gewerblicher Art ohne Bedeutung.

Eintragungsfähig ist auch eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt, daß ein Grundstück nicht zu Wohnzwecken benutzt werden darf (vgl. BGH DNotZ 1985, 34 ff., OLG Stuttgart MDR 1956, 679/680; *Staudinger* Rdnr. 49 zu § 1018), denn auch ein solches Verbot schränkt die Befugnis des Eigentümers ein und führt zu einer Verschiedenheit der Art der Benutzung des Grundstücks.

Im vorliegenden Fall soll allerdings die dem Eigentümer an sich zustehende Befugnis, das Grundstück zu Wohnzwecken zu benutzen, nicht ausgeschlossen, sondern nur eingeschränkt werden. Ihm soll es nur untersagt sein, das Grundstück über einen längeren Zeitraum als sechs Wochen im Jahr selbst zu bewohnen oder durch ein und denselben Dritten bewohnen zu lassen. Das bedeutet, daß das Grundstück weiterhin zu Wohnzwecken benutzt werden kann, was es nach den Vorstellungen des durch die Dienstbarkeit Begünstigten wohl auch soll, aber nur in der Weise, daß niemand länger als sechs Wochen im Jahr dort Wohnung

nehmen darf. Damit stellt sich hier die vom Landgericht zu Recht aufgeworfene Frage, ob insoweit die tatsächliche Art der Benutzung als solche durch die Dienstbarkeit überhaupt berührt (oder geändert) werden soll. Das Landgericht hat dies verneint, weil es keinen Unterschied mache, ob ein Feriengast, ein Einheimischer oder eine andere Person den gewerblichen Beherbergungsbetrieb benutze. Dieser Betrachtungsweise vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Nach Auffassung des Senats ist die aufgeworfene Frage zu bejahen, denn die Dienstbarkeit wirkt sich hier auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht so aus, daß eine andere Art der Benutzung des Grundstücks erreicht wird.

Stellt man, wie das Landgericht, darauf ab, daß die Dienstbarkeit zu einer wechselnden Belegung des Gebäudes führt, also zu einem Wechsel der Personen, die im Laufe des Jahres das Gebäude als Wohnung benutzen, kann die tatsächliche Benutzung des Grundstücks allerdings als unverändert erscheinen. Für die zu entscheidende Frage wird es in der Regel nicht darauf ankommen, welche Personen, das Grundstück benutzen, sondern darauf, in welcher Weise dies geschieht (vgl. BayObLGZ 1980, 232/237 [= MittBayNot 1980, 201]; BayObLG Rpfleger 1981, 352/353; 1982, 273 [= MittBayNot 1982, 121]). Nach Auffassung des Senats ist hier der Umstand, daß die Dienstbarkeit zu einem ständigen Wechsel der Bewohner des Grundstücks führt, jedenfalls führen kann, von untergeordneter Bedeutung. Entscheidend ist zwar, daß es nicht erlaubt sein soll, auf dem Grundstück länger als sechs Wochen im Jahr zu wohnen. Aber nicht der damit verbundene Wechsel der Wohnungsinhaber, sondern die zeitliche Beschränkung, der jeder einzelne unterliegt, der auf dem Grundstück wohnen will, führt zu einer anderen tatsächlichen Benutzung des Grundstücks. Denn es bedeutet einen Unterschied, der sich auch in der tatsächlichen Benutzung widerspiegelt, ob Räume nur vorübergehend (wie hier längstens für die Dauer von sechs Wochen im Jahr), oder auf Dauer bewohnt werden dürfen. Dieser Unterschied zeigt sich regelmäßig in der auf den ständigen Wechsel der Inhaber zugeschnittenen Grundausstattung der Wohnungen, ferner darin, wie der einzelne das Wohnen in Räumen gestaltet, die ihm nur kurzfristig zur Verfügung stehen. Er findet auch Ausdruck in der meist erhöhten Abnutzung, der solche Räume ausgesetzt sind. Auch nach allgemeiner Verkehrsauffassung bedeutet es eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks, je nachdem, ob das auf ihm befindliche Gebäude langfristig zum ständigen Wohnen benutzt wird oder ob es von einer Vielzahl von Personen nach Art eines Hotels oder eines Hauses mit Ferienwohnungen jeweils nur kurzfristig belegt wird. Wird mithin das längerfristige Wohnen auf einem Grundstück ausgeschlossen, so wird dem Eigentümer damit eine von mehreren verschiedenen tatsächlichen Benutzungsmöglichkeiten des Eigentums genommen. Ein entsprechendes Verbot schränkt die Befugnisse des Eigentümers in bezug auf bestimmte Benutzungsmöglichkeiten ein und kann Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

(2) Unter dem Gesichtspunkt, daß im Rahmen des § 1018 2. Alternative BGB der Inhalt der Dienstbarkeit nur in einem Dulden oder Unterlassen des Eigentümers bestehen kann, bestehen keine Bedenken. Die Verpflichtung zu positivem (aktivem) Tun des Eigentümers ist hier nicht Hauptinhalt der Dienstbarkeit.

Der Senat hat allerdings wiederholt ausgesprochen, daß die Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Handlungen auf

dem Grundstück auch dann nicht Inhalt einer (Unterlassungs-)Dienstbarkeit sein kann, wenn das Verbot für den Grundstückseigentümer praktisch die gleiche Wirkung äußert wie die (positive) Verpflichtung zur Vornahme der hiernach allein noch erlaubten Handlungen (BayObLGZ 1976, 218/222 f. [= MittBayNot 1976, 174], BayObLG MittBayNot 1978, 213/214; 1980, 70/71; 1982, 242, 243 f.; jew. m. Nachw.). Das kann hier jedoch nicht angenommen werden. Die vereinbarten Unterlassungspflichten wirken sich nicht dahin aus, daß der Eigentümer gleichsam zu einem bestimmten Verhalten gezwungen wäre. Ihm verbleibt insbesondere die Möglichkeit, das Grundstück zeitweise selbst zu bewohnen, es zu vermieten oder auch auf Dauer zu verpachten.

Es trifft mithin auch nicht zu, wie das Landgericht meint, daß sich der Eigentümer mit Bestellung der Dienstbarkeit praktisch aller aus dem Eigentum abzuleitenden Befugnisse begeben hat. Diese sind hier nur eingeschränkt. Gegen den Umfang dieser Beschränkung, die dem Eigentümer Möglichkeiten zur sinnvollen Nutzung seines Eigentums beläßt, bestehen keine Bedenken (vgl. BayObLGZ 1965, 180/181 [= DNotZ 1966, 99]; OLG Karlsruhe JFG 4, 378/383; MünchKomm BGB Rdnr. 31; *Palandt* BGB 44. Aufl. Anm. 6 a, je zu § 1018).

(3) Der Inhalt der Dienstbarkeit ist hinreichend bestimmt (zu dem das Sachenrecht und das gesamte Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz vgl. BayObLGZ 1979, 273/279 [= MittBayNot 1979, 165]; 1980, 226/229 [= MittBayNot 1980, 201]; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 3. Aufl. Einl. C 7; *Horber* GBO 16. Aufl. Grundz. 4 vor § 13; jew. m. weit. Nachw.). Insbesondere ist klar und eindeutig abgegrenzt, zu welchen beruflichen oder gewerblichen Zwecken das Grundstück nicht genutzt werden darf. Daß es möglicherweise schwierig sein kann, positiv aufzuzählen, welche Betriebe zu den „fremdenverkehrsgewerblichen Beherbergungsbetrieben mit ständig wechselnder Belegung“ zu zählen sind, ist unerheblich. Die negative Abgrenzung ist jedenfalls eindeutig. Es fallen keine Betriebe darunter, die nicht zu den Beherbergungsbetrieben zählen oder aber nicht für Zwecke des gewerblichen Fremdenverkehrs bestimmt sind. Was unter „ständig wechselnder Belegung“ zu verstehen ist, ergibt sich in eindeutiger Weise aus Nr. 1 der Dienstbarkeit.

Die hier vertretene Auffassung steht nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des Senats vom 27.11.1981 (NJW 1982, 1054 ff. [= MittBayNot 1981, 239]). Jene Entscheidung betraf eine Dienstbarkeit, deren Bestellung zwar eine vergleichbare Interessenlage zugrunde lag, die jedoch einen anderen Inhalt hatte. Es ging um nicht näher beschriebene „Einrichtungen, die unmittelbar oder mittelbar dem gewerblichen Fremdenverkehr dienen“ und darum, daß das Grundstück und die darauf errichteten Gebäude „ausschließlich für Zwecke des gewerblichen Fremdenverkehrs“ zu verwenden sein sollten. Der Senat hat seinerzeit den verwendeten Begriff „Einrichtungen“ für zu unbestimmt angesehen und angenommen, ein in der weiteren Wendung etwa enthaltene Verbot, andere Personen als Fremdenverkehrsgäste zu den Einrichtungen des Grundstücks zuzulassen, könne nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein, weil es nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalte. Im vorliegenden Fall geht es nicht um „Einrichtungen“ und auch nicht darum, daß es dem Eigentümer verwehrt bleiben soll, auf dem Grundstück andere Personen als Fremdenverkehrsgäste wohnen zu lassen.

(4) Der Eintragung der Dienstbarkeit steht nicht entgegen, daß mit ihr öffentliche Zwecke verfolgt werden; es soll

sichergestellt werden, daß der Eigentümer die mit Hilfe der Subvention erstellten Räume 25 Jahre lang tatsächlich dem Subventionszweck entsprechend verwendet oder verwenden läßt. Für die Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit genügt jeder rechtsschutzwürdige, auch ein ausschließlich im öffentlichen Interesse liegender Vorteil, der mit privatrechtlichen Mitteln verfolgt wird (BGHZ 41, 209/211; BayObLGZ 1965, 180/182 [= DNotZ 1966, 99]). Die Dienstbarkeit als Mittel des Privatrechts kommt gerade dann zur Erreichung öffentlicher Zwecke in Betracht, falls sich dafür nicht oder nicht ohne weiteres die rechtliche Möglichkeit einer hoheitlichen Anordnung bietet (BGH DNotZ 1985, 34/35). Die Eintragung der Dienstbarkeit könnte mithin allenfalls unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses dann abgelehnt werden, wenn hier dem Beteiligten zu 2 ausreichende Sicherungsmittel zur Verfügung stünden, den angestrebten Zweck mit öffentlich-rechtlichen Mitteln ebenso zu erreichen (vgl. BGH aaO; BayObLGZ 1980, 232/239 [= MittBayNot 1980, 201]). Das ist hier nicht der Fall.

3. Das Landgericht hat — von seinem Standpunkt aus zu Recht — nicht festgestellt, ob die erforderliche Eintragungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers vorliegt. Die Eintragungsbewilligung der Beteiligten zu 1 würde nur dann ausreichen, wenn sie Alleineigentümerin des nach § 8 WEG geteilten Grundstücks wäre, wenn sie also als Eigentümerin sämtlicher Miteigentumsanteile eingetragen ist. Das hat das Landgericht nicht festgestellt und ist auch den dem Senat vorgelegten Akten nicht zu entnehmen. Die Beteiligte zu 1 hat Miteigentumsanteile veräußert. Sollte der Rechtsvorgang im Grundbuch bereits vollzogen sein oder jedenfalls aufgrund eines entsprechenden Antrags vor Eintragung der Dienstbarkeit vollzogen werden, würde die bisher vorliegende Bewilligung der Beteiligten zu 1) allein nicht ausreichen, um die Dienstbarkeit, wie beantragt, in den Wohnungsgrundbüchern sämtlicher Anteile eintragen zu können. Hierzu bedürfte es der Bewilligung des jeweiligen Eigentümers.

Es kann angenommen werden, daß nach dem gestellten Antrag die Eintragung in den Wohnungsgrundbüchern sämtlicher Anteile einheitlich erfolgen soll (vgl. § 16 Abs. 2 GBO; BayObLGZ 1979, 444/450). Die Sache ist deshalb unter Aufhebung der Beschlüsse des Landgerichts und des Grundbuchamts, die aus den unter Nr. 2 dargelegten Gründen keinen Bestand haben können, zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Grundbuchamt zurückzuverweisen.

Anmerkung:

Im Laufe der letzten Jahre sind die Zweifel, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt öffentliche Belange durch private dingliche Rechte zugunsten der öffentlichen Hand gesichert werden können, eher größer als kleiner geworden. Davon waren auch die für den Freistaat Bayern zum Zwecke der öffentlichen Förderung von Ferienwohnungen bestellten „Fremdenverkehrsdienstbarkeiten“ betroffen. Sie wurden von manchen Grundbuchämtern eingetragen, von anderen nicht. Auch das BayObLG hat in den (nicht in die amtliche Sammlung aufgenommenen) Beschlüssen vom 28.10.1980 — BReg. 2 Z 4/80 (MittBayNot 1981, 21 = Rpfleger 1981, 105) und vom 27.11.1981 — BReg. 2 Z 90/81 (MittBayNot 1981, 239 = Rpfleger 1982, 60) ihre Eintragung abgelehnt.

Die eingetretene Rechtsunsicherheit war der Anlaß für einen umfangreichen Meinungsaustausch zwischen den zuständigen Staatsministerien, in den auch die Landesnotarkammer Bayern eingeschaltet worden ist, mit dem Ziel, aufgrund

einer genauen Analyse der einschlägigen Rechtsprechung die gesetzlichen Möglichkeiten für die Sicherung öffentlicher Interessen zu erörtern und Vorschläge für einen eintragungsfähigen Dienstbarkeitsinhalt auszuarbeiten. In seinem Beschluß vom 17.5.1985 — BReg. 2 Z 35/85, der hier mit seinem vollen Wortlaut abgedruckt ist, hatte das BayOblG über die Eintragung einer Dienstbarkeit zu entscheiden, die vom Notar in Übereinstimmung mit diesen Vorschlägen anders als in den genannten früheren Fällen formuliert worden war. Der für Grundbuchsachen zuständige Senat hat darin mit äußerster Sorgfalt Punkt für Punkt dargelegt, warum er diesen Inhalt der Dienstbarkeit für zulässig hält. Dieser Beschluß ist der erste nach außen sichtbare Erfolg der gemeinsamen Bemühungen, die zu anderen Einzelfragen (z.B. zu den Austragshausdienstbarkeiten) zur Zeit noch im Gange sind. Er wird allseits dankbar begrüßt, nicht zuletzt von allen Notaren, die bei der Bestellung von Fremdenverkehrsdienstbarkeiten wieder auf sicherem Rechtsboden stehen und sich einer mit viel Mühe und Fachwissen erarbeiteten, höchst richterlich anerkannten Formulierung bedienen können. Die Bedeutung dieser Entscheidung, die über den konkreten Fall hinausgeht, soll von mir im nächsten Heft der MittBayNot eingehend gewürdigt werden.

Notar Rudolf Ertl, Kempten (Allgäu)

9. BGB § 892 Abs. 1 Satz 1, § 1018, GBO § 53 Abs. 1 (*Terrassenalleinnutzungsrecht als zulässige Grunddienstbarkeit*)

1. Terrassenalleinnutzungsrecht als Grunddienstbarkeit an einem Wohnungseigentum zulässig

2. Amtswiderspruch gegen nicht gerechtfertigte Löschung von Amts wegen

3. Kein gutgläubig-lastenfreier Erwerb des Eigentums bei eingetragenen Widerspruch gegen die Löschung einer Grunddienstbarkeit

BayOblG, Beschluß vom 10.5.1985 — BReg. 2 Z 69/84 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayOblG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) war Eigentümerin einer Eigentumswohnung (Nr. 18).

Im Wohnungsgrundbuch für die Wohnung war (seit 11.9.1974) gemäß Bewilligung vom 5.8.1974 zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Wohnung Nr. 17 ein „Terrassenalleinnutzungsrecht“ eingetragen. Der Beteiligte zu 2) ist der Eigentümer der Wohnung Nr. 17.

Mit notariellem Vertrag vom 21.7.1983 ließ die Beteiligte zu 1) ihr Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 3) auf.

Mit Schreiben vom 15.8.1983 hat die Beteiligte zu 1) beim Grundbuchamt angeregt, gemäß § 53 GBO die Eintragung des Terrassenrechts auf ihre inhaltliche Zulässigkeit zu prüfen.

Der Beteiligte zu 2) hat der Löschung des Terrassenrechts widersprochen.

Mit Beschluß vom 19.10.1983 hat das Grundbuchamt die Löschung des Terrassenrechts als inhaltlich unzulässig von Amts wegen angeordnet (Nr. 1) und den Antrag auf Eintragung des Terrassenrechts gemäß der Eintragungsbewilligung vom 5.8.1974 zurückgewiesen (Nr. 2).

Am 15.11.1983 ist das Terrassenrecht gelöscht und auf Grund einer einstweiligen Verfügung für den Beteiligten zu 2) ein Widerspruch gegen die Löschung im Grundbuch eingetragen worden.

Am 23.11.1983 wurde die Auflassung an die Beteiligten zu 3) im Grundbuch eingetragen.

Gegen den Beschluß des Grundbuchamts vom 19.10.1983 hat der Beteiligte zu 2) Erinnerung (Beschwerde) eingelegt, der nicht abgeholfen worden ist.

Mit Beschluß vom 22.3.1984 hat das Landgericht die Beschwerde des Beteiligten zu 2) zurückgewiesen.

Gegen den Beschluß des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2).

Der Widerspruch gegen die Löschung des Terrassenrechts ist am 4.1.1984 gelöscht worden.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zum Teil begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Das Amtsgericht habe zu Recht gemäß § 53 Abs. 1 GBO die Eintragung des Terrassenrechts als ihrem Inhalt nach unzulässig von Amts wegen gelöscht und den entsprechenden Eintragungsantrag zurückgewiesen.

Zu den Wohnungen Nrn. 17 und 18 gehörten als Sondereigentum jeweils die angrenzenden Dachterrassen. Nach der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan hätte eine Trennwand die Dachterrassen voneinander abgrenzen sollen. Auf Grund der Einräumung des Terrassennutzungsrechts sei die Trennwand entsprechend versetzt worden.

Nach dem Wortlaut der Bestellsurkunde handle es sich bei dem Terrassennutzungsrecht eindeutig um eine Grunddienstbarkeit im Sinn des § 1018 BGB. Eine solche könne nur bestellt werden, wenn das Grundstück nur in einzelnen Beziehungen zur Nutzung überlassen werde. Dies gelte auch für einen Grundstücksteil. Eine Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen könne nur angenommen werden, wenn der Grundstücksteil, hinsichtlich dessen der Grundstückseigentümer von der Nutzung völlig ausgeschlossen werde, als geringfügig anzusehen sei.

Im vorliegenden Fall handle es sich jedoch um einen im Verhältnis zur Wohnfläche mit Dachterrasse erheblichen Teil der Sondereigentumsfläche, von deren Nutzung der Wohnungseigentümer völlig ausgeschlossen sei. Da die Nutzung der Terrasse ausschließlich als solche in Frage komme, sei dem Dienstbarkeitsberechtigten insoweit die vollständige Nutzung unter Ausschluß des belasteten Wohnungseigentümers eingeräumt.

Die Einräumung des Alleinnutzungsrechts an einer Teilfläche der im Sondereigentum des Nachbarn stehenden Dachterrasse unter Einfügung einer entsprechenden Trennwand stelle eine Änderung des Inhalts des beiderseitigen Sondereigentums dar, die nicht durch eine Grunddienstbarkeit ersetzt werden könne.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit sie die Löschung des Terrassenrechts betrifft.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war die Frage der Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO gegen die Löschung des Terrassennutzungsrechts (§ 71 Abs. 2 GBO). Das gleiche gilt für das Rechtsbeschwerdeverfahren.

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Diese Voraussetzungen liegen vor.

a) Das Grundbuchamt hat die Löschung unter Verletzung des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgenommen.

Nach dieser Vorschrift ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Die Eintragung des Terrassennutzungsrechts war jedoch — entgegen der Meinung der Vorinstanzen — nicht nach ihrem Inhalt unzulässig.

Die Vorinstanzen sind zwar zutreffend davon ausgegangen, daß mit einer Grunddienstbarkeit im Sinn des § 1018 1. Alternative — nur eine solche steht hier in Rede — dem Berechtigten die Befugnis zur Benutzung des belasteten Wohnungseigentums nur in einzelnen Beziehungen eingeräumt werden kann. Die Vorinstanzen haben weiter zu Recht angenommen, daß eine Eintragung, die eine Grunddienstbarkeit mit darüber hinausgehenden Befugnissen verlautbart, nach ihrem Inhalt unzulässig ist.

Nicht beigetreten werden kann jedoch ihrer Ansicht, das Terrassennutzungsrecht überschreite den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit.

Eine Benutzung in einzelnen Beziehungen kann dann angenommen werden, wenn dem Eigentümer des belasteten Grundstücks (Wohnungseigentumsrechts) — neben der Nutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten — nicht nur unwesentliche Nutzungsmöglichkeiten verbleiben (BayObLGZ 1979, 444/448 [= MittBayNot 1980, 14]; MünchKomm BGB § 1018 Rdnr. 28). Für die Beurteilung dieser Frage ist dabei aber auf das belastete Gesamtgrundstück (Wohnungseigentum) und nicht nur auf den tatsächlich beanspruchten Teil abzustellen (OLG Zweibrücken Rpfleger 1982, 98 [= DNotZ 1982, 444]; LG Passau Rpfleger 1972, 135; MünchKomm aaO). Diese Auffassung steht mit der ständigen Praxis in Übereinstimmung, die die Zulässigkeit von Bauwerken und technischen Anlagen usw. bejaht (vgl. LG Passau aaO; MünchKomm § 1018 Rdnr. 29).

Der Senat vermag die Ansicht des Landgerichts nicht zu teilen, daß der hier vertretene Standpunkt nur dann gelte, wenn der Grundstücksteil, hinsichtlich dessen der Eigentümer von der Nutzung vollständig ausgeschlossen wird, geringfügig ist. Im vorliegenden Fall ist eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Wohnungseigentums auch ohne Benutzung der Terrasse möglich, obwohl — wie das Landgericht ausgeführt hat — deren Fläche im Verhältnis zur Gesamtfläche des Wohnungseigentums erheblich ist.

Soweit die angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken im Ergebnis eine inhaltlich unzulässige Dienstbarkeit angenommen hat, beruht dies auf der Besonderheit dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts: Der Berechtigte sollte ohne jede Einschränkung befugt sein, den Grundstücksteil zu nutzen oder nutzen zu lassen. Im Gegensatz dazu ist der Berechtigte im vorliegenden Fall lediglich befugt, die Terrasse als solche zu benutzen.

b) Durch die Löschung des Terrassennutzungsrechts ist das Grundbuch unrichtig geworden, denn die Grunddienstbarkeit hat in diesem Zeitpunkt noch bestanden und ist durch sie nicht untergegangen (vgl. § 875 Abs. 1 BGB).

Das Grundbuch ist auch nicht — nachträglich — durch den Erwerb des Wohnungseigentums durch die Beteiligten zu 3) richtig geworden. Die Beteiligten zu 3) konnten das Wohnungseigentum nicht gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB frei von der Grunddienstbarkeit erwerben, obwohl diese im Zeitpunkt der Eintragung der Auflassung gelöscht war. Denn gegen die Richtigkeit der Löschung war ein Widerspruch eingetragen (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB).

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand, soweit sie die Zurückweisung des Antrags auf Eintragung des Terrassenalleinnutzungsrechts betrifft.

Der Eintragung steht jedenfalls entgegen, daß die Eintragungsbewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) fehlt.

Von der Eintragung im Sinn des § 19 GBO betroffen sind die Beteiligten zu 3), denn sie sind die Eigentümer des Wohnungseigentums, das von der Eintragung der Grunddienstbarkeit rechtlich beeinträchtigt wird. Die Bewilligung der Beteiligten zu 3) liegt jedoch nicht vor und ist auch nicht zu erwarten.

10. BGB §§ 1030, 1041 (Inhaltsänderung eines Nießbrauchs)

Die Vereinbarung, daß der Nießbraucher die Kosten auch für außerordentliche Ausbesserungen und Erneuerungen des Grundstücks zu tragen hat, kann in das Grundbuch eingetragen werden.

BayObLG, Beschluß vom 15.3.1985 — BReg. 2 Z 24/85 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im vorliegenden Verfahren geht es um die Frage, welche Regelungen als Inhalt eines Nießbrauchs in das Grundbuch eingetragen werden können.

Die Beteiligte zu 1) bestellte an ihrem Erbbaurecht für den Beteiligten zu 2) einen durch ihren Tod aufschiebend bedingten lebenslangen Nießbrauch. In Abschnitt II der Bestellsurkunde des Verfahrensbevollmächtigten ist u.a. bestimmt:

Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen wird als Inhalt des vorbestellten Nießbrauchsrechts folgendes vereinbart:

a) Unterhaltung

Der Nießbraucher hat alle laufenden, mit dem belasteten Grundbesitz zusammenhängenden Kosten der Unterhaltung, Ausbesserung und Erneuerung und zwar auch insoweit zu tragen, als es sich um die außergewöhnliche Unterhaltung handelt.

Der Nießbraucher hat ferner alle Veränderungen und Verschlechterungen der Sache, auch soweit sie durch ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauches herbeigeführt werden, zu vertreten.

b) Privatrechtliche Lasten

Der Nießbraucher ist im Verhältnis zum Eigentümer auf die Dauer des Nießbrauches verpflichtet, nicht nur die während der Nießbrauchszeit anfallenden Zinsen, sondern auch die anfallenden Tilgungen aller derzeit in Abteilung III des Grundbuches eingetragenen Belastungen zu leisten und den Eigentümer hiervon freizustellen.

Nach Beendigung des Nießbrauches ist der Eigentümer verpflichtet, alle Leistungen allein zu erbringen und die Haftentlassung des Nießbrauchers oder dessen Rechtsnachfolger durch die Gläubiger zu erwirken.

c) Der Nießbraucher trägt alle öffentlichen Lasten, die auf der Sache ruhen, insbesondere auch die Kosten der Erschließung (§§ 127 ff. BBauG).

Die Eintragung des vorbestellten aufschiebend bedingten Nießbrauchsrechtes im Grundbuch an nächstfolgender Rangstelle wird hiermit bewilligt und beantragt.

Das Grundbuchamt hat den gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag beanstandet. Die Bestimmung in Ziffer II a der Urkunde, daß der Nießbraucher alle Kosten u.a. zu tragen habe und zwar auch insoweit, als es sich um die außergewöhnliche Unterhaltung handelt, verstoße gegen § 1047 BGB und § 1047 Satz 2 BGB. § 1041 Satz 2 und § 1047 BGB seien zwar abdingbar, jedoch nicht mit dinglicher Wirkung dergestalt, daß gegen das Wesen des Nießbrauchs verstoßen werde. Das Hindernis könne durch eine rein schuldrechtliche Vereinbarung der außergewöhnlichen Unterhaltungspflicht ohne dingliche Sicherung beseitigt werden.

Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit Beschluß vom 17.1.1985 zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben gegen den Beschluß weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 15, 78, 80 GBO) führte zur Aufhebung der Entscheidung der Vorinstanzen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die in Abschnitt II a der Urkunde getroffenen Vereinbarungen seien mit dem Wesen des Nießbrauchs nicht mehr vereinbar. Abbedungen seien dadurch alle Vorschriften des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Nießbraucher und Eigentümer, soweit sie diesen zur Trägung von Kosten und Lasten verpflichteten oder bestimmten, daß der Nießbraucher den Substanzverzehr nicht zu vertreten habe. Damit sei zu Gunsten des Eigentümers so weit vom gesetzlichen Leitbild der §§ 1041 bis 1050 BGB abgewichen, daß die Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch verwischt würde. Mit dinglicher Wirkung könne eine derartige Überwälzung von Pflichten des Eigentümers auf den Nießbraucher nicht vereinbart werden. Allein die völlige Ausschaltung von § 1047 BGB verstoße gegen das Erfordernis, den Wesenskern des Nießbrauchs nicht anzutasten.

Eine eigentümerähnliche Stellung des Nießbrauchers könne wohl schuldrechtlich vereinbart werden; die erstrebte Verdinglichung könne jedoch nicht herbeigeführt werden.

2. Der Beschluß des Landgerichts und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sind aufzuheben.

a)

b)

c) Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Beteiligten haben in Abschnitt II a Abs. 1 vereinbart, daß der Nießbraucher über die gesetzliche Regelung (§ 1041 Satz 2 BGB) hinaus auch die Kosten der außergewöhnlichen Ausbesserungen oder Erneuerungen der belasteten Sache zu tragen hat. Wie der Senat in seinem zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung (BayObLGZ 1985 Nr. 2 [= MittBayNot 1985, 70]) vorgesehenen Beschluß vom 10.1.1985 entschieden hat, kann eine solche Vereinbarung als zulässige Abänderung des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher in das Grundbuch eingetragen werden.

(1) Mit der Begründung des Nießbrauchs entsteht zwischen dem Grundstückseigentümer (im vorliegenden Fall der Erbbauberechtigten) und dem Nießbraucher neben der dinglichen Rechtsbeziehung zugleich ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dem von beiden Seiten Rechte und Pflichten erwachsen (BayObLGZ 1972, 364/366 f. m. Nachw. [= DNotZ 1973, 299]; 1977, 81/84 [= MittBayNot 1977, 120]; 1979, 273/276 [= MittBayNot 1979, 165]). Diese sind Inhalt des dinglichen Rechts, denn sie gestalten das Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem jeweiligen Eigentümer der Sache (BayObLG aaO). Die gesetzlich vorgesehene Regelung, die den Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt, kann — insoweit erleidet der sachenrechtliche Grundsatz, daß der Inhalt eines dinglichen Rechts der Disposition der Beteiligten entzogen ist, eine Ausnahme — grundsätzlich abgeändert oder aufgehoben werden, und zwar, da sie den näheren Inhalt des Rechts gestaltet, mit dinglicher Wirkung. Voraussetzung ist die Einigung zwischen Eigentümer und Nießbraucher sowie die Eintragung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB); zur näheren Bezeichnung des Inhalts des dinglichen Rechts kann dabei nach § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Die Möglichkeit der Ausgestaltung des Schuldverhältnisses unter Abweichung von der gesetzlichen Regelung besteht allerdings nicht schrankenlos. Die dogmatischen Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch, also zwischen dem vollen

Verfügungsrecht und dem Nutzungsrecht als Belastung desselben müssen gewahrt bleiben. Nicht abdingbar sind mithin diejenigen Vorschriften, die das Wesen des Nießbrauchs prägen (BayObLG aaO; *Staudinger* BGB 12. Aufl. Rdnrn. 10, 11, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 17, je vor § 1030). Zu diesen Regelungen gehört, daß dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher mit dinglicher Wirkung keine über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Leistungspflichten auferlegt werden können, weil eine solche Verpflichtung mit dem Wesen des Nießbrauchs als einer Dienstbarkeit unvereinbar wäre (BayObLGZ 1972, 364/367 [= DNotZ 1973, 299]; 1985 Nr. 2, je m. Nachw. [= MittBayNot 1985, 70]). Wesentlich für das Verhältnis von Eigentümer und Nießbraucher ist weiter, daß die Substanz der belasteten Sache erhalten bleiben muß (§ 1037 Abs. 1 BGB; BayObLGZ 1977, 81/84 m. Nachw. [= MittBayNot 1977, 120]; BayObLGZ 1977, 205 [= MittBayNot 1977, 189]), daß der Nießbraucher Besitzer der belasteten Sache ist (§ 1036 Abs. 1 BGB; OLG Hamm Rpfleger 1983, 144; *Palandt* BGB 44. Aufl. Anm. 1, *Staudinger* Rdnr. 3, MünchKomm BGB Rdnr. 2, BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 1, je zu § 1036) und daß dem Nießbraucher grundsätzlich alle Nutzungen der belasteten Sache (mit der Möglichkeit des Ausschlusses einzelner Nutzungen, § 1030 Abs. 2 BGB) zustehen (BayObLG DNotZ 1982, 438; *Palandt* Anm. 4 b, *Staudinger* Rdnr. 41, MünchKomm Rdnr. 30, BGB-RGRK Rdnr. 7, je zu § 1030).

(2) Es hebt die wesensbedingten Grenzen zwischen dem Eigentumsrecht und dem beschränkten dinglichen Nutzungsrecht nicht auf, wenn der Nießbraucher die Verpflichtung übernimmt, über den in § 1041 Satz 2 BGB bestimmten Rahmen hinaus Ausbesserungen und Erneuerungen auch dann durchführen zu lassen und die Kosten hierfür zu tragen, wenn sie nicht zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Die Frage, inwieweit dies auch für eine Verpflichtung gilt, eine völlig zerstörte Sache wiederherzustellen (vgl. BGH § 1090 LM Nr. 10), braucht hierbei nicht mitentschieden zu werden.

Nach § 1041 Satz 2 BGB obliegen dem Nießbraucher Ausbesserungen und Erneuerungen nur insoweit, als sie zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß dem Nießbraucher gemäß § 1039 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nur die gewöhnlichen Nutzungen gebühren (*Palandt* Anm. 1 b, *Staudinger* Rdnr. 4, MünchKomm Rdnr. 1, je zu § 1041). Es ist aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, daß der Nießbraucher mit dinglicher Wirkung gegenüber dem Eigentümer die Verpflichtung zu zusätzlichen Leistungen übernimmt; dies ist z.B. für die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts anerkannt (vgl. BayObLGZ 1979, 273/277 [= MittBayNot 1979, 165]; *Staudinger* § 1042 Rdnr. 5). Die wesensbedingten Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch werden davon nicht berührt.

Der Nießbraucher ist nach der gesetzlichen Regelung zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt, außergewöhnliche Instandsetzungen und Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen (vgl. §§ 1043, 1044 BGB; *Palandt* aaO; *Staudinger* § 1042 Rdnr. 2, MünchKomm § 1042 Rdnr. 2, § 1043 Rdnrn. 1, 3; *Soergel* BGB 11. Aufl. § 1041 Rdnr. 1). Andererseits ist auch der Eigentümer nicht verpflichtet, außerordentliche Instandsetzungen und Unterhaltungen durchführen zu lassen (BGH aaO; *Palandt* aaO; *Staudinger* § 1043 Rdnr. 3; MünchKomm § 1041 Rdnr. 2; *Soergel* § 1041 Rdnr. 1 und § 1043 Rdnr. 4). Macht der Nießbraucher Verwendungen auf die Sache, zu denen er nicht verpflichtet ist, so hat er gemäß § 1049 Abs. 1 BGB einen Anspruch gegen den Eigentümer auf Ersatz der

Verwendungen, aber nur unter den Voraussetzungen der §§ 677 ff. BGB. Nicht immer also kann der Nießbraucher Ersatz seiner Aufwendungen für außerordentliche Instandsetzungen und Unterhaltungsmaßnahmen verlangen (vgl. §§ 683, 684 BGB). In diesen Fällen trifft ihn mithin ohnehin die wirtschaftliche Last, wenn außergewöhnliche Instandsetzungen oder Unterhaltungsmaßnahmen anfallen.

Für den Inhalt des Nießbrauchs ist auch nicht wesensbestimmend, daß der Nießbraucher die Lasten der Sache und die Aufwendungen für deren Unterhaltung nur insoweit zu tragen hätte, als sie durch die Erträge der Sache gedeckt sind (vgl. RGZ 72, 101/102; 153, 29/35; *Staudinger* Rdnr. 4, MünchKomm Rdnr. 5, BGB-RGRK Rdnr. 3, *Soergel* Rdnr. 1, je zu § 1047). Darin liegt für den Nießbraucher kein unbilliger Nachteil, da er sein Recht jederzeit gemäß § 875 BGB durch einseitige Erklärung aufgeben und sich damit für die Zukunft von der Verpflichtung, die Lasten und Kosten zu tragen, befreien kann.

Dies alles spricht dafür, daß es mit dem Wesen des Nießbrauchs vereinbar ist, dem Nießbraucher die Aufwendungen für außergewöhnliche Instandsetzungen und Unterhaltungsmaßnahmen auch mit dinglicher Wirkung aufzuerlegen (anderer Meinung wohl *Wolff-Raiser* Sachenrecht 10. Aufl. § 117 III 2 S. 473).

Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts und der Beschluß des Landgerichts sind deshalb aufzuheben.

3. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gegen eine Zwischenverfügung ist nur das in ihr angenommene Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (BayObLGZ 1982, 348/351 m. Nachw.; 1984 136/138 [= MittBayNot 1984, 184]). Das Rechtsmittelgericht darf die Beschwerde nicht zurückweisen, wenn der Eintragung ein anderes als das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis entgegensteht (BayObLG aaO); es darf nur in den Gründen seiner Entscheidung „wegweisend“ auf diese Hindernisse und auf andere rechtliche Bedenken, die im Zusammenhang mit der beantragten Eintragung bestehen, hinweisen. Das Landgericht hat über diese Einschränkung hinaus Hinderungsgründe für die Eintragung erörtert, die nicht Gegenstand der Zwischenverfügung waren. Dies hat seine Entscheidung im Ergebnis jedoch nicht beeinflußt.

4. Der Senat weist für das weitere Verfahren auf folgendes hin:

a) Abschnitt II der Urkunde enthält insgesamt fünf Vereinbarungen, die durch Eintragung in das Grundbuch zum dinglichen Inhalt des Nießbrauchs gemacht werden sollen. Nach den oben dargelegten Grundsätzen ist dies rechtlich möglich, soweit es sich um die unter Buchstabe b Satz 1 und unter Buchstabe c getroffenen Regelungen handelt, daß der Nießbraucher über die gesetzliche Verpflichtung des § 1047 BGB hinaus auch die Tilgung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sowie die außerordentlichen öffentlichen Lasten übernimmt. § 1047 BGB kann mit dinglicher Wirkung abgeändert werden (vgl. RG *Soergels* Rechtsprechung 1920 § 1047 Nr. 1; RGZ 153, 29/34; *Palandt* Anm. 5, *Staudinger* Rdnrn. 18 und 26, BGB-RGRK Rdnr. 3, *Soergel* Rdnr. 9, je zu § 1047).

b) Nicht eintragungsfähig ist dagegen die in Abschnitt II Buchst. a Abs. 2 der Urkunde getroffene Regelung. Hier sollen die Pflichten des Nießbrauchers gegenüber der gesetzlichen Regelung des § 1050 BGB erweitert werden. Der sachliche Inhalt der Vereinbarung besteht im wesentlichen darin, daß der Nießbraucher für eine etwaige Wertminderung der

belasteten Liegenschaft Ersatz zu leisten hat. Denn wenn Veränderungen oder Verschlechterungen der mit dem Nießbrauch belasteten Sache, die durch deren ordnungsmäßigen Gebrauch eingetreten sind, im Rahmen der gewöhnlichen Unterhaltung eine Ausbesserung oder Erneuerung (etwa den Neuanstrich eines Hauses) erforderlich machen, ist der Nießbraucher dazu unabhängig von der Regelung des § 1050 BGB schon nach § 1041 Satz 2 BGB verpflichtet (vgl. *Staudinger* Rdnr. 2, BGB-RGRK Rdnr. 1, je zu § 1050). Es würde aber nach Ansicht des Senats die wesensmäßigen Grenzen zwischen dem Eigentum und dem beschränkten dinglichen Nutzungsrecht des Nießbrauchs aufheben, wenn der Nießbraucher auch für eine etwaige, durch ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführte Wertminderung der belasteten Sache aufkommen und dem Eigentümer dafür nach Beendigung des Nießbrauchs Ersatz leisten müßte.

c) Nicht eintragungsfähig ist auch die in Abschnitt II b Satz 2 getroffene Regelung, daß der „Eigentümer“ nach Beendigung des Nießbrauchs verpflichtet sein soll, alle Leistungen allein zu erbringen und die Haftentlassung des Nießbrauchers oder des Rechtsnachfolgers durch die Gläubiger zu erwirken. Die Verpflichtung des Eigentümers, nach Beendigung des Nießbrauchs alle Leistungen allein zu erbringen, folgt aus § 103 BGB (vgl. *Palandt* Anm. 2, *Staudinger* Rdnr. 6, je zu § 1047); etwas anderes haben auch die Beteiligten nicht bestimmt. Eine „Haftentlassung“ des Nießbrauchers kommt nicht in Frage, da dessen Verpflichtung, Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden zu tilgen und zu verzinsen sowie die öffentlichen Lasten zu übernehmen, nur gegenüber dem Eigentümer, aber nicht gegenüber den dinglichen Gläubigern oder den zur Erhebung von öffentlichen Lasten berechtigten Stellen besteht (*Palandt* aaO; *Staudinger* Rdnr. 3, MünchKomm Rdnr. 2, BGB-RGRK Rdnr. 4, je zu § 1047). Die Regelung wiederholt also teilweise nur, was ohnehin kraft Gesetzes gilt; im übrigen ist sie gegenstandslos. Sie kann deshalb nicht eingetragen werden (*KEHE* Einleitung Rdnr. B 2).

11. BGB § 96, GBVfg § 7, WEG § 1 (*Beschränkbarkeit eines Gemeinderechts sowie einer Wirtschaftsgerechsamkeit auf Wohnungs- bzw. Teileigentum*)

Ein Gemeinderecht sowie eine reale radizierte Wirtschaftsgerechsamkeit können auf ein bestimmtes einzelnes Teil- bzw. Wohnungseigentum beschränkt werden.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG München II, Beschluß vom 11.9.1984 — 2 T 1304/84 — mitgeteilt von Notar *Dr. Friedrich Kastenbauer*, Starnberg

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) sind Eigentümer eines Grundstücks in W. Im Bestandsverzeichnis ist für das Grundstück u.a. eingetragen:

„Gemeinderecht zu einem ganzen Nutzanteil an den noch unverteilten Gemeindebesitzungen, reale radizierte Wirtschaftsgerechsamkeit“.

In der zweiten Abteilung des Grundbuchs ist hinsichtlich einer Teilfläche von 1210 qm eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2) eingetragen.

2. Mit notariellem Vertrag vom 21.11.1983 änderten die Beteiligten zu 1) und 2) die Vorurkunden dahingehend ab, daß der Beteiligte zu 2) einen Miteigentumsanteil zu 541,61/1000 an dem Grundstück erhält. Hinsichtlich des Gemeinderechts und der real radizierten Gewerberechsamkeit bestimmt die Urkunde unter Abschnitt A V:

„Das bei Fl.Nr. 93 vermerkte Gemeinderecht zu einem ganzen Nutzanteil und die reale radizierte Wirtschaftsgerechsamkeit ist nicht mitzübertragen, sondern verbleibt an dem Miteigentumsanteil zu

458,39/1000 des Verkäufers, verbunden mit dem Sondereigentum, wie in Abschnitt B nachstehend vereinbart und nach dessen Unterteilung endgültig an dem Miteigentumsanteil zu 178,70/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Gaststätte im Erdgeschoß. Es wird beilligt und beantragt, dies im Grundbuch einzutragen.“

In Abschnitt B der Urkunde treffen die Beteiligten zu 1) und 2) sodann Vereinbarungen über die Aufteilung des Grundbesitzes nach dem Wohnungseigentumsgesetz, weil sie beabsichtigen, in dem auf dem Grundstück befindlichen Altbau und einem noch zu errichtenden Anbau eine Gaststätte, 2 Läden, eine Bankgeschäftsstelle, 10 Wohnungen sowie sonstige Nebenräumlichkeiten zu errichten.

3. Der Grundbuchrechtspfleger erließ am 17.05.1984 eine Zwischenverfügung, mit der er u.a. beanstandete:

Abschnitt A V der Urkunde vom 21.11.1983 sei nicht vollziehbar, weil das eingetragene Gemeinderecht und die reale radizierte Wirtschaftsgerechtheitsanteile nicht auf einen bestimmten Miteigentumsanteil des Grundstücks eingeschränkt werden können.

Das Grundbuchamt half der eingelegten Erinnerung nicht ab. Gegen diese Entscheidung richtet sich die zulässige Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist in der Sache zum Teil begründet.

1. Ist ein Gemeinderecht an einem Grundstück im Grundbuch (Bestandsverzeichnis) eingetragen, so wird es nach der Rechtsprechung des BayObLG als sog. radiertes angesehen (BayObLGZ 1960, Seite 447/450; 1964, Seite 210/211; 1970, Seite 21/23 [= MittBayNot 1970, 19 ff]; jeweils mit weiteren Nachweisen). Es ist also als ein Recht gekennzeichnet, das mit dem Eigentum an diesem Anwesen verbunden ist, einen nicht wesentlichen Bestandteil desselben i.S.d. § 96 BGB bildet und dessen rechtliches Schicksal teilt (vgl. auch *Staudinger-Dilcher*, BGB, Kommentar, 12. Aufl., § 96 Rdnr. 3).

Auf die Frage, ob es sich bei dem Gemeinderecht um ein solches öffentlich-rechtlicher oder aber privatrechtlicher Natur handelt — der Umstand der Eintragung im Grundbuch, das nur Aufschluß über privatrechtliche Verhältnisse zu geben hat, besagt dazu allein nichts (vgl. zur historischen Entwicklung BayObLGZ 1960, Seite 447/452 f) —, kommt es entscheidend nicht an. Denn die einmal ins Grundbuch übernommenen Gemeinderechte bleiben nach der grundbuchamtlichen Praxis, die nach der Rechtsprechung des BayObLG zum Wohnheitsrecht erstarkt ist, dort weiterhin eingetragen und werden wie privatrechtliche Berechtigungen behandelt, solange sich nicht ihre öffentlich-rechtliche Eigenschaft klar erweist; eine Überprüfung eingetragener Gemeinderechte (anders bei Neueintragungen) auf ihre Rechtsnatur durch das Grundbuchamt findet nicht statt (BayObLGZ 1964, Seite 210/212).

Demgemäß ist auch das am Grundstück Fl.Nr. 93 eingetragene Gemeinderecht als privatrechtliche Berechtigung zu behandeln, und zwar entsprechend § 7 GBVerf wie ein subjektiv dingliches Recht. Weil es sich um einen nichtwesentlichen Bestandteil des Grundstücks handelt (BayObLGZ 1964, Seite 210/211; 1970, Seite 21/25 [= MittBayNot 1970, 19 ff]), bestehen gegen dessen (isolierte) Übertragbarkeit (auf ein anderes Grundstück) keine Bedenken (BayObLGZ 1964, Seite 210/212; RGZ 83, Seite 198/200; RG in Gruchot, Band 53, Seite 1170, jeweils für die Abdeckergerechtheit).

Ebenfalls unzweifelhaft ist dann aber auch, daß ein solches Gemeinderecht auf ein Wohnungs-/Teileigentum (§ 1 Absätze 2 und 3 WEG), das durch Teilung nach § 8 WEG gebildet wird, beschränkt werden kann. Denn es handelt sich um vollwertiges Eigentum, zu dessen Gunsten die Zulässigkeit etwa einer Grunddienstbarkeit ohne weiteres zu bejahen ist;

Wohnungseigentum kann also herrschendes Grundstück für subjektiv dingliche Rechte bilden (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, Kommentar, 5. Aufl., § 1 Rdnr. 100; *Palandt-Bassenge*, BGB, Kommentar, 43. Aufl., Überbl. vor § 1 WEG, Anm. 2 a; OLG Hamm, Rpfl 1980, Seite 469; BayObLGZ 1976, Seite 218/221 f. [= MittBayNot 76, 174]).

Im Ergebnis ist es deshalb unbedenklich, daß nach Abschnitt A V der Urkunde das vermerkte Gemeinderecht an dem Miteigentumsanteil des Verkäufers (= der Beteiligten zu 1) verbleibt und — nach Durchführung der Unterteilung an dem Miteigentumsanteil zu 178,7/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Gaststätte im Erdgeschoß.

2. Im wesentlichen gleichgelagert ist die Problematik hinsichtlich der realen radierten Wirtschaftsgerechtheitsanteile. Es handelt sich dabei um ein sog. radiertes Realgewerbe, weil es mit dem Grundstück verbunden ist (vgl. hierzu und zum folgenden *Roth*, Bayrisches Civilrecht, 3. Teil, 1875, § 241, § 294, BayObLGZ 1, Seite 595/598). Diese waren und sind jedoch als dingliche Rechte übertragbar; denn sie hatten die Eigenschaft von sog. Pertinenzen (d.h. Zubehör; anders dagegen das BGB, nach dem nur Sachen Zubehör bilden können; siehe §§ 90, 97 Abs. 1). Einer Beschränkung der Wirtschaftsgerechtheitsanteile auf das Teileigentum Nr. 4 (Gaststätte) stehen deshalb die vom Grundbuchamt geäußerten Bedenken nicht entgegen (siehe dazu auch *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, § 1 Rdnr. 99; *Weitnauer/Wirths*, WEG, Kommentar, 6. Aufl., § 3 Rdnr. 35 a). Denn das Teileigentum ist seiner Natur nach gerade dazu bestimmt, die Gewerbeberechtigung auszuüben (vgl. auch RG, Gruchot, Band 53, Seite 1166/68; siehe auch *Güthe-Triebel*, Grundbuchordnung, 6. Aufl., Art. 22 AGGBO, Rdnr. 51, am Anfang, sowie zu Art. 74 EGBGB). Im Gegenteil könnte man die Frage aufwerfen, ob bei vollzogener Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum/Teileigentum das Grundstück als solches noch dazu geeignet ist, Träger der Gerechtheitsanteile zu sein.

3. ...

12. BGB §§ 2336, 2333 (Umfang des Formzwanges bei Pflichtteilsentziehung)

1. Auch bei der Pflichtteilsentziehung reicht es nicht aus, wenn der Erblasser wegen des Entziehunggrundes lediglich auf andere, der Testamentsform nicht entsprechende Erklärungen verweist.

2. Der Grund für eine Pflichtteilsentziehung gemäß § 2333 Nr. 3 BGB ist in der Verfügung von Todes wegen nicht im Sinne von § 2336 Abs. 2 BGB angegeben, wenn der Erblasser sich mit seinen Worten nicht auf bestimmte konkrete Vorgänge (unverwechselbar) festlegt und den Kreis der Betracht kommenden Vorfälle nicht auch nur einigermaßen und praktisch brauchbar eingrenzt.

BGH, Urteil vom 27.2.1985 — IVa ZR 136/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die 1939 geborene Klägerin ist eine Tochter des am 10. Juli 1977 verstorbenen Erblassers. Erben sind die Beklagten zu 1) bis 4). Es ist Nachlaßverwaltung angeordnet; Nachlaßverwalter ist der Beklagte zu 5). In dem eigenhändigen Testament des Erblassers vom 4. September 1975 heißt es:

„Ich bestimme zu meinen Erben die gesetzlichen Erben, ausgenommen

1. ...

2. meine Tochter M. (= Klägerin)

Ich entziehe ihr auch den Pflichtteil, da sie sich durch die in den Jahren 1974 und 1975 erfolgten Beleidigungen, üblen Nachreden und Verleumdungen eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen mich schuldig gemacht hat. Einzelheiten gehen aus der beiliegenden Aktennotiz vom 28.7.75 und der Zuschrift des Herrn R. vom 22.8.75 nebst Anlagen hervor. Ich setze Herrn K. zum Testamentsvollstrecker ein. Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist neben der Verwaltung- und Verteilungsaufgabe insbesondere die Abwehr der meiner Tochter M. entzogenen Pflichtteilsansprüche.

Die Klägerin hält die Entziehung ihres Pflichtteils für unwirksam und verlangt im Wege der Stufenklage von den Beklagten Auskünfte, sachverständige Ermittlung des Wertes von Nachlaßgegenständen, Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und von dem beklagten Nachlaßverwalter Zahlung ihres Pflichtteils. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Pflichtteil wirksam entzogen sei.

Mit ihrer Berufung hat die Klägerin ihre Klage weiterverfolgt und im Wege der Zwischenfeststellungsklage zusätzlich den Ausspruch begehrt, daß ihr Pflichtteilsrecht „nicht wirksam entzogen“ worden sei, „d.h. daß ihr ein Pflichtteilsrecht nach . . . (dem Erblasser) zustehe“. Das Berufungsgericht hat diesem neuen Begehren durch Teilurteil stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. 1. Ohne Rechtsverstoß geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin zu dem Kreis der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des Erblassers gehört, durch das Testament des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen ist und deshalb gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB ihren Pflichtteil verlangen kann, wenn der Erblasser ihr diesen nicht wirksam entzogen hat. Auch die Revision hat insoweit nichts zu erinnern.

Mit Recht zieht das Berufungsgericht als einzigen hier in Betracht kommenden Pflichtteilsentziehungsgrund § 2333 Nr. 3 BGB heran. Danach kann der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn dieser sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser (oder dessen Ehegatten) schuldig macht. Die Entziehung bedarf gemäß § 2336 Abs. 1 BGB einer letztwilligen Verfügung; der Grund der Entziehung muß gemäß § 2336 Nr. 2 BGB in der Verfügung angegeben werden.

2. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der in dem Testament genannte Entziehungsgrund genüge den Anforderungen des § 2336 Abs. 2 BGB für sich allein nicht; die Erklärung lasse auch in Verbindung mit den angeführten Jahreszahlen nicht erkennen, welche Äußerungen der Erblasser meine. Auch die Bezugnahme auf die auf den 28. Juli 1975 datierte Aktennotiz reiche nicht aus. Der Aktenvermerk sei mit Schreibmaschine geschrieben, trage keine Unterschrift und sei damit als Testament formnichtig. Ob die Verweisung des Testaments auf die Zuschrift des Rechtsanwalts R. mit Datum vom 22. August 1975 ausreicht, hält das Berufungsgericht für zweifelhaft. Es läßt die Frage aber offen, weil der mit Hilfe dieses Schreibens ermittelte Sachverhalt die Pflichtteilsentziehung nicht rechtfertige.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind im Ergebnis unbegründet.

1. Wie bereits das Reichsgericht in RGZ 168, 34, 35 zutreffend erkannt hat, ist bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung zunächst durch Auslegung zu ermitteln, worauf der Erblasser die Entziehungen stützen wollte. Das Ergebnis dieser Auslegung ist sodann an dem Erfordernis des § 2336 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB zu messen (zu dieser Reihenfolge vergleiche auch BGHZ 86, 41, 46, 47).

Das Berufungsgericht glaubt, dem Testament selbst nicht entnehmen zu können, auf welche konkreten Äußerungen

der Klägerin der Erblasser die Entziehung habe stützen wollen. Dabei ist aber nicht hinreichend berücksichtigt, daß sich der Richter bei der Auslegung eines Testaments nicht auf eine Analyse des Wortlauts der Verfügung (und darin in Bezug genommener weiterer Erklärungen) beschränken darf, sondern daß er auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde auswerten muß, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind (BGHZ 86, 41, 45). Der Senat kann diese Prüfung, da weitere Sachaufklärung insoweit nicht mehr erforderlich ist, selbst nachholen.

Dabei ist als ein solcher Umstand außerhalb des Testaments die unstreitige Tatsache heranzuziehen, daß die Klägerin und ihre damals noch minderjährige Tochter in den Jahren 1974 und 1975 vor dem Amtsgericht und dem Landgericht von dem Erblasser Unterhalt verlangt haben. Bei Berücksichtigung dieses Umstandes und der Heftigkeit, mit der jenes Verfahren seinerzeit von Seiten der Klägerinnen unstreitig geführt wurde, ist anzunehmen, daß der Erblasser mit der in dem Testament enthaltenen Begründung für die Pflichtteilsentziehung mutmaßlich diejenigen Vorwürfe im Auge hat, die in jenem Unterhaltsverfahren gegen ihn erhoben worden waren und die er anscheinend insgesamt als besonders kränkend empfunden hatte. Das wird durch die in dem Testament genannten und ihm beigelegten schriftlichen Erklärungen bestätigt. Dort ist vor allem auf mehrere Schriftsätze der Klägerin in dem genannten Unterhaltsverfahren Bezug genommen.

Der dem Testament beigelegte und dort ausdrücklich in Bezug genomme schriftliche Aktenvermerk des Erblassers läßt ferner erkennen, daß dieser der Klägerin den Pflichtteil bei der Errichtung seines Testaments auch aus weiteren Gründen entziehen wollte. Der Vermerk, der sich über sechs Schreibmaschinenseiten erstreckt, trägt die Überschrift

„Betr.: die unwahren und verlogenen Behauptungen . . . (der Klägerin), die meines Erachtens ausreichen, um ihr das Pflichtteilsrecht abzusprechen.“

Darunter sind 15 fortlaufend nummerierte Vorwürfe gegen die Klägerin angeführt, und zwar unter Nr. 1—4, Nr. 11—14 solche, die sich auf den Inhalt der Schriftsätze der Klägerin in dem genannten Unterhaltsprozeß beziehen. Die weiteren Vorwürfe betreffen folgende Punkte: . . .

Den Umständen nach spricht alles dafür, daß der Erblasser der Klägerin auch aus allen diesen Gründen den Pflichtteil entziehen wollte.

2. Mit dieser Auslegung ist aber noch nicht entschieden, ob der Erblasser die Gründe für die von ihm verfügte Pflichtteilsentziehung auch formgerecht erklärt hat.

Spätestens seit dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 29. November 1963 (V ZR 190/61 = LM BGB § 2336 Nr. 1 [= DNotZ 1964, 628]) ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt, daß die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung neben der Entziehungserklärung (§ 2336 Abs. 1 BGB) jedenfalls im Rahmen von § 2333 Nr. 1—4 BGB gemäß § 2336 Nr. 2 BGB auch die Angabe eines (zutreffenden) Kernsachverhalts in dem Testament voraussetzt (ebenso BGH, Urteil vom 11.02.1965 — III ZR 24/64 — unveröffentlicht, vgl. *Keßler* DRiZ 1966, 395, 400). Dabei geht es nicht darum, daß der Erblasser zum Ausdruck bringt, unter welchen der im Gesetz angeführten Entziehungstatbestände er seinen Entziehungsgrund einordnet; sondern es kommt auf eine (gewisse) Konkretisierung des Grundes oder der Gründe an, auf die er die Entziehung stützen will. Eine derartige konkrete Begrün-

dung in dem Testament, die nicht in die Einzelheiten zu gehen braucht, ist schon deshalb unverzichtbar, weil die Entziehung anderenfalls im Einzelfall am Ende auf solche Vorwürfe gestützt werden könnte, die für den Erblasser nicht bestimmend waren, sondern erst nachträglich vom Erben erhoben und vom Richter für begründet erklärt werden. Eine dahingehende Befürchtung ist schon bei den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB geäußert (Protokolle Band 5 S. 556) worden (vgl. auch RGZ 95, 24, 26). Auf die Angabe jeder Konkretisierung hat das Reichsgericht in der genannten Entscheidung im Jahre 1919 unter ausdrücklicher Beschränkung auf diese Fallgruppe nur für § 2333 Nr. 5 BGB verzichtet. Dabei hat es erkannt, daß die bei den Gesetzesberatungen geäußerten, oben angeführten Befürchtungen freilich vermieden werden müssen. Im Rahmen von § 2333 Nr. 5 BGB hat es diese aber für nicht gerechtfertigt gehalten, weil es den verwendeten Ausdruck „ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel wider den Willen des Erblassers“ für hinreichend deutlich hielt. Ob diese Auffassung im Jahre 1919 zutrifft und auch noch den heutigen Verhältnissen gerecht würde, ist hier nicht zu entscheiden.

Der hiernach notwendig anzugebende Kern des konkreten Sachverhalts, der den Grund der Pflichtteilsentziehung bildet, gehört gemäß § 2336 Abs. 2 BGB „in“ die letztwillige Verfügung. Dieser Formvorschrift wird, wie auch sonst (vgl. Senatsurteil vom 29.05.1980 — IVa ZR 26/80 = LM BGB § 2247 Nr. 6 Bl. 2), nicht schon dadurch Genüge getan, daß der Erblasser wegen des Entziehungsgrundes lediglich auf andere, der Testamentsform nicht entsprechende Erklärungen verweist. An die Einhaltung der Testamentsform im Bereich von § 2336 Abs. 2 BGB geringere Anforderungen zu stellen als etwa bei der Erbeinsetzung (BGHZ 80, 242 [= DNotZ 1982, 321] und 246 [= DNotZ 1982, 323]) oder bei der Bestimmung des Gegenstandes, den der Erblasser einem anderen durch Vermächtnis zuwendet (§§ 1939, 2065 Abs. 2 BGB; vgl. Senatsurteil vom 29.05.1980 — IVa ZR 26/80 = LM BGB § 2247 Nr. 6), ist entgegen der Auffassung von Firsching (Privatgutachten vom 18. März 1982) nicht gerechtfertigt. Eine derartige Differenzierung der Formen danach, um welche Art von letztwilliger Verfügung es sich jeweils inhaltlich handelt, würde zu einer Aufsplitterung der insoweit bisher einheitlichen Anforderungen an die Einhaltung der Testamentsformen führen, sogar deren Auflösung einleiten können und damit die Rechtssicherheit ohne Not gefährden. Es ist zwar richtig, daß das Reichsgericht in RGZ 168, 34, 36 angenommen hat, dem Erfordernis des § 2336 Abs. 2 BGB könne entsprochen sein, wenn der Erblasser in seinem Testament wegen der Gründe für die von ihm verfügte Pflichtteilsentziehung auf bestimmte Scheidungsakten verwiesen habe. Es hat eine derartige Lage aber deutlich als Grenzfall gekennzeichnet und ausgeführt, das Merkmal könne „noch“ als erfüllt angesehen werden, und zwar „um deswillen“, „weil die Scheidungsklage seinerzeit bereits anhängig und sonach ohne besondere Schwierigkeiten und ohne Unklarheit aus den Gerichtsakten festzustellen war, welche Entziehungsgründe der Erblasser“ habe angeben wollen. Ähnliches läßt sich bei (bloßer) Verweisung auf einen maschinenschriftlichen Vermerk ohne Unterschrift und auch auf das Schreiben eines Dritten nicht sagen. Eine derartige Bezugnahme bietet, vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit, daß die in Bezug genommenen Urkunden nach der Testamentserrichtung ausgetauscht oder auch nachträglich geändert oder ergänzt werden können — das letztere ist hier zumindest in einem Punkt geschehen — be-

trächtlich weniger Sicherheit für eine zutreffende Feststellung des Erblasserwillens als amtlich geführte und verwahrte Gerichtsakten und kann den gesetzlichen Formzwecken einer Testamentsurkunde (vgl. dazu BGHZ 80, 242, 246 [= DNotZ 1982, 321] und 246, 251 [= DNotZ 1982, 323]; 76, 109, 117; 47, 68, 70 ff.) damit nicht genügen (vgl. auch Colmar, Recht 1914 Nr. 1292).

Hiernach kommt es darauf an, ob die durch Auslegung ermittelten konkreten Entziehungsgründe — sämtlich oder auch nur zu einem Teil — in dem Testament selbst einen hinreichenden Ausdruck gefunden haben, um den gesetzlichen Zwecken der Testamentsform genügen zu können. Diese Frage hat der Senat verneint.

Die Worte: „da sie sich durch die In den Jahren 1974 und 1975 erfolgten Beleidigungen, üblen Nachreden und Verleumdungen eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen mich schuldig gemacht hat“ verweisen nicht auf bestimmte konkrete Vorgänge. Eine Hilfe für die Eingrenzung dessen, was der Erblasser mit ihnen gemeint hat, könnten sie allenfalls durch die Angabe dreier abstrakter Straftatbestände und eines verhältnismäßig langen Zeitraumes bieten. Das ist hier nicht ausreichend.

Die Verbrechen und Vergehen gegen den Erblasser, die die Pflichtteilsentziehung gemäß § 2333 Nr. 3 BGB rechtfertigen können, sind sehr unterschiedlich geartet. Unter ihnen mag es auch solche geben, die sich von den übrigen derart abheben, daß es ausreicht, wenn der Erblasser sie zur Begründung der Pflichtteilsentziehung im Testament lediglich mit Hilfe der Angabe des abstrakten Straftatbestandes bezeichnet. So könnte es sich etwa bei einem Mordversuch oder auch bei einer Brandstiftung verhalten. Bei solchen Delikten ist es möglich, daß der konkrete Vorgang, den der Erblasser meint, auch ohne Konkretisierung des Vorwurfs durch das Mittel näherer sprachlicher Umschreibung sowohl für die Beteiligten als auch für neutrale Dritte auf der Hand liegt. Das ist aber nicht so bei den hier in Rede stehenden „bloß“ verbalen Vergehen der Beleidigung, der üblen Nachrede und der Verleumdung. Derartige Vergehen sind, wenn sie weder räumlich noch dem Zeitpunkt oder den Umständen nach beschrieben und damit identifizierbar festgelegt werden, weniger leicht zu „greifen“ und erst recht nicht unverwechselbar auszumachen; das gilt zumal dann, wenn es um zahlreiche und sehr verschiedenartige Sachverhalte geht. Jedenfalls unter solchen Umständen bietet die Angabe der abstrakten Straftatbestände in dem Testament keinerlei Hilfe, ein bestimmtes beanstandetes Verhalten des Pflichtteilsberechtigten wiederzuerkennen. Der Erblasser hat sich damit auf den oder die Entziehungsgründe gerade noch nicht (unverwechselbar) festgelegt und hat den Kreis der in Betracht kommenden Vorfälle nicht auch nur einigermaßen und praktisch brauchbar eingegrenzt. Das gilt auch hier, obwohl eine bestimmte Zeitspanne von zwei Jahren hinzugefügt ist; diese Spanne ist bei der Art und der Vielzahl der in Betracht kommenden möglichen Vorgänge zu lang, als daß sie zu einem praktisch brauchbaren Grad von Kennzeichnung führen könnte. Damit sind die Formerfordernisse des § 2336 Abs. 2 BGB nicht erfüllt.

Diesem Ergebnis kann nicht entgegengehalten werden, was der Erblasser gemeint habe, lasse sich bei Heranziehung aller Umstände durch Auslegung ermitteln und liege demnach fest. Eine derartige Argumentation ließe den Sinn des gesetzlichen Formzwangs am entscheidenden Punkt unbeachtet. Gemäß § 2336 Abs. 2 BGB genügt es gerade nicht, den wirklichen Grund der Pflichtteilsentziehung durch den Erb-

lasser — mehr oder weniger sicher — mit den Mitteln der Beweisaufnahme oder sogar nur mit Hilfe der Auslegung (vgl. dazu BGHZ 86, 41, 46) aufzudecken. Vielmehr muß der Erblasser den Grund „in der Verfügung“ angeben. Von ihm wird daher verlangt, daß er sich auf einen oder mehrere bestimmte Vorwürfe festlegt und diese gerade in der Verfügung von Todes wegen festhält. Damit sind für den Erblasser, der einen Pflichtteil entziehen will, Schwellen aufgebaut, die er im allgemeinen nicht leichtthin überwinden wird. Er wird dadurch in besonderem Maße zu verantwortlichem Testieren angehalten. Das außerordentliche Gewicht und der demütigende Charakter der Pflichtteilsentziehung (BGH, Urteil vom 11.2.1965 — III ZR 24/64), die einer „Verstoßung über den Tod hinaus“ nahekommt, haben dazu geführt, daß das Gesetz die Wirksamkeit dieser Maßnahme auch in förmlicher Hinsicht sinnvoll an strenge Voraussetzungen knüpft. Die Rechtsprechung darf diese Förmlichkeiten nicht beiseite schieben.

13. BGB § 2205; HGB § 177 (Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen)

Zu den Befugnissen des mit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Nachlaßvermögens betrauten Testamentsvollstreckers hinsichtlich eines vererbten Kommanditanteils.

BGH, Urteil vom 25.2.1985 — II ZR 130/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH.

Aus dem Tatbestand:

Der am 19. Juli 1973 verstorbene Vater der Beklagten war an der Kommanditgesellschaft „Sch. & Co.“ als Kommanditist mit einer eingezahlten Einlage von 300.000 DM beteiligt. Persönlich haftender Gesellschafter war sein Sohn O. Im Gesellschaftsvertrag war bestimmt, daß das Gesellschaftsverhältnis beim Tode eines Kommanditisten mit den Erben fortgesetzt wird. Der Vater der Beklagten wurde kraft Testaments von seinen drei Kindern (der Beklagten und ihren beiden Brüdern G. und B.) zu gleichen Teilen beerbt. Seine Ehefrau hatte der Erblasser mit einem Vermächtnis bedacht, das unter anderem die Zahlung einer Rente auf Lebenszeit umfaßte.

In dem Testament, bei dessen Errichtung das später als Kommanditgesellschaft weitergeführte Handelsgeschäft noch in der Form einer offenen Handelsgesellschaft betrieben wurde, hatte der Erblasser die klagende Treuhandsellschaft zur Testamentsvollstreckerin ernannt und hierzu bestimmt:

„§ 4

1) Es ist mein Wunsch, daß das von mir und meinem Sohn O. als offene Handelsgesellschaft geführte Handelsgeschäft nach meinem Ableben von meinen Erben als Kommanditgesellschaft fortgeführt wird. Ich bitte daher meine Kinder G. und B., mit ihrem Anteil an meinem Geschäftskapital als Kommanditisten in das Geschäft einzutreten.

2) Bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages bzw. bei der Auseinandersetzung über mein Geschäftskapital und allen hiermit zusammenhängenden Fragen hat mein Testamentsvollstrecker maßgeblich mitzuwirken. Er ist berechtigt und verpflichtet, die Rechte und Pflichten meiner Kinder G. und B. — evtl. von deren Abkömmlingen — gegenüber der Firma und meinem Sohn O. sowie untereinander wahrzunehmen. In dem etwaigen Gesellschaftsvertrag sind ihm die weitestgehenden Befugnisse zur Kontrolle und Mitsprache einzuräumen.

§ 5

1) Ich ordne eine Testamentsvollstreckung an, die mindestens bis zum Ableben meiner Ehefrau bzw. solange Abkömmlinge von mir an dem Handelsgeschäft (§ 4) als Kommanditisten oder stille Teilhaber oder durch Forderungen irgendwelcher Art beteiligt sind, andauern soll.

2) Mein Testamentsvollstrecker soll die Nachlaßverbindlichkeiten begleichen, die Vermächtnisse zur Ausführung bringen, die Erfüllung der Auflagen sichern und den Nachlaß zu gegebener Zeit auseinandersetzen. Insbesondere soll er durch geeignete Maßnahmen die Zahlung der meiner Ehefrau hinterlassenen Rente und die Begleichung der Zins- und Tilgungslasten des Hausgrundstücks durch meine Erben sichern.

3) Wegen des Handelsgeschäfts verweise ich auf § 4 Abs. 2.“

Am 15. Juni 1981 übertrugen die Beklagte und ihr Bruder G. ihre erbten Kommanditanteile auf ihren Bruder O., den persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft.

Mit der gegen die Beklagte und Ihren Bruder G. erhobenen Klage hat die Klägerin die Feststellung beantragt, daß die Kommanditbeteiligungen der Beklagten und ihres Bruders der Testamentsvollstreckung unterliegen und die Übertragung der Kommanditbeteiligungen auf O. unwirksam ist; hilfsweise hat sie beantragt festzustellen, daß die Ansprüche auf Gewinn und auf ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben aus den Kommanditbeteiligungen unter die Testamentsvollstreckung fallen.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag der Klage stattgegeben. Die ursprünglich von beiden Beklagten eingelegte Berufung ist nur von der Beklagten aufrechterhalten worden, während ihr Bruder G. sein Rechtsmittel zurückgenommen hat. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten festgestellt, daß deren Anspruch auf ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben bezüglich ihres Kommanditanteils unter die Testamentsvollstreckung der Klägerin fällt. Die weitergehende Klage gegen die Beklagte hat das Oberlandesgericht abgewiesen.

Mit der Revision hat die Beklagte beantragt, die gegen sie gerichtete Klage in vollem Umfang abzuweisen. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Mit der Revision macht die Beklagte — wie schon in den Vorinstanzen — in erster Linie geltend, die Anordnung der Testamentsvollstreckung erstrecke sich schon nach dem im Testament zum Ausdruck gekommenen Willen des Erblassers nicht auf die Kommanditanteile der Erben. Dem Testamentsvollstrecker habe insoweit (nur) die Mitwirkung bei dem im Testament vorgesehenen Abschluß eines Kommanditgesellschaftsvertrages unter Beteiligung der Erben obzulegen. Diese Aufgabe sei hinfällig und die Anordnung der Testamentsvollstreckung damit insoweit gegenstandslos geworden, nachdem das Handelsgeschäft noch zu Lebzeiten des Erblassers in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden sei.

Damit dringt die Revision nicht durch. Die Erstreckung der Testamentsvollstreckung auf den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, die allein noch Gegenstand des Revisionsverfahrens ist, folgt bereits daraus, daß die Testamentsvollstreckung in § 5 des Testaments ohne jede Einschränkung hinsichtlich der ihr unterliegenden Gegenstände angeordnet worden ist. Sie würde danach, selbst wenn die Kommanditanteile nach dem Willen des Erblassers nicht durch den Testamentsvollstrecker verwaltet werden sollten, jedenfalls den gesamthänderisch gebundenen Nachlaß voll umfassen. Zu diesem gehört aber unbeschadet der Sondernachfolge, die hinsichtlich des Kommanditanteils stattfindet, der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (Sen. Ur. v. 24.11.1980 — II ZR 194/79, WM 1981, 140, 141; vgl. auch BGHZ 91, 132, 136 f.; *Ulmer* in *Großkomm.*, HGB 3. Aufl. § 139 Rdnr. 58 und Festschrift *Schilling* S. 79, 87 ff.; *Hueck*, Das Recht der OHG, 4. Aufl. S. 411 m.w.N.).

II. Das Oberlandesgericht hat angenommen, daß sich die angeordnete Testamentsvollstreckung nicht auf den Kommanditanteil der Beklagten erstrecke, weil es an der hierzu erforderlichen Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters O. fehle. Die Testamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil sei — wenn überhaupt — nur mit Einwilligung der übrigen Gesellschafter zulässig, die für O. unter den gegebenen Umständen weder aus der Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrages entnommen werden könne, noch sonst erklärt worden sei. Das hindere jedoch nicht, die Testamentsvollstreckung — auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter — auf den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zu erstrecken.

Auch gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann sich der Machtbereich eines Testamentsvollstreckers nicht auf die Verwaltung des Gesellschaftsanteils des persönlich haftenden Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft erstrecken (BGHZ 68, 225, 239 m.w.N.). Gleiches gilt für den Gesellschaftsanteil eines mitgeschäftsführenden Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Für diese Fälle hat der Senat entschieden, daß die Testamentsvollstreckung, die für den vererbten Gesellschaftsanteil als solchen nicht eingreifen kann, den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben erfaßt (Sen. Ur. v. 24.11.1980 aaO; ebenso zur Nachlaßverwaltung BGHZ 91, 132, 136 f. m.w.N.).

b) Im vorliegenden Fall betrifft die vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung einen Kommanditanteil, auf den die Einlage voll geleistet ist. Die Frage, ob in einem solchen Fall die Testamentsvollstreckung für den Gesellschaftsanteil als solchen rechtlich möglich ist, hat der Senat bisher offen gelassen (zuletzt BGHZ 91, 132, 137 f.). Wenn sie grundsätzlich zu bejahen wäre, wofür manches spricht, würde die Testamentsvollstreckung insoweit wegen des persönlichen Verbundes, in dem die Gesellschafter auch in der Kommanditgesellschaft zueinander stehen, die Zustimmung der übrigen Gesellschafter (die auch schon im Gesellschaftsvertrag enthalten sein kann) voraussetzen (BGHZ 68, 225, 241). Fehlt es — wie hier — an dieser Zustimmung, verbleibt gleichwohl der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben unter der Testamentsvollstreckung. Über diesen Anspruch wird der Zugriff auf den Vermögenswert des Gesellschaftsanteils ermöglicht, der für den Testamentsvollstrecker verfügbar sein muß, wenn der Anteil als solcher seiner Machtbefugnis entzogen ist. Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen die Erstreckung der Testamentsvollstreckung auf den Gesellschaftsanteil überhaupt nicht möglich ist, sondern es müßte in gleicher Weise auch dann gelten, wenn die Testamentsvollstreckung an dem Anteil grundsätzlich zulässig wäre, aber im Einzelfall an der fehlenden Zustimmung der Mitgesellschafter scheitert.

2. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (oder Abfindungs-)guthaben unterliegt als verkehrsfähiger vermögensrechtlicher Anspruch (§ 717 Satz 2 BGB; §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) der Testamentsvollstreckung auch ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Auch sonst stehen der Testamentsvollstreckung insoweit keine rechtlichen Hindernisse entgegen.

Die Revision macht unter Berufung auf *Richardi* (Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, S. 69 f.) geltend, der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben könne deshalb nicht dem Zugriff des Testamentsvollstreckers unterliegen, weil dieses Guthaben mindestens zu einem Teil auf die Tätigkeit der werbenden Gesellschaft nach dem Erbfall zurückzuführen sei und eine Aussonderung des Teils, der auf die Zugehörigkeit des Erblassers zur Gesellschaft entfalle, praktisch nicht möglich sei (vgl. dazu auch *Ulmer*, Festschr. Schilling S. 101 f.) Darin kann der Revision nicht gefolgt werden. Es bedarf dazu keiner Prüfung, ob Wertsteigerungen des vererbten Gesellschaftsanteils, die auf die persönliche Tätigkeit des Gesellschafter-Nachfolgers in dem Unternehmen zurückzuführen sind, dem Nachlaß zugerechnet werden können (vgl. BGHZ 91, 132, 137), oder wie das Auseinandersetzungsguthaben, auf das der

Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Aufgaben Zugriff nehmen kann, sonst im einzelnen zu bemessen ist. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob sich eine Eingrenzung des Zugriffs des Testamentsvollstreckers insoweit nur in dessen Verhältnis zu den Erben oder auch nach außen gegenüber den anderen Gesellschaftern auswirken würde. Jedenfalls wäre eine solche Eingrenzung bestimmbar und könnte danach die Testamentsvollstreckung an dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht undurchführbar machen. Über die Höhe des Anspruchs als solche ist hier nicht zu entscheiden.

Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben ist der Testamentsvollstreckung nicht dadurch nachträglich entzogen worden, daß die Beklagte ihren Kommanditanteil auf den persönlich haftenden Gesellschafter O. übertragen hat. Auch wenn — schon wegen der Abweisung der dagegen gerichteten Feststellungsklage — von der Befugnis der Beklagten zur Verfügung über den Kommanditanteil auszugehen ist, erstreckte sich diese Befugnis nicht auf den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, der von Anfang an der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers unterlag. Die Lage unterscheidet sich insoweit von derjenigen bei einer Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben. Der in der Senatsentscheidung vom 19.9.83 (II ZR 12/83, WM 1983, 1235) aufgestellte Grundsatz, daß die Vorausabtretung des Auseinandersetzungsanspruchs mit der Abtretung des Geschäftsanteils hinfällig wird, kann jedenfalls hier nicht (sinngemäß) eingreifen (ebenso *Ulmer*, NJW 1984, 1496, 1501 f.).

Anmerkung:

Die Frage, ob Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen zulässig ist, ist eine der dogmatisch schwierigsten Fragen im Grenzbereich zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht. Die Literatur hierzu ist fast unüberschaubar. Als gesicherte Erkenntnis konnte bislang gelten, daß eine Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsanteilen mit dinglicher Wirkung nicht zulässig ist. Dies hat seinen Grund darin, daß die Beteiligung an einer Personengesellschaft nicht nur eine vermögensrechtliche, sondern auch eine höchstpersönliche Komponente hat, die im Vordergrund steht. Außerdem kollidieren die Haftungsgrundsätze des Erbrechts (beschränkte Erbenhaftung) mit denen des Handelsrechts (persönliche, wenn auch u.U. beschränkte Haftung des Gesellschafters). Die Rechtsprechung hat diese Position ausdrücklich bestätigt, und zwar für die Offene Handelsgesellschaft in RGZ 170, 392; 172, 199; BGHZ 24, 112; 68, 225, wobei für den Komplementär bei der Kommanditgesellschaft nichts anderes gelten kann, und für die BGB-Gesellschaft in RGZ 171, 328; BGH DB 1981, 366. Für die Kommanditgesellschaft gab es bislang nur die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 172, 199, die jedoch den Sonderfall betraf, daß die Hafteinlage des Kommanditisten nicht voll eingezahlt war, des OLG Frankfurt (DNotZ 1983, 394) sowie des BayObLG (Rpfler 1983, 442), welche die Rechtsprechung zur oHG auf die Beteiligung des Kommanditisten ausdehnten, ohne Rücksicht darauf, ob die Hafteinlage voll eingezahlt ist oder nicht.

Die Praxis mußte bislang also von der Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen ausgehen. Sie hat daher hierzu Ausweichlösungen entwickelt (treuhänderische Übernahme der Beteiligung durch den Testamentsvollstrecker, Erteilung einer — verdrängenden? — Vollmacht durch den Gesellschafter-Nachfolger an

den Testamentsvollstrecker, Freigabe im Außenverhältnis und Bindung im Innenverhältnis), deren jede jedoch ihre Schwierigkeiten mit sich bringt (vgl. dazu *Ulmer* ZHR 146/1982, 555). Die rechtstheoretischen Bedenken, die gegen die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung sprechen, waren bei dem alltäglichen Fall einer Ein-Mann-GmbH & Co. KG kaum noch plausibel zu machen und führten zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten (vgl. dazu *Reithmann* BB 1984, 1394 ff).

Das Urteil des BGH vom 25.02.85 — II ZR 130/84 — überrascht in zweifacher Hinsicht:

Einmal wird in einem obiter dictum zu erkennen gegeben, daß der BGH der Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung an einer Kommanditbeteiligung, bei der die Haften einlage voll eingezahlt ist, zuneigt („wofür manches spricht“). Dieses obiter dictum stellt geradezu eine Aufforderung dar, einen entsprechend gelagerten Fall zur Entscheidung dieser Frage vor den BGH zu bringen.

Zum anderen betont der BGH, daß die Abfindungsansprüche der Testamentsvollstreckung unterliegen, also auch dann, wenn die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird. Diese Aussage ist überraschend, wenn auch nicht neu. So schrieb etwa *Dittmann* 1960 in der 10./11. Auflage des „Staudinger“ (§ 2205 Rdnr. 63): „Wenn aber der Erbe nach § 139 Abs. 2 HGB aus der oHG ausscheidet, so unterliegt der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben der Verwaltung des Testamentsvollstreckers. Entsprechendes gilt für ein späteres Ausscheiden oder für eine Auflösung der Gesellschaft nach anfänglicher Fortsetzung“. Diese Erkenntnis wurde jedoch im Laufe der Zeit zurückgedrängt durch eine einheitliche Betrachtung der Gesellschaftsbeteiligung: Eine gesicherte Erkenntnis ging dahin, daß das Auseinandersetzungsguthaben nur dort der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, wo ein Anlaß für die Auseinandersetzung gegeben war, also in dem Fall, daß die Gesellschaft nicht mit den Erben fortgesetzt wurde. In allen übrigen Fällen ließ man das vermögensrechtliche Element gegenüber dem höchstpersönlichen in den Hintergrund treten — mit der Folge, daß die Zulässigkeit einer Testamentsvollstreckung insgesamt verneint wurde.

Dieser Meinung war noch im Jahre 1980 auch der 2. Senat des BGH (BGH DB 1981, 366): „Zwar steht der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (schon vom Erbfall an als künftiger Anspruch) dem Testamentsvollstrecker zu, weil es sich insoweit um einen rein vermögensrechtlichen Anspruch handelt, gegen dessen Zugehörigkeit zum verwalteten Nachlaß keine gesellschaftsrechtlichen Bedenken erhoben werden können; aber die Abwicklung selbst ist, nachdem der Anteil an der werbenden Gesellschaft erst einmal auf den oder die Erben übergegangen ist, deren Gesellschaftersache (§ 730 Abs. 2 BGB), zumal es auch in diesem Stadium noch um unternehmerische Entscheidungen und nicht selten auch um Vermögenswerte gehen kann, die der Gesellschafter-Erbe nach dem Tode des Erblassers mitgeschaffen hat und die ihm anteilmäßig außerhalb des Nachlaßvermögens endgültig verbleiben müssen. Insofern ist die Rechtslage anders als in dem Fall, in dem eine Gesellschaft schon durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird (§ 727 Abs. 1 BGB) und eine Sondernachfolge nicht eintritt, der Auseinandersetzungsanspruch vielmehr den Erben zur gesamten Hand zusteht und die Abwicklung nach herrschender Meinung auch zu den Befugnissen eines Testamentsvollstreckers gehören kann“.

Der BGH beurteilt nunmehr offensichtlich den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben auch dann selbständig, wenn die Beteiligung mit den Erben fortgesetzt wird, also auch, wenn ein aktueller Auseinandersetzungsanspruch nicht gegeben ist. Der „latente“ Auseinandersetzungsanspruch führt damit zu einer „latenten“ Testamentsvollstreckung. Diese latente Testamentsvollstreckung wird offenbar aktuell, wenn der Auseinandersetzungsanspruch aktualisiert wird, also bei einer Auseinandersetzung der Gesellschaft. Nicht nur das: Aus dem entschiedenen Fall läßt sich entnehmen, daß die Testamentsvollstreckung auch dann aktuell wird, wenn der Auseinandersetzungsanspruch berührt wird, wie z.B. — wie im entschiedenen Fall — bei Veräußerung der Beteiligung. Folgt man diesem Ansatz, wird die latente Testamentsvollstreckung stets dann zu einer aktuellen werden müssen, wenn gesellschaftsrechtliche Maßnahmen durchgeführt werden, die den Abfindungsanspruch als solchen tangieren, also etwa bei Gesellschaftsvertragsänderungen, die die Bewertung der Anteile im Fall der Auseinandersetzung betreffen, aber auch alle anderen Maßnahmen, die den Abfindungsanspruch erhöhen oder vermindern. Damit ist aber die Testamentsvollstreckung — gewissermaßen durch die Hintertür — in die Personengesellschaft eingeführt worden. Der Gesellschafter-Nachfolger verwaltet zwar die im Erbweg erworbene Beteiligung selbständig, er unterliegt jedoch (mit dinglicher Wirkung!) bei allen Maßnahmen, die den Abfindungsanspruch berühren, der Testamentsvollstreckung. Damit ist auf Umwegen ein Ergebnis erreicht, das die Praxis schon immer gewünscht hat.

Das Urteil des BGH bezieht sich auf eine Kommanditbeteiligung, bei der die Haften einlage voll eingezahlt war. Die Ausführungen des BGH lassen sich jedoch ohne Mühe auf alle Personengesellschaften anwenden. Auch bei der oHG, bei der Komplementärstellung in einer KG und bei der BGB-Gesellschaft läßt sich die einheitliche Betrachtungsweise ersetzen durch die vom BGH vorgenommene getrennte, also diejenige, bei der das höchstpersönliche und das vermögensrechtliche Element der Beteiligung getrennt beurteilt und getrennt behandelt werden. Man darf gespannt sein, wie sich der BGH von seiner bisherigen Rechtsprechung zur oHG und BGB-Gesellschaft lösen wird.

Für die Praxis ist allerdings noch immer keine Klarheit gewonnen: In der Wirtschaftsrechtspraxis hat man noch immer keinen sicheren Boden, die Kautelarjurisprudenz wird also auch weiterhin mit zahlreichen Hilfs- und Ersatzlösungen arbeiten müssen, die insgesamt unbefriedigend sind.

Notar *Dr. Wolfgang Reimann*, Roding

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

14. AktG § 5 (Zur Zulässigkeit satzungsmäßiger Doppelsitze)

Das Registergericht darf einen satzungsmäßig angeordneten Doppelsitz der Gesellschaft nur in außergewöhnlichen Fällen zulassen. Die Verschmelzung zweier Gesellschaften allein ist kein solcher Fall.

BayObLG, Beschluß vom 29.3.1985 — BReg. 3 Z 22/85 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister des Amtsgerichts B. ist die Firma E.-Aktiengesellschaft mit dem Sitz in B. eingetragen. In die Gesellschaft wurde

auf Grund Verschmelzungsvertrages die Firma Ü.-AG mit dem Sitz in A. aufgenommen. In dem Vertrag verpflichtete sich die aufnehmende Gesellschaft, unter Beibehaltung ihres Sitzes in B. die Begründung eines weiteren Sitzes in A. zu betreiben.

2. Der Vorstand der Gesellschaft meldete zur Eintragung in das Handelsregister beim Amtsgericht B. an:

1. die Verschmelzung der Ü.-AG;

2. die Änderungen der §§ 1, 13 Abs. 1 der Satzung:

§ 1 erhält folgende neue Fassung:

Die Gesellschaft führt die Firma „E.-Aktiengesellschaft“ und hat Sitze in B. und A.

§ 13 Abs. 1 erhält folgende neue Fassung:

Die Hauptversammlung der Gesellschaft findet an einem Sitz der Gesellschaft oder an einem in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Wertpapierbörsenplatz statt.

Die Industrie- und Handelskammer erhob gegen die Eintragung eines Doppelsitzes keine Einwendungen.

3. Der Registerrichter und das Landgericht wiesen die Anmeldung insoweit zurück, als § 13 Abs. 1 der Satzung abgeändert und in § 1 der Satzung der Ort A. als zweiter Sitz bestimmt werden sollte. Ein Doppelsitz sei hier nicht zulässig.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung legten die Anmelder weitere Beschwerden ein.

Aus den Gründen:

Die zulässigen Rechtsmittel haben in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht ist der Auffassung, der Registerrichter habe zu Recht die Anmeldung der Satzungsänderung beanstandet, weil die Aktiengesellschaft keine zwei satzungsmäßig angeordneten Sitze haben dürfe. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) stand.

a) Vor 1945 ist einhellig die Auffassung vertreten worden, daß Handelsgesellschaften und Genossenschaften nur einen statutarischen Sitz haben könnten (so ausdrücklich *Müller-Erbach* Deutsches Handelsrecht 2. und 3. Aufl. S. 181). Für die Aktiengesellschaften stellte das Reichsgericht (JW 1905, 25) grundlegend fest, „das HGB kennt nur einen einheitlichen Sitz der Aktiengesellschaft“. Diese Auffassung vertraten ferner:

für die AG: BayObLG 15, 343/347 = LZ 1915, 147, OLG Hamburg Seuff-Arch 54 Nr. 36, OLG Nürnberg JW 1927, 1708, *Brodmann* Aktienrecht § 182 HGB a.F. Anm. 9 b, *Goldschmidt* § 182 HGB a.F. Anm. 18, *Gadow/Heinichen/E. Schmidt/S. Schmidt/Weipert* Großkomm. AktG § 5 Anm. 3, *Ritter* AktG 2. Aufl. § 5 Anm. 4;

für die GmbH: KGJ 39 A 117/118, KG OLGE 27, 395, *Groschuff* GmbHG 2. Aufl. § 3 Anm. 2 B, *Brodmann* GmbHG § 3 Anm. 3, *Liebmann/Saenger* GmbHG 7. Aufl. § 3 Anm. 2, *Merzbacher/Krakenberger* GmbHG 9. Aufl. § 3 Anm. 4, *Warneier/Koppe* GmbHG 2. Aufl. § 3 Anm. 3;

für die OHG: OLG Colmar OLGE 13, 73, *Goldschmidt* HGB § 106 Anm. 3;

für die Genossenschaft: *Krakenberger* GenG Anm. 3, *Parisius/Crüter* Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaftsgesetz 12. Aufl. Anm. 7 — je zu § 6 GenG —;

für eine bergrechtliche Gewerkschaft: RG JW 1918, 305.

Unterschiedliche Auffassungen hatten nur bei der Frage geherrscht, ob ein Verein einen Doppelsitz haben könne (verneinend: *Planck/Knoke* BGB 4. Aufl. § 24 Anm. 1; *Tuhr* Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I. Band S. 484 Fußn. 28; bejahend, meist unter Berufung auf RG JW 1909, 504: *Enneccerus* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 18.—21. Aufl. § 101 II 2. Fußn. 4 — S. 249 —; *Oertmann* BGB 3. Aufl. Anm. 2 b, *Staudinger/Riezler* BGB 10. Aufl. Rdnr. 5, *Warneier* BGB 2. Aufl. Anm., je zu § 24 BGB; in der Entscheidung des Reichsgerichts aaO findet sich der Satz: „Die Angabe ‚Sitz Leipzig. Verwaltungssitz Magdeburg‘ enthält die Angabe

eines doppelten Wohnsitzes“; aus der in einer Wechselsache ergangenen Entscheidung kann nicht entnommen werden, daß das RG zwei Sitze der prozeßbeteiligten Gewerkschaft gebilligt hat).

b) Nach dem 8.5.1945 haben jenseits der Oder-Neiße-Linie und in Ostpreußen eingetragene juristische Personen ihren Sitz in die damaligen Westzonen verlegt; eine Anmeldung der Sitzverlegung war wegen der Funktionsunfähigkeit der zuständigen Registergerichte nicht möglich. Die Registergerichte in den Westzonen haben bei diesen Sitzverlegungen sowie bei solchen aus der damaligen Ostzone einen neuen Sitz eingetragen, wenn das Registergericht des bisherigen Sitzes nicht mehr vorhanden gewesen ist oder wenn nach dem in den Westzonen geltenden Recht die Voraussetzungen für die Eintragung des Sitzes in den Westzonen und für die Löschung des Sitzes in der Ostzone gegeben waren, während nach dem dort geltenden Recht die Voraussetzungen für die Sitzverlegung und damit für die Löschung des beim Registergericht der Ostzone eingetragenen Sitzes nicht für gegeben erachtet worden sind (vgl. dazu im einzelnen: *Karl* AcP 159, 293/302; *Eichhorn* Handbuch für die Wertpapierbereinigung § 62 WBG Anm. 3). Es sind also Sitzverlegungen von Registergerichten in den damaligen Westzonen eingetragen worden, ohne daß die jeweilige alte Sitzeintragung gelöscht worden war; damit hatten diese juristischen Personen rechtlich einen doppelten Sitz (vgl. *Karl* aaO). Solche durch den Kriegsverlauf herbeigeführte Doppelsitze sind von der Rechtsprechung (vgl. z.B. OLG Düsseldorf WPM 1949, 100 und 1950, 155; OLG Stuttgart NJW 1953, 748; LG Krefeld NJW 1948, 484; LG Bonn NJW 1950, 352 und 871; AG Heidelberg AcP 151, 66 = BB 1949, 24; AG Bonn BB 1948, 462) und Literatur (vgl. z.B. *Gebler* SJZ 1949, 342 und JR 1949, 209; *Bernau* NJW 1949, 86; *Starke* MDR 1948, 461; *Schmidt* JR 1949, 207) gebilligt worden. Es hat jedoch auch damals beachtliche Stimmen gegeben, welche die Zulassung eines Doppelsitzes strikt abgelehnt (KG MDR 1950, 740) oder doch davor gewarnt haben (vgl. *Wolff* NJW 1949, 282; *Consbruch* NJW 1949, 375; *Springer* NJW 1949, 561; *Vogel* DNotZ 1950, 85; *Claßen* WPM 1950, 156). Ein Doppelsitz ist in der Folgezeit auch dann zugelassen worden, wenn sich eine Notwendigkeit wegen der unterschiedlichen Währungs- und Devisengesetze ergeben hat (vgl. *Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 5 Rdnr. 12). Es wurden deshalb auch Doppelsitze in Berlin und Westdeutschland zugelassen (vgl. die zum Kostenrecht ergangenen Entscheidungen BayObLGZ 1962, 107 = NJW 1962, 1014; OLG Celle Rpfleger 1963, 354; OLG Neustadt JurBüro 1964, 511; OLG Hamm Rpfleger 1965, 120 [= DNotZ 1965, 182]; KG NJW 1973, 1201 und OLGZ 1975, 62 [= DNotZ 1975, 123]).

Zu der Währungs- und Kriegsfolgengesetzgebung ist dieser tatsächlichen Entwicklung Rechnung getragen und vom Bestand von Doppelsitzen ausgegangen worden (vgl. § 62 Wertpapierbereinigungsgesetz — WBG — v. 19.8.1949 — BGBl III 4139 — 1 —; § 5 D-Markbilanzergänzungsgesetz v. 28.12.1950 — BGBl III 4140-1-1 —; § 1 Abs. 1 43. DVO-UmstG — Amtsbl. der AHK Nr. 21 S. 352 —; § 5 Abs. 1 Satz 2 3. DVO-UmstG — Amtsbl. der MilReg. Amerik. Kontrollgebiet, Ausgabe J S. 44 — fingiert einen Doppelsitz: „Bei Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen mit Sitz außerhalb des Währungsgebietes ist ihre Hauptverwaltung im Währungsgebiet für die Durchführung dieser Bestimmung als Sitz des Unternehmens anzusehen“; vgl. weiter § 2 Abs. 1 b 35. DVO-UmstG — Amtsbl. der AHK Nr. 14 S. 154 —).

c) Nach heute herrschender Auffassung kann das Registergericht bei einer Aktiengesellschaft zwar einen Doppelsitz zulassen, muß ihn jedoch auf außergewöhnliche Fälle beschränken (*Baumbach/Hueck* AktG 13. Aufl. Rdnr. 5, *Gessler* AktG 3. Aufl. Anm. 3, *Kraft* in *Köln*er Kommentar AktG Rdnr. 11 f., *Meyer-Landrut* Großkommentar AktG Rdnr. 5, je zu § 5 AktG; *Balsler* Die Aktiengesellschaft Band I S. 14; *Henn* Handbuch des Aktienrechts 2. Aufl. S. 24; *Obermüller/Werner/Winden* Aktiengesetz 1965, S. 276 f.; *Raiser* Recht der Kapitalgesellschaften § 10, 3 — S. 35 f. —; *Zeiß* Das Aktiengesetz 1965 S. 14; a.A. *Godin/Wilhelmi* AktG 4. Aufl. Anm. 4, *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* Rdnr. 11 ff., je zu § 5 AktG; *Würdinger* Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen 4. Aufl. § 10 II 1 a — S. 40 —). Hinsichtlich des Sitzes, der durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung bei anderen Handelsgesellschaften oder bei privatrechtlichen Körperschaften bestimmt wird, herrscht ebenfalls die Meinung vor, daß — von Fällen außergewöhnlicher Notlagen abgesehen — nur ein Sitz zulässig ist (für den Verein: OLG Hamburg MDR 1972, 417; *Palandt/Heinrichs* BGB 44. Aufl. Anm. 1 b, *Staudinger/Coing* BGB 12. Aufl. Rdnr. 10, *Soergel/Schultze-v. Lasaulx* BGB 11. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 24 BGB; *Reichert/Dannecker/Kühr* Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts 3. Aufl. Rdnr. 237; *Sauter/Schweyer* Der eingetragene Verein 12. Aufl. Rdnr. 65; *Stöber* Vereinsrecht 4. Aufl. Rdnr. 43;

für die OHG: *Hueck* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl. § 8 I 5 — S. 103 —; *Baumbach/Duden/Hopt* HGB 26. Aufl. § 105 Anm. 6 C; *Heymann/Kötter* HGB 21. Aufl. § 106 Anm. 5;

für die GmbH: *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 7. Aufl. Rdnr. 11 f., *Scholz/Winter* GmbHG 6. Aufl. Rdnr. 9, *Fischer* GmbHG 10. Aufl. Anm. 2 b, je zu § 3 GmbHG; *Balsler/Meyer/Piorreck* Die GmbH 7. Aufl. Rdnr. 22 — S. 19 —;

für Genossenschaften: *Lang/Weidmüller* GenG 31. Aufl. Rdnr. 13, *Meyer/Meulenbergh/Beuthien* GenG 12. Aufl. Rdnr. 5, *Müller* GenG Rdnr. 9, *Schubert/Steder* Genossenschaftshandbuch Rdnr. 3, je zu § 6 GenG;

vgl. ferner: *Brand/Marowski* Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis 4. Aufl. S. 235; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 125 Rdnr. 4; *Staub/Hüffer* Rdnr. 27 vor § 13 HGB; *Karl* AcP 159, 293/304; *Seifert* Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland S. 187).

Es gibt jedoch auch Ansichten in der Literatur, die einen Doppelsitz uneingeschränkt für zulässig erachten (*Enneccerus/Nipperdey* Allg. Teil des Bürgerl. Rechts Erster Halbband 15. Aufl. § 108 II 2 Fußn. 15; *Erman/H. Westermann* BGB 7. Aufl. Rdnr. 2; *Jauernig* BGB 3. Aufl. Anm. 1; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 24 BGB; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. § 131 Rdnr. 4; *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 3. Aufl. Rdnr. 64; *Drischler* Verfügung über die Führung und Einrichtung des Handelsregisters 5. Aufl. § 1 Anm. 3). Schließlich wird beim Verein die Zulässigkeit eines Doppelsitzes vereinzelt dann bejaht, wenn dieser hieran ein schutzwürdiges Interesse hat (*Reuter* in *MünchKomm* BGB 2. Aufl. § 24 Rdnr. 3).

d) Der Senat schließt sich der Auffassung an, daß ein Doppelsitz nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen gebilligt werden kann. Er hat dazu erwogen:

(1) Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers, daß eine Aktiengesellschaft grundsätzlich nur einen statutarisch festgelegten Sitz haben soll. Die Amtliche Begründung zu § 5 AktG 1965 führt hierzu aus (abgedruckt bei *Kropff* Aktiengesetz S. 20 f.):

In der Nachkriegszeit hat die Frage eines doppelten Sitzes eine Rolle gespielt. Gesellschaften, die ihren Sitz in der Sowjetzone oder in Berlin hatten, verlegten ihre Geschäftstätigkeit in die Bundesrepublik und wollten hier einen zweiten Sitz begründen. Die Registergerichte haben in den meisten Fällen der besonderen Lage dieser Gesellschaften Rechnung getragen und einen zweiten Sitz eingetragen. Dies war nur möglich, weil das Aktiengesetz ein ausdrückliches Verbot des Doppelsitzes nicht enthält. Ihm kann nur entnommen werden, daß es von einem einzigen Sitz ausgeht. Daraus wird der Grundsatz abgeleitet, daß die Aktiengesellschaft nur einen Sitz haben kann. Diese mittelbare Ableitung erlaubt es aber, in außergewöhnlichen Fällen eine Ausnahme zu machen. Die Anpassungsfähigkeit des Gesetzes, die damit gegeben ist, soll nicht durch ein ausdrückliches Verbot des Doppelsitzes beseitigt werden. Auf der anderen Seite erschien es nicht angebracht, für solche Ausnahmestände, wie sie sich nach dem zweiten Weltkrieg auf Grund der Teilung Deutschlands ergeben haben, in einem Dauergesetz, wie es das Aktiengesetz sein soll, eine ausdrückliche Vorschrift zu treffen, ganz davon abgesehen, daß es in der Regel sehr schwer ist, alle denkbaren Ausnahmestände in einer abstrakten Formel erschöpfend zusammenzufassen. Da die Gerichte die aus der gegenwärtigen Lage erwachsenen Fragen des Doppelsitzes zufriedenstellend gelöst haben und der Gesetzgeber bereits von der Eintragung eines zweiten Sitzes in bestimmten Fällen ausgeht (z.B. § 1 der 43. DVO zum Umstellungsgesetz), bedarf es für die gegenwärtige Lage auch keiner Übergangsvorschrift im Einführungsgesetz zum Aktiengesetz."

Der Gesetzgeber mußte, wie ausgeführt, bei der Währungs- und Kriegsfolgengesetzgebung die Tatsache berücksichtigen, daß Registergerichte einen Doppelsitz wegen der Kriegsfolgen zugelassen hatten. Hieraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, gegen die Zulässigkeit eines Doppelsitzes bestünden von Gesetzes wegen keine Bedenken (so aber *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* Rdnr. 12 sowie *Godin/Wilhelmi* Anm. 4, je zu § 5 AktG; *Keidel/Kuntze/Winkler* § 131 Rdnr. 4). Bei der Währungs- und Kriegsfolgengesetzgebung hat der Gesetzgeber vielmehr zu erkennen gegeben, daß er sich zur Zulässigkeit von Doppelsitzen nicht äußern wollte. In der Amtlichen Begründung zur 43. DVO-UmstG wird ausgeführt (BANz 1950 Nr. 16 S. 3):

Mehrere Versicherungsunternehmen haben jedoch am Ort ihrer tatsächlichen Geschäftsleitung im Währungsgebiet die Eintragung eines weiteren handelsrechtlichen Sitzes (sog. Doppelsitz) nach dem 20. Juni 1948 beantragt, und eine Reihe von Gerichten hat den zweiten Sitz eingetragen. Der ... Verordnungsentwurf will zu der juristischen Frage der Zulässigkeit des „Doppelsitzes“ nicht Stellung nehmen. Der Verordnungsentwurf zieht nur wirtschaftlich aus der erfolgten Eintragung eines weiteren Sitzes im Währungsgebiet eine Schlußfolgerung und schreibt vor, daß Versicherungsunternehmen mit „Doppelsitz“ als Unternehmen mit Sitz im Währungsgebiet gelten, wenn sich am 21. Juni 1948 die Geschäftsleitung, also der tatsächliche geschäftliche Schwerpunkt, im Währungsgebiet befunden hat."

§ 62 WBG bestimmt: „Ist der Sitz des Ausstellers bei mehreren Registergerichten eingetragen, in deren Bezirk dieses oder ein gleichartiges Gesetz gilt, so ist dieses Gesetz nur anzuwenden, wenn der zuerst eingetragene Sitz sich im Vereinigten Wirtschaftsgebiet befindet.“ Wenn der Gesetzgeber bei der Wertpapierbereinigung an den zuerst eingetragenen Sitz anknüpft, ist dadurch gerade den Zweifeln Rechnung getragen worden, die gegen die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung eines zweiten Sitzes bestehen (*Eichhorn* Handbuch für die Wertpapierbereinigung § 62 WBG Anm. 5).

Daß der Gesetzgeber einen mehrfachen Gesellschaftssitz nicht generell zulassen wollte, ergibt sich auch aus der Regelung in § 17 Abs. 3 ZPO. Die Vorschrift läßt als weiteren allgemeinen Gerichtsstand einen nach der Satzung oder sonstwie bestimmten zu (*Wieczorek* ZPO 2. Aufl. § 17 Anm. C). Hätte der Gesetzgeber einen mehrfachen Hauptsitz zulassen wollen, hätte es der Regelung in § 17 Abs. 3 ZPO nicht bedurft (*Wieczorek* aaO).

(2) Der Verkehrsschutz verlangt, daß Registergerichte grundsätzlich keine zwei Gesellschaftssitze zulassen.

Zwei Sitze wären rechtlich völlig gleichwertig mit der Folge, daß zwei Registergerichte unabhängig voneinander ein eigenes Prüfungs- und Entscheidungsrecht bei Anmeldungen und sonstigen Anträgen hätten (BayObLGZ 1962, 107/112 = NJW 1962, 1014; OLG Stuttgart NJW 1953, 748; OLG Hamm Rpfleger 1965, 120; KG OLGZ 1975, 62/66 [= DNotZ 1975, 123]; *Staub/Hüffer* Rdnr. 28 vor § 13 HGB; *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff* § 5 Rdnr. 14). Das Gericht des zweiten Sitzes wäre somit vom Gericht des ersten Sitzes völlig unabhängig (*Balser* Betrieb 1972, 2049). Die Bindung des Registergerichts des Zweitsitzes an Entscheidungen des Registergerichts des Erstsitzes müßte gesetzlich angeordnet werden (OLG Hamburg MDR 1972, 417). Bei konstitutiven Eintragungen träte die gesetzliche Wirkung erst ein, wenn die Eintragung in den beiden zuständigen Registern vorgenommen worden ist (*Meyer-Landrut* AktG § 5 Anm. 6; *Staub/Hüffer* aaO). Die Nachteile, die eine solche Rechtsfolge für die Gesellschaft hat, mag diese zwar hinnehmen wollen. Indes verlangt der Schutz von Aktionären, von möglichen Gläubigern der Gesellschaft und des interessierten Publikums, daß der Zweitsitz auf außergewöhnliche Fälle beschränkt werden muß.

Der Minderheitsschutz für die Aktionäre, die vergeblich ein Verlangen auf Einberufung einer Hauptversammlung gestellt haben (§ 122 Abs. 1 AktG) oder die sich vergeblich um eine Ergänzung der Tagesordnung bemüht haben (§ 122 Abs. 2 AktG), und die sich deshalb an das Gericht wenden wollen (§ 122 Abs. 3 AktG), wird verkürzt. Der Antrag ist beim zuständigen Sitzgericht einzureichen (§ 14 AktG, § 145 FGG). Hat aber eine Gesellschaft zwei statutarische Hauptsitze, so müßten zwei Gerichte angerufen werden. Es handelt sich in der Regel um besonders eilige Fälle, die einer raschen Entscheidung zugeführt werden müssen. Hier können mögliche divergierende Entscheidungen von Registergerichten oder übergeordneter Beschwerdegerichte nicht mehr hingenommen werden.

In Fällen besonderer Dringlichkeit kann u.a. ein Gesellschaftsgläubiger beantragen, daß ein fehlendes Vorstandsmitglied durch das Gericht bestellt wird (§ 85 AktG). Bei zwei Hauptsitzen sind wiederum zwei Registergerichte zuständig (§ 14 AktG, § 145 FGG). Auch hier kann das Ziel nur erreicht werden, wenn beide Registergerichte eine einheitliche Entscheidung treffen, was nicht immer zu erwarten ist. Besonders ins Gewicht fällt, daß der Geschäftsverkehr unnötig erschwert wird. Denn jeder Interessierte, der Einsicht in das Handelsregister nehmen muß, muß in beide Register einsehen, um sich über den Eintritt einer von der Eintragung abhängigen Rechtsfolge zu vergewissern (*Müller* § 6 GenG Rdnr. 9). Es müssen dann auch die Verlautbarungen von zwei Registergerichten verfolgt werden.

Es ist weiter zu bedenken, daß im Falle der Zulassung eines Doppelsitzes folgerichtig Einwendungen gegen einen Mehrfachsitz nicht mehr erhoben werden können (OLG Hamburg MDR 1972, 417). Die dargestellten Erschwernisse können somit von einer Aktiengesellschaft, die einen Mehrfachsitz hat, noch weiter verstärkt werden.

(3) Die Rechtsbeschwerdeführer meinen, daß die Nichtzulassung eines Doppelsitzes Grundrechte der Gesellschaft verletze. Dies trifft nicht zu.

Die Freizügigkeit, die Art. 11 GG gewährleistet, bedeutet das Recht, ungehindert durch die deutsche Staatsgewalt an

jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen; das Grundrecht garantiert den freien Zug von Land zu Land und von Gemeinde zu Gemeinde innerhalb des Bundesgebietes (BVerfGE 2, 266/273; 8, 95/97; 43, 203/211). Die garantierte Wohnsitzfreiheit umfaßt u.a. das Recht, mehrere Wohnsitze zu begründen (*Randelzhofer* in Bonner Kommentar Art. 11 GG Rdnr. 21). Das Freizügigkeitsgrundrecht gilt zwar auch für inländische juristische Personen, jedoch nur, soweit es seinem Wesen nach auf diese anwendbar ist (Art. 19 Abs. 3 GG). Danach besteht für Handelsgesellschaften das garantierte Recht auf Sitzverlagerung (*Maunz/Dürig* GG Art. 11 Rdnr. 42), nicht jedoch das Recht auf Begründung eines mehrfachen Sitzes, das § 7 Abs. 2 BGB den natürlichen Personen erlaubt. Im Interesse des Verkehrsschutzes sind der juristischen Person hier Beschränkungen auferlegt, welche für natürliche Personen nicht gelten können. Bei diesen besteht kein Registerzwang; die mit der Führung von zwei Registern verbundenen Schwierigkeiten treten bei natürlichen Personen nicht auf.

Wegen dieser Unterschiede ist auch der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht verletzt. Danach darf weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt werden (BVerfGE 22, 254/263; 55, 114/128). Bei der Anwendung des Gleichheitsgebotes muß der jeweilige Lebens- und Sachverhalt berücksichtigt werden (BVerfGE 35, 348/357). Die Rechtsfolgen eines mehrfachen Wohnsitzes einer natürlichen Person können nicht verglichen werden mit den Folgen, die im Falle des Doppel- oder Mehrfachsitzes einer juristischen Person auftreten.

e) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß auch bei der Verschmelzung von zwei Gesellschaften ein Doppelsitz nicht gebilligt werden kann (a.A. LG Frankfurt Betrieb 1973, 2237; *Barz* Die AG 1972, 1/4). Für einen doppelten Sitz müssen schwerwiegende Gründe sprechen. Bei Verschmelzungen kommt nicht selten der Wunsch auf, am bisherigen Sitz der aufgenommenen Gesellschaft einen weiteren Sitz der aufnehmenden Gesellschaft zu errichten (*Barz* aaO). Solche, mitunter nur aus Prestige Gründen gehegte Wünsche hat das Landgericht mit Recht nicht als außergewöhnlichen Fall angesehen, der die Billigung eines Doppelsitzes rechtfertigt. Auch sonst sind keine besonderen Umstände ersichtlich geworden, die für die Zulässigkeit eines Doppelsitzes sprechen.

Nach alledem war die Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung als unbegründet zurückzuweisen.

15. BGB § 181, GmbHG §§ 47, 68 (*Befreiung des Liquidators einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB*)

1. Ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag kann ein einfacher, wenn auch einstimmiger Gesellschafterbeschuß den Liquidator von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreien.

2. Es besteht kein Grundsatz, daß eine gesellschaftsvertragliche Befreiung des Geschäftsführers auch für ihn als (geborenen) Liquidator weitergelten soll.

BayObLG, Beschluß vom 14.5.1985 — BReg. 3 Z 41/85 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die Firma P-GmbH eingetragen. Gesellschafter sind die Beteiligten zu 1) und 2).

§ 6 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages lautet: „Zum Geschäftsführer wird hiermit Herr K., Fabrikant in W. bestellt. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

2. Am 23.1.1985 faßten die Gesellschafter einstimmig den Beschluß, die Gesellschaft aufzulösen, den Beteiligten zu 1) zum Liquidator zu bestellen, der die Gesellschaft allein vertritt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Der Beteiligte zu 1) meldete in öffentlich-beglaubigter Form diesen Beschlußinhalt zur Eintragung in das Handelsregister an.

Die Anmeldung wies das Registergericht (Rechtspfleger) am 18.2.1985 insoweit zurück, als eingetragen werden soll, daß der Liquidator von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Der Gesellschaftsvertrag enthalte keine Vorschrift darüber, daß der Liquidator befugt sei oder durch Gesellschafterbeschluß ermächtigt werden könne, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten zu vertreten. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Regelung der Vertretungsbefugnis für den Geschäftsführer erstrecke sich nicht auf den Liquidator, auch wenn dies der bisherige Geschäftsführer sei. Die Befreiung des Liquidators erfordere einen Satzungsänderungsbeschluß, der notariell beurkundet werden müsse; ein solcher sei hier nicht gegeben, so daß der Liquidator nicht wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden sei.

3. Hiergegen legte der Urkundsnotar, der die Unterschrift des Anmelders beglaubigt hatte, Erinnerung ein, welcher das Amtsgericht nicht abhalf und sie dem Landgericht vorlegte. Das Landgericht teilt die Rechtsauffassung des Registergerichts und wies die Beschwerde zurück. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich der Notar. Ein einfacher Gesellschafter genüge, damit dem Liquidator Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden könne.

Das zulässige Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Landgericht billigt die Rechtsauffassung des Registergerichts, daß aufgrund eines einfachen Gesellschafterbeschlusses nicht eingetragen werden könne, der Abwickler sei von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) stand.

1. Der Geschäftsführer einer GmbH kann nicht durch einen einfachen (schlichten) Beschluß der Gesellschafter generell vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit werden (BGHZ 33, 189/193; BayObLGZ 1981, 132/137 [= DNotZ 1981, 699] und 1984, 109/111 [= MittBayNot 1984, 135]; *Karsten Schmidt* NJW 1980, 1769/1775; so bereits: RGZ 68, 172/179 und 109, 77/79). Ihm kann aber im Gesellschaftsvertrag (in der Gründungssatzung) oder nachträglich durch Satzungsänderung gestattet werden, daß er stets von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (BGHZ 87, 59/60 [= MittBayNot 1983, 135]; BayObLGZ 1981, 132 [= DNotZ 1981, 699] und 1982, 41/44; *Karsten Schmidt* aaO; *Eder/Berg/Heuser/Tillmann/Gaul* Handbuch der GmbH 10. Aufl. — nachfolgend: *Eder* — Rdnr. 581.3). Enthält die Gründungssatzung die Ermächtigung zur Befreiung, so genügt hierfür ein einfacher, formfreier Gesellschafterbeschluß (BayObLGZ 1984, 109/112 [= MittBayNot 1984, 135]; OLG Zweibrücken OLGZ 1983, 36 [= MittBayNot 1982, 81]; *Hennerkes/Binz* Die GmbH & Co. 7. Aufl. S. 44 f.; *Scholz/Schneider* GmbHG 6. Aufl. § 35 Abs. 4 nF Rdnr. 70 f.).

2. In dem hier zu beurteilenden Fall befreit der Gesellschaftsvertrag unmittelbar den Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB. Das Landgericht legt den Vertrag aber dahin aus, daß diese Befreiung nicht auch für den Liquidator der Gesellschaft gelten soll. Diese Auslegung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

a) Der bisherige Geschäftsführer ist kraft Gesetzes (§ 66 Abs. 1 GmbHG) Liquidator geworden. Es ist zwar auch ein

entsprechender Gesellschafterbeschluß gefaßt worden. Dieser hat aber die gesetzliche Berufung nicht beseitigt; das kann ein Gesellschafterbeschluß nur, wenn er die Liquidation einer anderen Person als dem bisher amtierenden Geschäftsführer überträgt (*Hachenburg/Hohner* GmbHG 7. Aufl. § 66 Rdnr. 15). Der geborene Liquidator setzt zwar seine Organstellung fort, sie erfährt jedoch eine bedeutende inhaltliche Änderung (*Hachenburg/Hohner* § 66 GmbH Rdnr. 3). Im Regelfall gilt der mit ihm etwa geschlossene Anstellungsvertrag unverändert weiter (*Hachenburg/Hohner* aaO; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 6. Aufl. S. 556), auch die Vertretungsmacht des Liquidators hat denselben Umfang wie die des Geschäftsführers (*Hachenburg/Hohner* aaO und § 70 Rdnr. 27 ff.; *Scholz/Karsten/Schmidt* § 70 Rdnr. 3). Entscheidend ist jedoch, daß nicht mehr Geschäfte einer „werbenden“ Gesellschaft zu führen sind; der Liquidator hat darauf hinzuwirken, daß die Gesellschaft durch die Liquidation ihres Vermögens ihr rechtliches Ende findet (BayObLGZ 1982, 303/308; *Hachenburg/Hohner* § 66 Rdnr. 3). Aus all dem folgt, daß die organschaftliche Stellung des bisherigen Geschäftsführers sich inhaltlich ändert, wenn er Liquidator wird (BayObLG aaO).

b) Das Landgericht konnte im Hinblick auf diese organschaftliche Änderung zu dem Ergebnis gelangen, daß die dem Geschäftsführer gesellschaftsvertraglich erteilte Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht auch für den (geborenen) Liquidator gilt. Insbesondere gibt es keinen Grundsatz, daß die für den Geschäftsführer bestehenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die Vertretungsverhältnisse ohne weiteres auch für den Liquidator gelten (*Roth* GmbHG § 66 Anm. 2.2; ebenso für das Aktienrecht: *Godin/Wilhelmi* AktG 4. Aufl. § 269 Anm. 4).

c) Das vom Landgericht gewonnene Ergebnis verstößt auch nicht gegen sonstige anerkannte Grundsätze der Satzungslegung. Satzungsbestimmungen körperschaftlichen Inhalts sind nicht nur für die gegenwärtigen, sondern auch für künftige Gesellschafter bestimmt. Sie sind deshalb nach objektiven Gesichtspunkten aus sich heraus einheitlich auszulegen; Umstände, welche außerhalb der Vertragsurkunde liegen und nicht allgemein erkennbar sind, haben auszuscheiden (BGH BB 1983, 996 = Betrieb 1983, 872). Nach dem Wortlaut des hier maßgebenden Gesellschaftsvertrages ist nur dem Geschäftsführer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt worden.

c) An die verfahrensfehlerfreie Auslegung des Gesellschaftsvertrages ist der Senat gebunden (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 27 Rdnr. 48).

3. Entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde konnte der Liquidator von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht durch einen einfachen Gesellschafterbeschluß befreit werden.

a) Der Liquidator ist — wie der Geschäftsführer der werbenden Gesellschaft — deren Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan (vgl. §§ 35, 36, 37 GmbHG einerseits und §§ 70, 71 Abs. 2 GmbHG andererseits). Wie dem Geschäftsführer ist es auch dem Abwickler verboten, in einer Person namens der Gesellschaft und zugleich mit sich selbst ein Geschäft abzuschließen. Die Befreiung von diesem Verbot gehört zu den Leitprinzipien einer gesellschaftlichen Ordnung; sie muß deshalb im Gesellschaftsvertrag (in der Satzung) ihre Ermächtigung haben. Dabei kann die Satzung unmittelbar diese Befreiung aussprechen; sie kann auch die Gesellschafter ermächtigen, bei späterem Bedarf die Befreiung

durch schlichten Beschluß herbeizuführen. Ohne eine solche Satzungsgrundlage wird durch einen einfachen Beschluß die Satzung durchbrochen. Das ist unzulässig. Die Satzung muß vielmehr geändert und so eine gesellschaftsvertragliche Grundlage für die Befreiung geschaffen werden.

b) Die Rechtsbeschwerde kann sich nicht darauf berufen, die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens müsse nach den gleichen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen behandelt werden wie der Fall der Änderung der Gesamtvertretung. Der Grundsatz der Gesamtvertretung der Gesellschaft durch mehrere Geschäftsführer (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) kann ebenfalls nur durch eine ursprüngliche oder nachträgliche Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (der Satzung) beseitigt werden (*Roth GmbHG § 35 Anm. 4.1.6.*). Für mehrere Liquidatoren hingegen enthält § 68 Abs. 1 GmbHG eine davon abweichende Regelung. Nur wenn nichts anderes bestimmt ist, gilt für sie der Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Eine anderweitige, vorgehende Regelung können die Gesellschafter „bei der Bestellung“ (§ 68 Abs. 1 GmbHG), aber auch später treffen (KG HRR 1933 Nr. 1348; *Hachenburg/Hohner Rdnr. 6, Scholz/Karsten Schmidt Rdnr. 5, Baumbach/Hueck GmbHG 13. Aufl. Anm. 2, je zu § 68 GmbHG; Hofmann GmbH-Rdsch 1976, 229/234*).

Diese durch einfachen Gesellschafterbeschluß mögliche Änderung der Gesamtvertretung mehrerer Liquidatoren kann aber nicht auf die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB analog übertragen werden. Es gehört zum Bestandteil der Verfassung einer jeden GmbH, daß das Gesetz in vereinfachter Form die Durchbrechung des Grundsatzes der Gesamtvertretung zuläßt. Eine entsprechende gesetzliche Regelung, die Verfassungsbestandteil sein könnte, fehlt im Falle der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens. Hier muß deshalb der Gesellschaftsvertrag in seiner ursprünglichen oder später geänderten Form eine Ermächtigungsgrundlage schaffen. Das Verbot des Selbstkontrahierens stellt eine immanente Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers dar (BFH WPM 1975, 456/457). Die Erweiterung der Vertretungsmacht durch Befreiung von diesem Verbot ist eine allgemein bedeutsame Tatsache. Außenstehende müssen durch den bei dem Registerakt befindlichen und jedermann zur Einsicht offenstehenden Gesellschaftsvertrag (evtl. in der geänderten Fassung) sich über eine Befreiung informieren können (*Eder aaO Rdnr. 581.3*). Ein einfacher Gesellschafterbeschluß wird nicht zu den Registerakten gereicht und ist demnach nicht allgemein zugänglich.

4. Die durch einfachen, wenn auch einstimmigen Gesellschafterbeschluß erteilte Befreiung des Abwicklers von den Beschränkungen des § 181 BGB ist somit als Satzungsänderung wegen Formmangels (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) unwirksam (§ 125 Satz 1 BGB; vgl. BayObLGZ 1980, 209/214 [= MittBayNot 1980, 170]). Die Vorinstanzen haben daher den Antrag auf Eintragung der Befreiung ohne Rechtsfehler abgelehnt.

Die Gesellschafter können allerdings einzelne oder auch alle inzwischen vom Abwickler vorgenommenen Ingeschäfte nachträglich durch einfachen Gesellschafterbeschluß (§§ 47, 48 GmbHG) genehmigen (BayObLG aaO).

16. BGB §§ 1643, 1822 Nr. 3, GmbHG §§ 15, 40 (*Zur Prüfungsbefugnis des Registergerichts bei Geschäftsanteilsabtretungen*)

1. Erfährt das Registergericht durch die Einreichung der Liste der Gesellschafter oder in sonstiger Weise, daß infolge Anteilsübertragung ein Gesellschafterwechsel unter Beteiligung eines Minderjährigen stattgefunden hat, so darf es wegen Fehlens einer Prüfungskompetenz nicht verlangen, daß die seiner Meinung nach gemäß §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung beigebracht wird.

2. Der Senat läßt offen, ob die Abtretung eines Geschäftsanteils von 10% des Stammkapitals unter Beteiligung eines minderjährigen Gesellschafters überhaupt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung fähig ist oder ob eine solche zur Voraussetzung hat, daß die entgeltliche Anteilsübertragung ein mit der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts vergleichbarer Vorgang sein muß.

BayObLG, Beschluß vom 22.5.1985 — BReg. 3 Z 63/85 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der Schlosser R. und neun weitere Arbeitskollegen gründeten die Firma V-GmbH. Gegenstand des Unternehmens ist die Verwaltung des In Arbeiterhand gebildeten Vermögens der Mitarbeiter der Firma T-GmbH & Co. Nach § 15 der GmbH-Satzung wird ein Reingewinn an die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile verteilt, soweit nicht die Gesellschafterversammlung eine anderweitige Verwendung beschließt.

2. Der Gesellschafter R. ist am 21.4.1984 verstorben; er ist von seiner Ehefrau zur Hälfte und von seinen drei Kindern zu je 1/6 beerbt worden. Der Sohn L. ist noch minderjährig.

Zu notarieller Urkunde vom 8.3.1985 traten acht Gesellschafter sowie die Miterben nach dem verstorbenen Gesellschafter R. ihre Geschäftsanteile zu je 5000 DM an den Mitgesellschafter G. treuhänderisch ab. Diese Urkunde ließ der Geschäftsführer durch den Urkundsnotar dem Registergericht „zur Eintragung in das Handelsregister“ vorlegen.

Mit Zwischenverfügung beanstandete der Registerrichter u.a., daß bezüglich der Anteilsübertragung der Erbengemeinschaft nach dem Gesellschafter R. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB fehle; sie sei erforderlich, weil die Gesellschaft eine auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht ausübe.

Gegen diesen Teil der Zwischenverfügung wandte sich der Urkundsnotar namens der GmbH, da eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei. Die Erbengemeinschaft sei nur mit einem Zehntel am Stammkapital beteiligt. Es erscheine zweifelhaft, ob hier ein „Erwerbsgeschäft“ vorliege.

Das Landgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich der Notar mit der namens der Gesellschaft eingelegten weiteren Beschwerde. Das zulässige Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die Erstbeschwerde der Gesellschaft war zulässig.

Die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH (§§ 15 ff. GmbHG) ist nicht anmeldepflichtig. Das Registergericht erfährt von einem mit der Anteilsübertragung verbundenen Gesellschafterwechsel durch die gemäß § 40 GmbHG periodisch einzureichende Gesellschafterliste (vgl. *Keidel/Schmatz/Stöber Registerrecht 3. Aufl. Rdnr. 784*). Da eine Anmeldepflicht nicht besteht, ist auch der Geschäftsführer, dem Anmeldungen obliegen (§ 78 GmbHG), kein Antragsteller im Sinne des § 20 Abs. 2 FGG, was zur Folge hätte, daß nur er allein ein Rechtsmittel einlegen könnte, wenn eine Anmeldung oder Einreichung durch Zwischenverfügung beanstandet oder wenn eine Anmeldung zurückgewiesen wird.

Hält das Registergericht eine Anteilsübertragung — wie hier — wegen Fehlens einer erforderlichen Genehmigung für noch nicht wirksam und fordert es deshalb zur Beseitigung dieses angenommenen Mangels auf, so greift eine solche Verfügung auch unmittelbar in die Rechtssphäre der Gesellschaft im Sinne des § 20 Abs.1 FGG ein. Die Frage, welche Gesellschafter Träger der Gesellschaft sind, berührt deren Rechtsverhältnisse.

2. Das Landgericht billigt die in einer Zwischenverfügung geäußerte Rechtsauffassung des Registergerichts, daß die von den Miterben nach dem Gesellschafter vorgenommene Anteilsübertragung wegen der Beteiligung eines Minderjährigen gemäß §§ 1643, 1822 Nr. 3. BGB vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden müsse. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

a) Die Anteilsübertragung ist — wie ausgeführt — nicht anmeldepflichtig und auch nicht eintragungsfähig. Das Registergericht kann keinen urkundlichen Nachweis verlangen, daß die Geschäftsanteile ordnungsgemäß übertragen worden sind oder daß die Zustimmung der Gesellschaft hierzu erteilt worden ist (KG OLGE 21, 50/52; *Hachenburg/Mertens* GmbHG 7. Aufl. § 40 Rdnr. 7). Die Anteilsübertragung kann aus der Liste der Gesellschafter entnommen werden, welche alljährlich dem Registergericht einzureichen ist (§ 40 GmbHG). Das Registergericht hat die eingereichte Liste allein auf ihre formelle Ordnungsmäßigkeit gemäß § 40 GmbHG zu prüfen und hat die Liste zu den Akten zu nehmen; eine weitergehende Prüfung findet nicht statt (KG aaO; *Bartl/Henkes* GmbHG Rdnr. 419; *Baumbach/Hueck* GmbHG 13. Aufl. § 40 Anm. B). Die Prüfung, ob ein Anteilserwerber Gesellschafter geworden ist, steht nach § 16 GmbHG der Gesellschaft selbst zu.

Aus all dem folgt, daß es außerhalb der Prüfungskompetenz des Registergerichts gelegen ist, ob eine Anteilsübertragung deshalb noch nicht voll wirksam geworden ist, weil eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fehlt. Dabei ist es unerheblich, daß das Verlangen des Registergerichts nicht anlässlich der Einreichung der Gesellschafterliste, sondern aufgrund einer „Anmeldung“ von Anteilsübertragungen gestellt worden ist.

b) Bei dieser Rechtslage kann offen bleiben, ob die Übertragung des Geschäftsanteils nach dem verstorbenen Gesellschafter R. überhaupt nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsfähig ist, wenn — wie hier — die Beteiligung eines minderjährigen Erben zusammen mit seinen Miterben nur 10 % der Gesamtanteile beträgt. Der Senat braucht deshalb nicht zu der Streitfrage Stellung zu nehmen, ob eine Genehmigung schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts (§ 1822 Nr. 3 1. Altern. BGB) überhaupt nur die Übertragung sämtlicher Anteile gleichgesetzt werden könne (so: *Beitzke* Familienrecht 23. Aufl. § 137 III 5 — S. 320; *Gernhuber* Lehrbuch des Familienrechts 3. Aufl. § 52 V 6 — S. 1810; *Scholz/Winter* GmbHG 6. Aufl. § 15 Rdnr. 152; *Fischer* GmbHG 10. Aufl. § 15 Anm. 6; *Fischer* LM Nr. 3 zu § 1822 Nr. 3 BGB; *Winkler* ZGR 1973, 177/187; *Wiedemann*. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften S. 247 f.; *Zelz* GmbHRdsch 1959, 91/92; *Damrau* Rpfleger 1985, 62 ff.; (vgl. auch KG KGJ 34 A 89) oder ob die Genehmigung schon dann erforderlich ist, wenn — wirtschaftlich betrachtet — bei einer erwerbswirtschaftlich tätigen GmbH der veräußerte Anteil des Minderjährigen so groß ist, daß sein Inhaber über die bloße Kapitalbeteiligung hinaus ein Unternehmer-

risko trägt und einen weitgehenden Einfluß auf das Unternehmen innehat, so daß sich sein Verkauf wie die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts auswirkt (so: KG JW 1926, 600 = JFG 3, 206; KG JW 1927, 2578; KG NJW 1976, 1946 [= MittBayNot 1976, 179]; OLG Hamm Rpfleger 1984, 354 = OLGZ 1984, 327 = BB 1984, 1702 = Betrieb 1984, 1922 [= MittBayNot 1984, 194]; *Erman/Holzhauer* BGB 7. Aufl. Rdnr. 3, *Palandt/Diederichsen* BGB 44. Aufl. Anm. 4 a, MünchKomm/Zagst Rdnr. 4, *Soergel/Damrau* BGB 11. Aufl. Rdnr. 18, 22, je zu § 1822; *Staudinger/Engler* BGB 10./11. Aufl. §§ 1821, 1822 Rdnr. 69; *Baumbach/Hueck* Anm. 1 B, *Hachenburg/Schilling/Zutt* Rdnr. 130, je zu § 15; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 6. Aufl. S. 401).

4. Nach alledem waren die landgerichtliche Entscheidung insgesamt und die Zwischenverfügung des Amtsgerichts insoweit aufzuheben, als darin die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für die Anteilsübertragung verlangt worden ist.

17. GmbHG §§ 7 Abs. 2, 57 Abs. 2 (*Sicherheitsbestellung bei Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH*)

Die Bürgschaft einer dritten Person ist Sicherungsmittel i.S.d. §§ 7 Abs. 2 S. 3, 57 Abs. 2 GmbH-Gesetz. Überprüfungen der Bonität des Bürgen obliegen dem Registergericht dabei nicht.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG München I, Beschluß vom 20.5.1985 — 11 HKT 5359/85 — mitgeteilt von Notar *Franz Kelch*, München

Aus dem Tatbestand:

Mit Beschluß vom 30.1.1985 erhöhte der Alleingesellschafter der M-GmbH das Stammkapital von 20.000,— DM auf 50.000,— DM. Der Alleingesellschafter übernahm auch den weiteren Stammanteil und meldete die Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister an. Gleichzeitig erklärte er, daß die neue Stammeinlage zu einem Viertel eingezahlt und zur freien Verfügung des Geschäftsführers stehe. Für den restlichen Teil der Stammeinlage legte er als Sicherung die selbstschuldnerische Bürgschaft von Frau H. vor.

Mit Zwischenverfügung vom 6.2.85 beanstandete das Registergericht, daß die Tauglichkeit der Bürgschaft als Sicherung nicht festgestellt werden könne.

Aus den Gründen:

Die dagegen eingelegte Beschwerde ist zulässig und begründet.

Daß die Bürgschaft einer dritten Person ein Mittel der „Sicherung“ im Sinn des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbH-Gesetz sein kann, ist nicht bestritten und wird auch vom Registergericht anerkannt. Die Zurückweisung der streitgegenständlichen Bürgschaft erfolgte dementsprechend auch nur deshalb, weil das Registergericht die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Bürgschaft mit sonstigen Sicherungsmitteln nicht als bewiesen ansieht. Insoweit verkennt das Registergericht die Reichweite des § 12 FGG. Die Tätigkeit des Registergerichts ist eine registrierende, also grundsätzlich nicht zu materiellen Prüfungen verpflichtet. Auf die streitgegenständliche Bürgschaft bezogen heißt dies, daß das Registergericht davon auszugehen hat, daß eine Bürgschaft vorliegt, die grundsätzlich als Sicherung im Sinn des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbH-Gesetz ausreicht. Überprüfungen der Bonität des Bürgen obliegen dem Registergericht dabei nicht. Vielmehr käme der Amtsermittlungsgesichtspunkt des § 12 FGG erst dann zum Tragen, wenn Anhaltspunkte vorlägen, die entsprechende Zweifel an der Bonität des Bürgen und damit an der

wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Absicherung erzeugen könnten. Diese eingeschränkte Reichweite des § 12 FGG verkehrt das Registergericht in ihr Gegenteil, wenn es von vornherein davon ausgeht, daß der Bürge einer Bürgschaft untauglich sei und „zudem offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Tauglichkeit zu belegen“. Zu letzterem war im übrigen auch mit der Zwischenverfügung gar nicht aufgefordert worden.

Da demnach von einer ordnungsgemäßen und damit grundsätzlich tauglichen Bürgschaft auszugehen ist, ist § 7 Abs. 2 S. 3 GmbH-Gesetz genügt, ohne daß es auf die vom Registergericht in seinem Nichtabhilfebefehl bzw. in der Beschwerdebegründung aufgenommene Diskussion über den Sinn und die Reichweite der Sicherung im Sinn des § 7 Abs. 2 S. 3 GmbH-Gesetz ankäme.

C.

Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

18. BNotO § 19, BeurkG §§ 17 Abs. 1, 21 (*Zur Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars bezüglich des Eingreifens etwaiger Steuertatbestände*)

Ein Notar muß bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages nicht Tatsachen ermitteln, die für das eventuelle Eingreifen von Steuertatbeständen (hier §§ 22, Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) von Bedeutung sein können.

BGH, Urteil vom 5.2.1985 — IX ZR 248/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von dem beklagten Notar wegen behaupteter Amtspflichtverletzung Schadensersatz.

Die Klägerin war Eigentümerin einer Eigentumswohnung in B., die sie durch notariellen Kaufvertrag vom 10. August 1977 zum Kaufpreis von 93 550 DM erworben hatte. Sie verkaufte diese Wohnung durch notariellen, von dem Beklagten beurkundeten Vertrag vom 24. Juli 1979 zum Preise von 128 000 DM an die Rentnerin A. Dabei war von vornherein vorgesehen, daß der Vertrag erst zum 1. Januar 1980 vollzogen werden sollte, weil die Klägerin dann das gemeinsam mit ihrem Ehemann errichtete Eigenheim beziehen konnte.

Der Beklagte hatte vor der Beurkundung durch seinen Mitarbeiter, Rechtsanwalt R., das Grundbuch einsehen lassen. Dieser notierte dabei auf einem von dem Beklagten dazu verwendeten Vordruck Grundstücks-, Katasteramtsbezeichnung und Größe des Grundstücks. Er machte ferner einen Vermerk darüber, daß die Klägerin als Eigentümerin in Abteilung 1 des Grundbuchs eingetragen war. Dagegen notierte er nicht die Angaben in Spalte 4 von Abteilung 1 des Grundbuchs, daß die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin am 19. Dezember 1977 aufgrund der Auflassung vom 10. August 1977 erfolgt war. Eine Kopie oder Abschrift des Handblatts zum Grundbuch nahm der Beklagte nicht zu seinen Notariatsakten.

Bei der gemeinsamen Einkommensteuerveranlagung der Klägerin und ihres Ehemannes für das Jahr 1979 wurde ein Veräußerungsgewinn aus dem Wohnungsverkauf von 32 669 DM ermittelt. Dieser wurde gemäß § 22 Nr. 2 EStG als steuerpflichtige Einkunft aus einem Spekulationsgeschäft im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG erfaßt, weil der Zeitraum zwischen der Anschaffung der Wohnung und ihrer Veräußerung nicht mehr als 2 Jahre betragen hatte. Als Stichtag dafür wurde der Abschluß der jeweiligen Kaufverträge angesehen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin aus eigenem und von ihrem Ehemann abgetretenem Recht Ersatz dieser Beträge begehrt. Sie hat dem Beklagten die Verletzung seiner Belehrungs- und Hinwesplichten vorgeworfen. Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht geht zutreffend — und insoweit auch von der Revision nicht angegriffen — von dem in ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs angenommenen Grundsatz aus, daß ein Notar

nicht verpflichtet ist, den an notariellen Amtshandlungen beteiligten Personen steuerliche Belehrungen zu erteilen (RGZ 142, 424, 425 m. Nachw.; BGH Urte. v. 26. März 1953 — III ZR 14/52 = DNotZ 1953, 492; Urte. v. 21. November 1978 = VI ZR 227/77 = LM BeurkG §§ 17, 19 Nr. 8 = DNotZ 1979, 228; Urte. v. 22. April 1980 — VI ZR 96/79 = LM BeurkG § 17 Nr. 13 = DNotZ 1980, 563 [= MittBayNot 80, 176]; Urte. v. 2. Juni 1981 — VI ZR 148/79 = DNotZ 1981, 775; Urte. v. 5. November 1982 — V ZR 217/81 = JurBüro 1983 Sp. 546; vgl. auch *Rohs*, Die Geschäftsführung der Notare 8. Aufl. S. 260 mit Nachweisen; *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 5. Aufl. Rdnrn. 222, 223; *Arndt* BNotO 2. Aufl. BeurkG § 19 Bem. II 2; *Haug* DNotZ 1972, 453, 478). Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß ein Notar von sich aus auf die Möglichkeit der Entstehung einer Steuerpflicht nur in den Fällen hinzuweisen hat, in denen gesetzliche Regelungen dieses vorschreiben (vgl. z. B. § 13 ErbStDV), ist richtig. Als Ausnahmenvorschriften können solche Bestimmungen auch nicht eine Belehrungspflicht hinsichtlich anderer Steuertatbestände begründen (BGH, Urte. v. 21. November 1978 — VI ZR 227/77 aaO).

Es entspricht darüber hinaus ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß ein Notar im Rahmen der allgemeinen Betreuungspflicht auch über steuerrechtliche Folgen des von ihm zu beurkundenden Vertrages aufzuklären oder den Beteiligten anheimzugeben hat, sich fachlich beraten zu lassen, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles Anlaß zu der Vermutung haben muß, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens einer besonderen Steuerpflicht nicht bewußt ist (BGH, Urte. v. 21. November 1978 — VI ZR 227/77 aaO; v. 22. April 1980 — VI ZR 96/79 aaO). Dies wäre hier nur dann der Fall gewesen, wenn ein Beteiligter selbst die Frage nach der Steuerpflicht erhoben hätte, oder allenfalls dann, wenn der Notar vor oder während der Beurkundung des Kaufvertrages erfahren hätte, daß die Verkäuferin das Grundstück vor weniger als 2 Jahren gekauft hatte und die steuerlichen Auswirkungen des Geschäfts für sie von Bedeutung sein würden (vgl. BGH, Urte. v. 2. Juni 1981 — VI ZR 148/79 = DNotZ 1981, 775, = WM 1981, 942; OLG Oldenburg VersR 1971, 380; *Reithmann/Röll/Gebele* aaO Rdnr. 215).

Das Berufungsgericht stellt fest, daß keine dieser Voraussetzungen hier vorlag.

Das greift die Revision nicht an. Sie meint, der Beklagte habe sich einer Pflichtverletzung schuldig gemacht, weil er sich keine Kenntnis von dem Zeitpunkt der Auflassung an die Klägerin verschafft habe. Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Beklagte war dazu weder im Rahmen der allgemeinen Betreuungspflicht des § 17 BeurkG noch gemäß § 21 BeurkG bei der Grundbucheinsicht verpflichtet.

Die Belehrungspflicht tritt nach § 17 BeurkG ein, wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände des Falles Anlaß zu der Vermutung haben muß, es drohe einem Beteiligten ein Schaden (BGHZ 58, 343, 348). Der Notar muß diese besonderen Umstände aber nicht ermitteln. Zwar kann er in allen Fällen, in denen ihm bei der Beurkundung eines Grundstücksverkaufs ein Abschlußzeitpunkt des etwa dem Eigentum des Verkäufers zugrunde liegenden Erwerbsgeschäfts und der dabei vereinbarte Kaufpreis nicht bekannt sind, nicht ausschließen, daß gemäß § 23 EStG ein Spekulationsgewinn entsteht. Er muß aber nicht bei jeder Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages Tatsachen ermitteln, die auf den Zeitpunkt des von dem Veräußerer getätigten Erwerbsgeschäfts rückschließen lassen. Andernfalls würde im Rah-

men des § 17 BeurkG eine generelle Pflicht zum Hinweis auf eine möglicherweise bestehende besondere Steuerpflicht begründet, die dem Notar nur in besonderen Ausnahmefällen auferlegt ist.

Eine so weit gehende Belehrungspflicht des Notars über ein möglicherweise vorliegendes Spekulationsgeschäft entspricht auch nicht der Interessenlage der Beteiligten und ist nicht mit seiner Verpflichtung zur Neutralität zu vereinbaren. Zwar würde die bloße Frage nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des Erwerbsgeschäfts den Notar nicht belasten und ihm daher zumutbar sein können. Sie könnte häufig — wie auch hier — den Verkäufer vor dem Anfall vermeidbarer Steuer bewahren, ohne notwendigerweise mit Nachteilen für den Käufer verbunden zu sein. Andererseits ist die mit einer solchen Frage oder auch durch anderweitige Ermittlungen bezweckte Aufdeckung des Steuertatbestandes des § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG notwendig damit verbunden, daß der Gewinn zutage tritt, den der Verkäufer aus dem zu beurkundenden Geschäft erzielen wird. Das kann diesem nicht nur unerwünscht sein, sondern das Zustandekommen des Vertrages gefährden.

Der Beklagte war auch bei Erfüllung seiner ihm in § 21 BeurkG auferlegten Verpflichtung, das Grundbuch einzusehen, nicht gehalten, das Datum der an die Klägerin erfolgten Auflassung und den Inhalt des Kaufvertrages zur Kenntnis zu nehmen, aufgrund dessen die Klägerin das Grundstück zu einem erheblich niedrigeren Preis erworben hatte.

Der Notar hat bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene Rechte zum Gegenstand haben, den Grundbuchinhalt festzustellen, damit das Rechtsgeschäft mit dem von den Beteiligten gewollten Inhalt erfolgreich rechtlich durchgeführt werden kann (BGH, Urt. v. 26. März 1953 — III ZR 14/52 = DNotZ 1953, 492, 495). Das ist bei Übereinstimmung von Grundbuchinhalt und Erklärungen des Verfügenden jedenfalls gemäß §§ 891 f BGB über den Schutz des guten Glaubens zu verwirklichen. Mit der Verpflichtung des Notars zur Grundbucheinsicht soll gleichzeitig vermieden werden, daß durch falsche Angaben von Bezeichnungen des Grundbuchs, der Parzellen, der Flurnummern o.ä. Beanstandungen und damit Verzögerungen eintreten (*Rohs* aaO S. 71/72).

Die Einsicht in das Grundbuch hat sich auf die Tatsachen zu erstrecken, deren Kenntnis zur Erfüllung des Zwecks des § 21 BeurkG für das jeweilige Geschäft von Bedeutung ist. Der Notar muß sich daher nicht in allen Einzelheiten über den Grundbuchinhalt unterrichten (*Mecke* BeurkG 1970 § 21 Rdnr. 4; *Arndt* aaO BeurkG § 21 Bem. 4; *Jansen* FG 2. Aufl. 1971 § 21 BeurkG Rdnr. 6). Er muß insbesondere die Grundbucheinsicht nicht zum Anlaß nehmen, um den Sachverhalt für das eventuelle Eingreifen von Steuertatbeständen zu ermitteln (BGH, Urt. v. 22. April 1980 — VI ZR 96/79 = LM BeurkG § 17 Nr. 13 = DNotZ 1980, 563, 565).

Die Kenntnis des Zeitpunkts der Auflassung an den als Eigentümer eingetragenen Veräußerer ist weder für einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB erheblich noch erforderlich, um in der Urkunde über das Veräußerungsgeschäft und die Auflassung genaue und richtige Angaben zu machen. Der Beklagte mußte diesen Zeitpunkt daher weder dem Grundbuch entnehmen, noch mußte er gar aus den Grundakten den Kaufvertrag zur Kenntnis nehmen. Die Grundakten muß der Notar nur einsehen, um Vorgänge festzustellen, auf die die Grundbucheintragung Bezug nimmt und die für das zu beurkundende Geschäft von rechtlicher Bedeutung sind.

D.

Verwaltungsrecht

19. BBauG § 123 Abs. 3, BGB § 313 (*Beurkundungsbedürftigkeit von Erschließungsverträgen*)

1. Ein nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes abgeschlossener Erschließungsvertrag, der u.a. eine Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthält, bedarf der notariellen Beurkundung.

2. Eine Gemeinde ist grundsätzlich nicht berechtigt, zu Lasten der Beitragspflichtigen einen Dritten aus einer ihr gegenüber vertraglich begründeten Verpflichtung zur Übernahme von Erschließungskosten zu entlassen. Tut sie es dennoch, ohne daß dafür ein dies ausnahmsweise rechtfertigender Grund gegeben ist, scheidet der dem Anspruch entsprechende Teil der Kosten als anderweitig gedeckt aus dem beitragsfähigen Erschließungsaufwand aus (im Anschluß an Urteil vom 18. September 1981 — BVerwG 8 C 21.81 — Buchholz 406.11 § 125 BBauG Nr. 14 S. 7 ff.).

BVerwG, Urteil vom 9.11.1984 — 8 C 77.83 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber zweier Mitigentumsanteile an dem Grundstück Alte L. Straße sowie Eigentümer zweier Eigentumswohnungen auf diesem Grundstück. Das Grundstück liegt an dem als Wendehammer ausgebildeten Ende eines etwa 59 m langen Stichwegs, der von dem Hauptzug der Alten L. Straße nach Westen abzweigt und zusätzlich vier Grundstücke erschließt.

Das Gelände westlich des Hauptzugs der Alten L. Straße einschließlich der Straßenfläche des Stichwegs gehörte ursprünglich dem Gartenbauingenieur V. Die ehemals selbständige Stadt B., die mit Wirkung vom 1. Januar 1975 mit der Stadt A. zur neuen Stadt S. zusammengeschlossen wurde, übertrug Herrn V. in einem Erschließungsvertrag vom 4. November 1969 die Erschließung dieses Gebiets auf seine Rechnung. Nach § 3 Abs. 1 des Vertrags hat der Erschließungsunternehmer u.a. den als Planstraße I bezeichneten Stichweg mit beidseitigen Bürgersteigen von 1,50 m Breite auszubauen und die Beleuchtungseinrichtung sowie die Straßenentwässerungsanlage herzustellen oder herstellen zu lassen. Nach § 4 Abs. 4 des Vertrags soll der Erschließungsunternehmer die für die öffentlichen Erschließungsanlagen benötigten Grundstücksflächen nach deren Vermessung und Vermarkung aufgrund eines dann abzuschließenden Veräußerungsvertrags an die Stadt übereignen. Die Stadt verpflichtet sich, das Eigentum zu übernehmen. Der Wert der Straßenfläche ist auf 20 DM pro qm festgesetzt. Er soll Bestandteil der vom Erschließungsunternehmer zu tragenden Erschließungskosten sein.

Aufgrund eines notariellen Grundstückskaufvertrags vom 6. Oktober 1976 erwarb die Stadt S. von Herrn V. die 615 qm große Straßenparzelle des Stichwegs für einen Kaufpreis von 20 DM pro qm, insgesamt also für 12 300 DM.

Am 18. Dezember 1979 beschloß der Rat der Stadt S. die „Rückabwicklung“ des zwischen Herrn V. und der ehemaligen Stadt B. abgeschlossenen Erschließungsvertrags. Die von Herrn V. für die vertragsgemäße Herstellung der Stichstraße aufgewandten Kosten wurden ihm von der Stadt unter dem 12. November 1980 erstattet.

Nachdem die Widmung des Stichwegs für den öffentlichen Verkehr als Gemeindestraße bekanntgemacht worden war, zog der Beklagte den Kläger mit zwei Bescheiden vom 18. November 1980 für jede der beiden Eigentumswohnungen zu einem Erschließungsbeitrag von 386,89 DM heran.

Nach erfolglosem Vorverfahren hat der Kläger Klage erhoben, die vor dem VG Erfolg hatte.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung geändert und die angefochtenen Bescheide insoweit aufgehoben, als der Beklagte einen über 177,18 DM hinausgehenden Erschließungsbeitrag verlangt hat.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen des Klägers und des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revisionen des Klägers und des Beklagten haben keinen Erfolg.

1. ...

2. Dem angefochtenen Urteil liegt weiter die Annahme zugrunde, der Stadt S. seien Kosten im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBauG für den Erwerb der Straßenfläche des Stichwegs entstanden. Zwar habe sich der Erschließungsunternehmer im Erschließungsvertrag vom 4. November 1969 verpflichtet, auch die Kosten für den Straßenlanderwerb zu tragen. Doch sei dieser Vertrag wegen eines Verstoßes gegen § 313 BGB insgesamt nichtig. Um dennoch das im Erschließungsvertrag festgelegte Ziel zu erreichen, Eigentümerin des Straßenlands zu werden, habe sich die Stadt S. entschließen dürfen, anstelle des nichtigen Erschließungsvertrags den Grundstückskaufvertrag vom 6. Oktober 1976 abzuschließen und so ihre Verpflichtung zu begründen, die Kosten für den Erwerb der Straßenfläche zu übernehmen. Gegen diese Auffassung des Berufungsgerichts bestehen auf der Grundlage seiner tatsächlichen Feststellungen im Ergebnis ebenfalls keine Bedenken.

Zutreffend hat das Berufungsgericht erkannt, daß ein nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes abgeschlossener Erschließungsvertrag im Sinne des § 123 Abs. 3 BBauG dann, wenn er u.a. die Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthält, entsprechend § 313 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedarf. Erschließungsverträge sind ihrer Natur nach zwar öffentlich-rechtliche Verträge (u.a. Urteil vom 23. April 1969 — BVerwG IV C 69.67 — BVerwGE 32, 37 [38]). Im öffentlichen Recht finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Wahrung bestimmter Formen abhängig machen, jedoch entsprechende Anwendung, wenn der ihnen zugrundeliegende Rechtsgedanke wegen der Gleichartigkeit der Verhältnisse auch dort eingreift. Dies ist bei § 313 Satz 1 BGB der Fall. Das hat der Bundesgerichtshof für Erschließungsverträge bereits in seinem Urteil vom 5. Mai 1972 (V ZR 63/70 — BGHZ 58, 386 ff. [= DNotZ 1972, 756]) entschieden. Dem schließt sich der erkennende Senat an. § 313 Satz 1 BGB stellt nach seinem Schutzzweck auf Gegebenheiten ab, die nicht nur vorliegen, wenn ein Grundstückseigentümer sich privatrechtlich zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, sondern auch dann, wenn er eine entsprechende Verpflichtung in einem Erschließungsvertrag eingeht. Daran ändert nichts, daß Vertragspartner eines solchen Vertrags eine Gemeinde ist und diese einerseits als Körperschaft des öffentlichen Rechts grundsätzlich gehalten ist, auf das Schutzbedürfnis einer etwa geschäftsungewandten Privatperson Rücksicht zu nehmen, sowie andererseits selbst durch besondere Vorschriften der Gemeindeordnungen vor unbedachten Grundstücksgeschäften geschützt sein mag. Denn ob im Einzelfall der mit § 313 Satz 1 BGB verfolgte Schutz auch auf andere Weise als durch notarielle Beurkundung des Vertrags gewährleistet erscheint, ist bei der unmittelbaren Anwendung dieser Vorschrift belanglos und gibt daher auch für die Frage der Analogie nichts her (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1972 — V ZR 63/70 [= DNotZ 1972, 756]).

Beizupflichten ist dem Berufungsgericht ferner, wenn es meint, der notariellen Beurkundung bedürfe ein Erschließungsvertrag selbst dann, wenn er hinsichtlich der Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks — wie hier — lediglich als Vorvertrag zu qualifizieren

sei. Für Vorverträge gelten grundsätzlich die gleichen Formanforderungen wie für das Hauptgeschäft (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 1. Juli 1970 — IV ZR 1178/68 — NJW 1970, 1915 (1916) [= DNotZ 1971, 39]). Mit Bundesrecht nicht vereinbar ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, die in entsprechender Anwendung der §§ 125 Satz 1, 313 Satz 1 BGB eintretende Nichtigkeit des den Grundstückserwerb betreffenden Teils eines Erschließungsvertrags erfasse notwendig den gesamten Vertrag. Ob das zutrifft, hängt vielmehr in entsprechender Anwendung des § 139 BGB davon ab, ob die Vertragspartner den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1972 — V ZR 63/70 [= DNotZ 1972, 756] sowie § 59 Abs. 3 VwVfG). Ohne eine Beantwortung dieser Frage läßt sich die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Erschließungsvertrag insgesamt nichtig sei, nicht halten. Das ist jedoch hier letztlich ohne Bedeutung. Auch wenn nämlich der Vertrag nur teilweise nichtig gewesen sein sollte, fehlte es infolge der Nichtigkeit doch jedenfalls an einem Anspruch der Stadt auf (unentgeltliche) Übertragung des Straßenlandes. Hielt die Stadt es für geboten, Eigentümerin des Straßengeländes zu werden, — und das durfte sie mit Rücksicht auf ihre Erschließungslast (§ 123 Abs. 1 BBauG) für geboten halten — dann blieb ihr auch im Fall der nur teilweisen Nichtigkeit des Erschließungsvertrages kein anderer Weg als der, durch den Grundstückskaufvertrag vom 6. Oktober 1976 die nichtige Abrede durch eine wirksame zu ersetzen und dabei auf angemessene Forderungen des V. einzugehen. Das ist mit der Vereinbarung eines Kaufpreises von 20 DM/qm geschehen. Angesichts dessen ist die Auffassung des Berufungsgerichts bundesrechtlich nicht zu beanstanden, der Stadt seien in diesem Umfang für den Grunderwerb beitragsfähige Kosten im Sinne des § 128 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BBauG entstanden. Zu den Kosten im Sinne dieser Vorschrift zählt der Aufwand, den die Gemeinde für den Straßenlanderwerb im Zusammenhang mit ihrer Aufgabe als Erschließungsträger (§ 123 Abs. 1 BBauG) — und diese Aufgabe als solche bleibt durch den Abschluß eines Erschließungsvertrags unberührt (vgl. etwa Urteil vom 22. August 1975 — BVerwG IV C 7.73 — Buchholz 406.11 § 127 BBauG Nr. 23 S. 11 [13]) — u.a. aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung machen mußte (vgl. Urteil vom 23. Mai 1980 — BVerwG IV C 69 und 70.77 — Buchholz 406.11 § 128 BBauG Nr. 27 S. 24 [26]).

Bundesrechtlich nichts zu erinnern ist schließlich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte sei berechtigt gewesen, die Kosten für den Straßenlanderwerb u.a. auf den Kläger umzulegen. Da der Erschließungsvertrag wegen seines Formmangels nicht geeignet war, eine Verpflichtung des Erschließungsunternehmers zur Übernahme der Grunderwerbskosten zu begründen, handelt es sich insoweit nicht um einen im Sinne des § 129 Abs. 1 Satz 1 BBauG anderweitig gedeckten Aufwand. Entgegen der Ansicht des Klägers scheidet eine Beitragserhebung für die Grunderwerbskosten nicht daran, daß nach seinem Vorbringen anteilige Straßenlandkosten bereits beim Erwerb der Eigentumswohnungen im Kaufpreis enthalten waren. Erschließungsverträge sind nicht aus der Natur der Sache Verträge zugunsten der in Betracht kommenden Grundstückseigentümer des Inhalts, daß diese sich ohne Gefahr darauf einlassen könnten, „die Erschließung“ im Rahmen des Kaufpreises zu bezahlen, weil eine Inanspruchnahme (auch noch) zu Erschließungsbeiträgen ausgeschlossen sei. Ihnen erwächst durch den Abschluß eines Erschließungsvertrages auch kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, die Gemeinde werde — soweit ihr später (unerwartet) umlagefähige Erschließungs-

kosten entstehen — nach § 135 Abs. 5 Satz 1 BBauG auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen verzichten (vgl. Urteil vom 8. September 1972 — BVerwG IV C 21.71 — Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 6 S. 13 f.). Eine etwaige Doppelbelastung ist letztlich Folge einer im Risikobereich der Grundstückseigentümer getroffenen Entscheidung, nämlich der Entscheidung, von diesem Erschließungsunternehmer — bzw. hier: von einem Zwischeneigentümer — ein Grundstück zu einem Preis zu kaufen, der Erschließungskosten einschließt, obgleich die Erbringung der Gegenleistung nicht wahrhaft gewährleistet ist (vgl. in diesem Zusammenhang Urteil vom 19. Oktober 1984 — BVerwG 8 C 52.83 — UA S. 13).

3. Das Berufungsurteil beruht ferner auf der Annahme, der Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Beitragspflichtigen auch mit dem Aufwand zu belasten, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Rat auf Drängen des Erschließungsunternehmers am 18. Dezember 1979 die „Rückabwicklung“ des Erschließungsvertrags beschlossen und die Stadt dem Erschließungsunternehmer daraufhin die Herstellungskosten erstattet habe. Auch dem ist im Ergebnis zu folgen: Die Stadt hatte aus dem — zwar zunächst (teilweise) nichtigen, später jedoch nach § 313 Satz 2 BGB gültig gewordenen — Erschließungsvertrag gegen den Erschließungsunternehmer einen Anspruch auf Übernahme der Herstellungskosten. Das Bestehen dieses Anspruchs muß sie sich als Fall einer anderweitigen Deckung im Sinne des § 129 Abs. 1 Satz 1 BBauG entgegenhalten lassen; sie durfte ihn nicht durch „Rückabwicklung“ zu Lasten der Beitragspflichtigen aufgeben.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Erschließungsunternehmer habe den Stichweg entsprechend seiner in dem durch den Grundstückskaufvertrag modifizierten Erschließungsvertrag übernommenen Verpflichtung auf eigene Rechnung vertragsgemäß hergestellt. Werden von einem Dritten aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung Erschließungsmaßnahmen auf eigene Kosten durchgeführt, so dürfen im Umfang der dadurch erfolgten Kostendeckung Beiträge nicht erhoben werden (vgl. Urteil vom 6. Juli 1973 — BVerwG IV C 22.72 — Buchholz 406.11 § 1 BBauG Nr. 7 S. 21 [34 f.]). Dies ergibt sich — nicht wie das Berufungsgericht meint, aus § 128 Abs. 1 Satz 1 BBauG, sondern — aus § 129 Abs. 1 Satz 1 BBauG. Denn eine „anderweitige (eine Beitragserhebung ausschließende) Deckung“ im Sinne dieser Vorschrift kann auch in einem Anspruch der Gemeinde gegen einen Dritten auf Übernahme von Erschließungskosten bestehen. Das hat der erkennende Senat bereits in seinem Urteil vom 18. September 1981 — BVerwG 8 C 21.81 — (Buchholz 406.11 § 125 BBauG Nr. 14 S. 7 ff.) entschieden; daran ist festzuhalten. Demgemäß richtet sich die Beantwortung der Frage, ob der Beklagte berechtigt war, den der Stadt entstandenen Herstellungsaufwand auf die Beitragspflichtigen und damit auch auf den Kläger umzulegen, danach, ob die Stadt ihren durch den Erschließungsvertrag gegen den Erschließungsunternehmer begründeten Anspruch auf Übernahme der Herstellungskosten (ausnahmsweise) aufgeben durfte oder ob sie sich das Bestehen dieses Anspruchs als Fall einer anderweitigen Deckung entgegenhalten lassen muß. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts trifft letzteres zu.

Grundsätzlich gilt, daß eine Gemeinde, die einen den Erschließungsaufwand ganz oder teilweise deckenden Anspruch aufgibt oder sonstwie zu realisieren unterläßt, die sich daraus ergebende Belastung selbst tragen muß. Davon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn der Durch-

setzbarkeit des Anspruchs bzw. dem Festhalten an ihm durchgreifende tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen. So könnte beispielsweise bei einem Erschließungsvertrag die Aufgabe eines durch ihn begründeten Anspruchs auf Kostentragung gerechtfertigt sein, wenn sich dessen Geltendmachung unter Berücksichtigung der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehungen als treuwidrig oder mißbräuchlich darstellte. Ein derartiger oder ein ihm qualitativ gleichwertiger Grund für die Aufgabe des Anspruchs der Stadt gegen den Erschließungsunternehmer ist hier nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat dargelegt, daß die Stadt zur Rückabwicklung des Erschließungsvertrags weder gesetzlich noch vertraglich verpflichtet gewesen sei, sie habe ihren Kostenübernahmeanspruch „freiwillig“ aufgegeben. Dem steht das Vorbringen des Beklagten nicht entgegen, der Erschließungsunternehmer habe es verabsäumt, seinerzeit beim Verkauf der Grundstücke die Herstellungskosten über den Kaufpreis anteilig auf die Käufer abzuwälzen, so daß es der Billigkeit entsprochen habe, diese bzw. deren Rechtsnachfolger im Wege einer Rückabwicklung des Erschließungsvertrags und einer Beitragserhebung mit den Herstellungskosten zu belasten. Denn allgemeine Billigkeitsgründe, die gegen eine Kostentragung des Erschließungsunternehmers und für eine Beteiligung der Grundstückseigentümer sprechen könnten, berühren den Anspruch der Gemeinde nicht (vgl. Urteil vom 18. September 1981 — BVerwG 8 C 21.81 — a.a.O. S. 9). Ob ein Erschließungsunternehmer die Herstellungskosten über Grundstücksverkäufe an seine Käufer weitergibt oder nicht, ist eine Sache, die ausschließlich ihn und seine Käufer, d.h. deren privatrechtliche Sphäre, betrifft. Sie hat grundsätzlich keinen rechtlich relevanten Einfluß auf das durch einen Erschließungsvertrag begründete Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Erschließungsunternehmer.

20. BBauG §§ 19 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 2 S. 2, 23 Abs. 2 (Negativattest bei Teilung eines Grundstücks im Außenbereich)

1. Die Teilung eines Außenbereichsgrundstücks, die nicht nach den Erklärungen der Beteiligten, jedoch aufgrund anderer Umstände erkennbar offensichtlich „zum Zweck der Bebauung vorgenommen wird“, bedarf nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG der Genehmigung; ein Negativzeugnis nach § 23 Abs. 2 BBauG ist folglich nicht zu erteilen.

2. Die Teilung, die im Sinne der §§ 19 Abs. 1 Nr. 3 und 20 Abs. 2 Satz 2 BBauG „der Vorbereitung einer Bebauung dient“, wird im Sinne dieser Vorschriften auch „zum Zweck der Bebauung vorgenommen“.

BVerwG, Urteil vom 16.11.1984 — 4 C 7.82 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger haben aus ihrem 16 802 qm großen Grundstück rechteckige Teilgrundstücke von je ca. 1 150 qm Größe zum Preis von 18,70 DM/qm an die Beigeladenen zu 2) bis 10) verkauft. Sie begehren gemäß § 23 Abs. 2 BBauG die Ausstellung eines Zeugnisses, daß für die Teilung eine Genehmigung gemäß § 19 BBauG nicht erforderlich ist.

Das Grundstück der Kläger liegt inmitten einer Heide- und Waldlandschaft. Es grenzt an einen nicht ausgebauten Weg. Es wurde früher als Weldeland genutzt und liegt heute brach. Der Flächennutzungsplan stellt es als Fläche für die Landwirtschaft dar.

In den Kaufverträgen mit den Beigeladenen heißt es u.a.

„Die Verkäufer haben den Käufern bekanntgegeben, daß eine Baugenehmigung für das Kaufobjekt auf absehbare Zeit nicht erteilt wird. Der Erwerb des Grundstücks ist nach den zur Zeit gegebenen Nutzungsmöglichkeiten ein Spekulationsgeschäft. Die Vertragsparteien

sind sich deshalb darüber einig, daß die Möglichkeit einer späteren Bebaubarkeit des Grundstücks nicht Geschäftsgrundlage dieses Grundstückskaufvertrages ist."

Den Antrag der Vertragsparteien auf Erteilung der Genehmigung nach § 19 BBauG oder eines Negativattests hat der Beklagte mit der Begründung abgelehnt, es sei offensichtlich die Vorbereitung einer unzulässigen Nutzung beabsichtigt. Dies ergebe sich aus dem Zerschneiden der Grundstücke, ihrer Größe, der Art der Zuwegung, dem auswärtigen Wohnsitz der Käufer und dem für landwirtschaftliches Gelände weit überhöhten Kaufpreis. Eine Bebauung des Grundstücks beeinträchtigt öffentliche Belange. Der Widerspruch der Kläger war erfolglos. Die auf Aufhebung der Verwaltungsbescheide und Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung eines Negativattests gerichtete Klage blieb in erster und zweiter Instanz ebenfalls erfolglos.

Die Revision der Kläger wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Kläger haben keinen Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses nach § 23 Abs. 2 BBauG. Die Teilung ihres Grundstücks bedarf nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG der Genehmigung, weil sie „zum Zweck der Bebauung vorgenommen“ wird. Das Tatbestandsmerkmal „zum Zweck der Bebauung vorgenommen“ in § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG ist weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Vorschrift auf Fälle beschränkt, in denen der Eigentümer oder Erwerber einen Bebauungszweck erklärt. Es umfaßt jeden aus Erklärungen eines Beteiligten oder aus sonstigen Umständen offensichtlich erkennbaren Bebauungszweck.

Der Senat hält an der früheren Rechtsprechung, nach der eine Teilung nur dann „zum Zweck der Bebauung vorgenommen wird“, wenn der Eigentümer den Bebauungszweck in die Teilungserklärung oder in sonstige Erklärungen aufnimmt, um auf diese Weise die bauliche Nutzung in einem Bodenverkehrsgenehmigungsverfahren zur Prüfung zu stellen (vgl. Urteil vom 9. April 1976 — BVerwG 4 C 75.74 — BVerwGE 50, 311 [= MittBayNot 1976, 89 = DNotZ 1976, 686]) für das seit 1979 geltende Recht nicht fest (vgl. auch bereits das Urteil des Senats vom 6. Juli 1984 — BVerwG 4 C 4.81 — ZfBR 1984, 255). Er hat (seinerzeit) die genannte Entscheidung vom 9. April 1976 (a.a.O.) auf den Wortlaut und den Zweck des Bodenverkehrsrechts in der Fassung des Bundesbaugesetzes von 1960 gestützt. Der Gesetzgeber hat aber mit der Änderung des Bundesbaugesetzes von 1979 gerade durch die Einfügung der „Mißbrauchsaufsicht“ des § 20 Abs. 2 BBauG die Funktion des Bodenverkehrsrechts als eines Instruments zur Sicherung der städtebaulichen Ordnung verstärkt. Er hat darin, daß die Behörde nach der Rechtsprechung des Senats auf die Prüfung des vom Eigentümer angegebenen Zwecks beschränkt war, einen „wesentlichen Mangel des geltenden Rechts“ gesehen (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucks. 8/2451, zu Nr. 6, S. 20, zu Nr. 7, S. 22). Er hat entschieden, daß die Genehmigungsbedürftigkeit von Grundstücksteilungen nicht in erster Linie dem Schutz privater Interessen dienen solle, und deshalb nicht mehr zur Disposition der Beteiligten eines Teilungskaufs stellen wollen, sich eines solchen Schutzes zu bedienen oder nicht zu bedienen. Das Bodenverkehrsrecht hat, wie bereits die Überschrift des II. Teils des Bundesbaugesetzes („Sicherung der Bauleitplanung“) erkennen läßt, in erster Linie eine Sicherungsfunktion im — öffentlichen — Interesse der städtebaulichen Ordnung. Es soll, wie die Versagungsgründe des § 20 BBauG erkennen lassen, verhindern, daß durch Teilungen Grundstücksverhältnisse entstehen, die die Verwirklichung von Bebauungsplänen (§ 30 BBauG) oder die Nutzbarkeit von Grundstücken nach § 34 BBauG erschweren oder unmöglich machen würden oder die auf eine Nutzung ausgerichtet

sind, die im Außenbereich nach § 35 BBauG im Hinblick auf wichtigere öffentliche Belange nicht zugelassen werden könnte.

Erst in zweiter Linie kommt dem Bodenverkehrsrecht auch eine den privaten Interessen der Eigentümer und Erwerber dienende Schutzfunktion zu. Diese hat zwei Seiten: Erstens wird der Erwerber davor geschützt, ein Grundstück zu erwerben, das nicht bebaubar ist. Zweitens tritt — und dieser Gesichtspunkt ist konkreter mit „Vertrauensschutzfunktion“ zu kennzeichnen — kraft der §§ 21 Abs. 1 und 20 Abs. 1 BBauG aufgrund einer erteilten oder einer als erteilt geltenden (§ 19 Abs. 3 Satz 6 BBauG) Genehmigung eine Bindungswirkung für die bauaufsichtliche Entscheidung über eine binnen drei Jahren danach beantragte Baugenehmigung ein. Diese Bindungswirkung dient nicht der öffentlichen Sicherungsfunktion des Bodenverkehrsrechts; deshalb muß der Gesetzgeber die Reichweite der Sicherungsfunktion nicht deckungsgleich mit der Reichweite der aus der Bindungswirkung folgenden (Vertrauens-)Schutzfunktion regeln.

Die Annahme der Revision, für die Sicherungsfunktion des Bodenverkehrsrechts sei kein Raum, wenn die Vertragspartner eines Teilungskaufs auf eine mit Bindungswirkung ausgestattete Genehmigung verzichten, entspricht seit der Änderung des Bundesbaugesetzes von 1979 nicht mehr der Rechtslage. Die Sicherungsfunktion des Bodenverkehrsrechts liegt nicht allein darin, mit Bindungswirkung ausgestattete Teilungsgenehmigungen zu vermeiden, sondern allgemeiner darin, eine der städtebaulichen Ordnung widersprechende Stückerlung von Grundstücken zu vermeiden. Was dabei den Außenbereich angeht (§ 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG), der neben der Erholung für die Allgemeinheit vor allem der land- und forstwirtschaftlichen Nutzung dienen soll, so führt die Teilung eines bisher landwirtschaftlich genutzten Grundstücks in Teilgrundstücke von der Größe von Baugrundstücken in der Regel dazu, daß die Teilgrundstücke fortan brachliegen; denn sie haben einzeln nicht die für eine landwirtschaftliche Nutzung erforderliche oder übliche Größe (vgl. dazu § 9 Abs. 3 Nr. 2 des Grundstückverkehrsgesetzes, wonach eine „unwirtschaftliche Verkleinerung oder Aufteilung“ landwirtschaftlicher Grundstücke vorliegt, wenn „ein landwirtschaftliches Grundstück kleiner als ein Hektar“ wird). Die Eigentümer der Teilgrundstücke sind im allgemeinen an einer Verpachtung nicht interessiert. Dazu wächst aufgrund solcher Teilungen erfahrungsgemäß die Gefahr, daß auf den Teilgrundstücken schwarz gebaut wird. Es wächst von daher auch der Druck auf die Gemeinde, schließlich ohne Rücksicht auf die städtebauliche Ordnung den Bauwünschen entsprechend zu planen. Schon das Brachliegen von Flächen im Außenbereich kann — auch ohne besonderen Druck der interessierten Personen — zu Fehlentwicklungen führen, die eine Planung erforderlich machen. Solche Fehlentwicklungen können im allgemeinen nicht mit planerischen Mitteln, die auf die Wiederherstellung der landwirtschaftlichen Nutzung zielen, rückgängig gemacht werden. Auf Grund solcher Besorgnisse hat der Gesetzgeber die Sicherungsfunktion des Bodenverkehrsrechts auch dort durchsetzen wollen, wo eine Bindungswirkung nach § 21 Abs. 1 BBauG nicht in Rede steht; er hat deshalb mit dem neuen § 20 Abs. 2 BBauG die „Mißbrauchsaufsicht“ eingeführt, welche die städtebauliche Ordnung unabhängig von dem gewährleisteten soll, was die Beteiligten als Zweck der Grundstücksteilung angeben.

Daß hiernach der in § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG enthaltene Genehmigungstatbestand: „... wenn die Teilung zum Zweck

der Bebauung oder der kleingärtnerischen Dauernutzung vorgenommen wird . . .“ auch die Sachverhalte erfaßt, derentwegen nach § 20 Abs. 2 BBauG die Genehmigung versagt werden kann, ist nicht etwa im Hinblick auf die Bindungswirkung des § 21 Abs. 1 BBauG bedenklich. Denn da § 21 Abs. 1 nach erteilter Teilungsgenehmigung die Versagung der innerhalb dreier Jahre beantragten Baugenehmigung nur bezüglich der Gründe verbietet, die nach § 20 Abs. 1 BBauG rechtserheblich waren, nicht aber auch aus den Versagungsgründen des § 20 Abs. 2 BBauG, schafft eine erteilte Genehmigung bezüglich dieser letzteren Versagungsgründe keine Bindungswirkung. Wenn also die Behörde die Teilung z.B. eines bereits bebauten Grundstücks im Außenbereich in Unkenntnis weiterer Bebauungsabsichten genehmigt hat, obwohl es offensichtlich war, daß mit der Teilung eine solche unzulässige Nutzung bezweckt war, so kann eine anschließend beantragte Baugenehmigung sehr wohl aus den in § 20 Abs. 2 BBauG angeführten Gründen versagt werden, ohne daß § 21 Abs. 1 BBauG dem entgegenstehe.

§ 20 Abs. 2 BBauG stellt die Versagung der Teilungsgenehmigung in das Ermessen der Behörde unter der Voraussetzung, daß mit der Teilung offensichtlich eine nach § 20 Abs. 1 unzulässige Nutzung bezweckt oder ihre Vorbereitung beabsichtigt ist. Das löst — erstens — die Genehmigungsbehörde von der bisherigen Beschränkung des Genehmigungsgegenstandes auf die Angaben des Eigentümers und — jetzt — der anderen Beteiligten. Es soll zweitens die Behörde nicht nötigen, sondern davon abhalten, von Amts wegen Ermittlungen über etwaige nicht offenbarte und nicht offensichtliche unzulässige Teilungszwecke anzustellen. Und es grenzt drittens den Spielraum, innerhalb dessen die Genehmigung versagt werden kann, auf die Fälle offensichtlicher unzulässiger Nutzungsabsichten ein. Fehlt es an Versagungsgründen des § 20 Abs. 1 und auch an einer Offensichtlichkeit der Versagungsgründe des § 20 Abs. 2 BBauG, so ist die Genehmigung zu erteilen bzw. das Zeugnis nach § 23 Abs. 2 BBauG auszustellen, daß die Teilung der Genehmigung nicht bedarf.

Umstände, die einen mit der Teilung unzulässigerweise verfolgten Bebauungszweck offensichtlich machen, können sich aus den Einzelheiten des Teilungskaufs selbst und/oder aus sonstigen Anzeichen ergeben. Als Indizien kommen insoweit — in der Regel in Verbindung miteinander — z.B. in Betracht die Höhe des Kaufpreises, wenn sich dieser dem Baulandpreis annähert, der Zuschnitt und die Größe des Teilgrundstücks oder seine besondere örtliche Lage, etwa in einem durch Streu- oder Splittersiedlung geprägten Bereich, in der Randlage zu bebauten Ortsteilen, in einer begehrten Erholungslandschaft oder an einem Weg, ferner der auswärtige Wohnsitz des Erwerbers oder dessen landwirtschaftsfremder Beruf, oder auch die Werbung für den Kauf des Teilgrundstücks für Wohn- und Wochenendhausnutzung in Zeitungen oder anderen Werbeträgern.

Die Wertung des Oberverwaltungsgerichts, der Kaufpreis von 18 DM/qm, die Größe der Teilgrundstücke von 1 150 qm, ihre Lage an einem Weg und der Umstand, daß die Erwerber keine Landwirte sind und weit entfernt wohnen, machten es offensichtlich, daß die Teilung zum Zwecke der Bebauung vorgenommen werden sollte, begegnet hiernach keinen revisionsrechtlichen Bedenken. Die Offensichtlichkeit des Bebauungszweckes wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß auch in dem Vertrage eine Bebauung erst für den Zeitpunkt ins Auge gefaßt wird, in dem etwa die Bebauung zulässig werden sollte; denn auch unter dieser Voraussetzung

ist die Stückelung des bisher landwirtschaftlich genutzten Grundstücks — selbst ohne unmittelbare Bebauung — mit dem gesetzlichen Schutz des Außenbereichs nicht zu vereinbaren, wie bereits näher dargelegt worden ist.

§ 20 Abs. 2 BBauG und die damit verbundene Genehmigungspflicht im Rahmen des § 19 Abs. 1 BBauG verstoßen nicht, wie die Revision meint, gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Die Genehmigungspflicht als solche bedeutet nur, daß die Grundstücksteilung einem Verfahren unterworfen wird, in dem die öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeit geprüft wird. Eine solche „formale Last“ ist eine zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums.

Allerdings ist im Außenbereich mit der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit einer Grundstücksteilung in der Regel auch die Frage der Versagung der Genehmigung entschieden. Wenn eine Teilung genehmigungsbedürftig ist, weil sie zum Zweck der Bebauung vorgenommen wird, dann ist die Genehmigung zu versagen, wenn die Bebauung nach § 35 BBauG unzulässig wäre. Folglich können mit Hilfe der §§ 19 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 2 BBauG Grundstücksteilungen im Außenbereich verhindert werden, wenn dort eine bauliche Nutzung nach § 35 BBauG nicht zulässig ist. Auch mit dieser materiellen Auswirkung ist die Regelung eine gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zulässige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Zwar garantiert Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG neben der grundsätzlichen Privatnützigkeit auch die grundsätzliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers. Gesetzliche Einschränkungen der Verfügungsfreiheit müssen jedoch hingenommen werden, soweit sie zur Wahrung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit geboten sind. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert nicht die Freiheit zur Verfügung über das Eigentum in jeder nur denkbaren Weise. So kann der Gesetzgeber die gestückelte Veräußerung von Vermögensgegenständen verbieten, wenn die Stückelung wichtigen Gemeinschaftsinteressen zuwiderläuft. Dies ist der Fall — wie schon ausgeführt — beim Teilungskauf von Grundstücken im Außenbereich. Angesichts der geschilderten möglichen Auswirkungen ist es sachgerecht, Teilungskäufe im Außenbereich zu unterbinden, hinter denen Bauabsichten — wenn auch langfristiger Art — stehen. Darin liegt keine ungerechtfertigte, auch keine übermäßige Einschränkung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers. An einer ungeteilten Veräußerung seines Grundstücks ist der Eigentümer nicht gehindert. Zwar wird er bei einer Stückelung im allgemeinen einen insgesamt höheren Preis erzielen können. Jedoch garantiert Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG dem Eigentümer diejenige Art der Verwertung seines Eigentums, die den höchsten Gewinn verspricht, jedenfalls dann nicht, wenn sie Gemeinschaftsinteressen beeinträchtigen kann.

Nach alledem ist das Berufungsgericht zu Recht zu der Entscheidung gelangt, daß wegen des offensichtlichen Bebauungszwecks der Grundstücksteilung eine Genehmigungspflicht nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 (in Verbindung mit § 20 Abs. 2) BBauG bestand und daß die Kläger deshalb ein Negativzeugnis nach § 23 Abs. 2 BBauG nicht beanspruchen können.

Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob die Teilung „nach den Angaben der Beteiligten der Vorbereitung einer Bebauung dient“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 3 letzte Alternative), kommt es mithin nicht entscheidungserheblich an; das Berufungsurteil beruht auch nicht auf diesen Darlegungen. Gleichwohl sei zur Klarstellung bemerkt, daß das Berufungsgericht den Inhalt dieser Regelung verkannt hat: Für ihre Anwendung ist es unerheblich, ob eine Bebauung zeit-

lich weit entfernt ist und vom Eintritt von Ereignissen abhängt, auf welche die Beteiligten keinen Einfluß haben, wie hier von der Planung der Gemeinde. Dieser neu eingeführte Genehmigungstatbestand ist vielmehr ein Unterfall des Tatbestandes, daß die Teilung „zum Zweck der Bebauung oder der kleingärtnerischen Dauernutzung vorgenommen wird“. Ebenso ist in § 20 Abs. 2 Satz 2 BBauG der Fall, daß offensichtlich die Vorbereitung einer unzulässigen Bebauung beabsichtigt ist, nur ein Unterfall des offensichtlichen Bezweckens einer nach § 20 Abs. 1 rechtserheblichen Nutzung (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BBauG). Der Gesetzgeber will mit der ausdrücklichen Erwähnung des „Vorbereitungstatbestandes“ in § 19 Abs. 1 Nr. 3 BBauG klarstellend hervorheben; daß — anders als nach der bisherigen Rechtsprechung — auch Angaben anderer Beteiligter als des Eigentümers zur Genehmigungsbedürftigkeit der Teilung führen können und daß nicht nur die vom Ersterwerber, sondern auch die von einem nachfolgenden Erwerber zu verwirklichende Bebauung zählt (vgl. BT-Drucks. 8/2451, zu Nr. 6, § 19, S. 41). Bodenverkehrsrechtlich erheblich ist bei der Teilung eines Grundstücks im Außenbereich nämlich die Nutzung, die bezweckt wird. Unerheblich ist, wer von den Beteiligten oder ob überhaupt jemand erklärt, welcher Nutzungszweck verfolgt wird. Unerheblich ist deshalb, wem die Umstände zuzurechnen sind, die den tatsächlich verfolgten Nutzungszweck offensichtlich werden lassen. Unerheblich ist schließlich, wer den bodenverkehrsrechtlich erheblichen Nutzungszweck verwirklichen will. Deshalb kann auch der Umstand, daß die Verwirklichung der Bebauung ungewiß und zeitlich nicht absehbar ist, bodenverkehrsrechtlich nicht unterschiedliche Folgen haben je nach dem, ob eine „Bebauung bezweckt“ oder ob sie „vorbereitet“ wird. Wenn Teilungen, die im Hinblick auf ungewisse Bebauungschancen vorgenommen werden, bodenverkehrsrechtlich erheblich sind, erstreckt sich die Sicherungsfunktion des Bodenverkehrsrechts auch auf sie.

E.

Kostenrecht

21. KostO § 40 Satz 1, § 41 Abs. 3 Satz 1, § 44 Abs. 1, § 156 Abs. 5 (Bewertung von Vollmachten bei Mitberechtigten)

1. Mitberechtigter im Sinne der Vorschriften des § 40 Satz 1 KostO und § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO ist jeder, der zusammen mit anderen am Gegenstand des Geschäfts ein Recht besitzt oder erwirbt. Die gleichzeitige Übernahme einer Verpflichtung steht nicht entgegen.

2. Erteilen mehrere in Rechtsgemeinschaft stehende Personen in einer Urkunde Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsgeschäft, so haben ihre Erklärungen einen Gegenstand. Sind die Erklärenden an dem Gegenstand des Geschäfts nur mitberechtigt, so sind ihre Anteile zusammenzurechnen.

BayObLG, Beschluß vom 20.5.1985 — BReg. 3 Z 211/84 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten sind zu gleichen Teilen Miterben ihrer Mutter. Zur Urkunde des beteiligten Notars wurde an sie Wohnungseigentum „zum Eigentum in Erbengemeinschaft“ verkauft und aufgelassen; der Kaufpreis betrug 467.500 DM. Die Beteiligten unterwarfen sich wegen aller Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Sie wurden bei Vertragsabschluß von ihrem Vater vertreten; diesem war privatschriftliche Vollmacht erteilt worden, im Namen der Erbengemeinschaft Wohnungs-

eigentum zu kaufen. Die Beteiligten verpflichteten sich, Vollmachtsbestätigung in öffentlich beglaubigter Form nachträglich beizubringen.

Der Notar erstellte auftragsgemäß getrennt für die Beteiligten zu 1) und 4), gemeinsam für die Beteiligten zu 2) und 3) den Entwurf einer mit „Genehmigung — Vollmachtsbestätigung“ überschriebenen Urkunde, in der vom Inhalt der obenbezeichneten Urkunde Kenntnis genommen, diese genehmigt und eine etwa zum Abschluß erteilte Vollmacht bestätigt wurde. Die Unterschriften wurden von den Beteiligten in notariell beglaubigter Form an den Wohnorten geleistet.

2. Für die Fertigung der Entwürfe setzte der Notar in der Kostenberechnung u.a. für jeden der Beteiligten gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4, § 41 Abs. 1, § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO eine halbe Gebühr aus einem Geschäftswert von 467.500 DM an.

Der Präsident des Landgerichts wies den Notar an, hierzu die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Er vertrat die Auffassung, der Geschäftswert für die vier Gebühren nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO habe sich gemäß § 41 Abs. 3 KostO in Verbindung mit § 40 Satz 2 KostO nach der Beteiligung an dem Gesamthandsvermögen bestimmt. Der Notar war demgegenüber der Meinung, die genannten Vorschriften seien nicht anzuwenden, weil die Beteiligten nach der Urkunde nicht nur mitberechtigt, sondern hinsichtlich des Kaufpreises und der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung mitverpflichtet seien; bei Vorliegen einer Mitverpflichtung aber kämen die beiden Vorschriften nicht in Betracht.

Bei der Anhörung nach § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO beanstandete der Präsident des Landgerichts ferner, daß der Notar bezüglich der Beteiligten zu 2) und 3) die Vorschrift des § 44 KostO nicht angewandt habe.

Das vom Notar angerufene Landgericht änderte die Kostenberechnung — geringfügig — ab und ließ die weitere Beschwerde zu. Es ging zunächst davon aus, daß sich der Geschäftswert nicht nach dem Anteil der Beteiligten an der Erbengemeinschaft bestimme; die Vollmacht betreffe nämlich nicht nur die Mitberechtigung der Beteiligten am Eigentumserwerb, sondern auch ihre gesamtschuldnerische Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises. § 41 Abs. 3 KostO und § 40 Satz 2 KostO sprächen nur von einer Mitberechtigung, nicht aber von einer gleichzeitigen Mitverpflichtung; eine erweiternde Auslegung komme wegen des Ausnahmecharakters der Bestimmungen nicht in Betracht. Im übrigen bestünden auch Bedenken, die Vorschrift des § 41 Abs. 3 KostO auf Fälle anzuwenden, in denen ein Mitberechtigter Vollmacht nicht einem anderen Mitberechtigten, sondern einem Dritten erteile.

Der Notar habe in der Kostenberechnung allerdings nicht berücksichtigt, daß für die Beteiligten zu 2) und 3) nur ein Entwurf erstellt worden sei und deshalb gemäß § 44 Abs. 2 a KostO insoweit nur eine — halbe — Gebühr aus dem zusammengerechneten Wert von 935.000 DM hätte angesetzt werden dürfen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat Erfolg; die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO; § 550 ZPO).

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Landgericht die Nachprüfung der Kostenberechnung auf die Nichtanwendung des § 44 KostO hinsichtlich der Beteiligten zu 2) und 3) sowie auf die Frage beschränkt hat, welcher Wert den halben Gebühren nach § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO zugrunde zu legen ist. In den Fällen, in denen der Notar auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde gemäß § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO die Entscheidung des Landgerichts beantragt hat, unterliegen nur die in der Anweisungsverfügung beanstandeten Punkte der Nachprüfung durch das Landgericht (h.M., statt vieler *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Stand November 1984 § 156 Anm. V 2 h m.w.Nachw.); zu berücksichtigen ist dabei auch der Inhalt der nach § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO vom Präsidenten abgegebenen Stellungnahme (OLG Celle DNotZ 1961, 85; *Rohs/Wedewer* aaO). Danach war vom Landgericht nur darüber zu befinden, ob der Notar zu Recht § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO in Verbindung mit § 40 Satz 2 KostO sowie § 44 KostO bezüglich der Beteiligten zu 2) und 3) nicht angewendet hat.

2. Das Landgericht hätte die Wertberechnung des Notars nicht bestätigen dürfen.

Nach § 41 Abs. 1 KostO ist bei der Beurkundung von Vollmachten zum Abschluß eines bestimmten Rechtsgeschäfts grundsätzlich der für dieses maßgebende Wert zugrunde zu legen. Stellt jedoch ein Mitberechtigter eine Vollmacht aus, so bestimmt sich gemäß § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO der Wert ausnahmsweise nach seinem Anteil; bei Mitberechtigten zur gesamten Hand ist der Anteil gemäß § 41 Abs. 3 Satz 2, § 40 Satz 2 KostO entsprechend der Beteiligung an dem Gesamtvermögen zu bemessen. Anteil des Mitberechtigten ist sein Anteil am Gegenstand des Geschäfts (arg. § 40 Satz 1, § 41 Abs. 3 Satz 2, § 18 Abs. 1 KostO).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind die Beteiligten als Mitberechtigte im Sinne von § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO anzusehen, da sie an dem Gegenstand des Geschäfts, dem Wohnungs- und Teileigentum, Eigentum zur gesamten Hand erwerben sollten (§§ 873, 925, 2032 BGB). Der Anwendung der Vorschrift steht nicht entgegen, daß sie sich in dem beurkundeten Rechtsgeschäft auch zur Kaufpreiszahlung verpflichteten und sich hinsichtlich aller Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterwarfen.

Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO ist diese Ausnahmevorschrift — ebenso wie die des § 40 Satz 1 KostO — dann anzuwenden, wenn der Vollmachtgeber am Gegenstand des Geschäfts mitberechtigt ist. Nur diese Mitberechtigung ist danach als Voraussetzung der Anwendung erforderlich, aber auch genügend. Somit läßt schon die sprachliche Fassung der Vorschrift die Auslegung nicht zu, daß der am Gegenstand des Geschäfts mitberechtigte Vollmachtgeber sich dann nicht auf § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO berufen könne, wenn er in dem Geschäft auch Verpflichtungen übernommen habe. § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO ist vielmehr — ebenso wie § 40 Satz 1 KostO — allenfalls dann nicht anwendbar, wenn der Vollmachtgeber aus dem Geschäft nur verpflichtet wird, ohne an dessen Gegenstand mitberechtigt zu sein (wie hier OLG Karlsruhe Rpfleger 1964, 383 zu § 95 Abs. 2 Satz 1 KostO, ferner *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 10. Aufl. § 40 Rdnr. 6; *Mümmeler* JurBüro 1983, 1607/1612; ebenso wohl auch LG Aurich JurBüro 1967, 149 mit zustimmender Anmerkung von *Tschischgale*; *Rohs/Wedewer* § 40 Anm. II und III; *Göttlich/Mümmeler* KostO 8. Aufl. Zustimmungserklärungen S. 1371; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. § 40 Anm. 2 d und 4; *Jonas/Melsheimer/Stemmler/Hornig* Reichskostenordnung 4. Aufl. § 33 Anm. II 1; *Hartmann* Kostengesetze 21. Aufl. § 40 KostO Anm. 1 A; *Ackermann* JurBüro 1967, 772; a.A. *Höfer* Praxis des Kostenrechts der Notare S. 94). Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage — der Auswirkung der sog. reinen Mitverpflichtung — bedarf es hier allerdings ebenso wenig wie derjenigen, ob die gleichen Grundsätze etwa auch für die Vorschriften des § 93 Abs. 1 Satz 2 KostO und § 95 Abs. 2 Satz 1 KostO zu gelten haben, die ebenfalls den Begriff des Mitberechtigten verwenden (vgl. hierzu BayObLG JurBüro 1968, 1011; OLG Zweibrücken KostRsp § 93 KostO Nr. 2).

Schließlich steht der Anwendung des § 41 Abs. 3 Satz 1 KostO nicht entgegen, daß die Beteiligten ihrem Vater, nicht einem Mitglied der Erbengemeinschaft Vollmacht erteilt haben. Nach dem gesetzlichen Wortlaut kommt es nur darauf an, daß der Vollmachtgeber ein Mitberechtigter ist; die Person des Vertreters ist insoweit ohne Belang.

3. Rechtlichen Bedenken begegnen auch die Ausführungen des Landgerichts zu § 44 KostO.

Richtig ist, daß der vom Notar für die Beteiligten zu 2) und 3) erstellte Entwurf mehrere Erklärungen enthält, da jeder der beiden Beteiligten eine Erklärung abgegeben hat. Entgegen der Auffassung des Landgerichts haben diese Erklärungen aber nicht einen verschiedenen Gegenstand (§ 44 Abs. 2 KostO). Erteilen — wie hier — mehrere in Rechtsgemeinschaft stehende Personen in einer Urkunde Vollmacht zu einem bestimmten Geschäft, so liegt nur ein Gegenstand vor (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO). Gegenstand der Beurkundung einer Vollmacht ist nämlich nicht die Beziehung des einzelnen Vollmachtgebers zum Bevollmächtigten, sondern das Geschäft, zu dessen Ausführungen die Vollmacht ermächtigt (vgl. KG DNotZ 1970, 545; *Rohs/Wedewer* § 40 Anm. II; *Korintenberg* § 41 Rdnr. 14 und 15, § 44 Rdnr. 115; *Göttlich/Mümmeler* Vollmacht S. 1234). Somit ist nur eine Gebühr von dem Wert des Gegenstandes dieses Geschäfts zu erheben (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO). Sind die Vollmachtgeber daran nur mitberechtigt, so sind ihre Anteile zusammenzurechnen (*Göttlich/Mümmeler* aaO).

4. Für den vorliegenden Fall ergibt sich danach im einzelnen folgendes:

Die vier Beteiligten sind Miterben zu gleichen Teilen. Für die Beteiligten zu 1) und 4), für die der Notar getrennte Entwürfe gefertigt hat, ist demnach der Geschäftswert der von ihnen erklärten Bevollmächtigung gleich einem Viertel des in der Urkunde vom 25.9.1981 vereinbarten Kaufpreises von 467.500 DM nämlich 116.875 DM (§ 41 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 40 Satz 2, § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO); jeder von ihnen hat somit nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO eine halbe Gebühr an den Notar zu entrichten.

Für den Entwurf bezüglich der Beteiligten zu 2) und 3) kann der Notar nur eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO fordern, welcher der Wert ihrer beiden Anteile von zusammen 233.750 DM zugrunde zu legen ist.

22. GBO §§ 13, 15; KostO § 2 Nr. 1, § 14 Abs. 3 (*Kostenhaftung und Auslegung von Grundbuchanträgen*)

1. Stellt der Notar gemäß § 15 GBO „namens der Beteiligten“ den Antrag, eine Hypothek einzutragen, so ist auch der Gläubiger Antragsteller und Kostenschuldner, sofern nicht klar erkennbar ist, daß für ihn kein Antrag gestellt werde.

2. Nimmt der Notar auf einen Antrag Bezug, der in einer von ihm erstellten Urkunde enthalten ist, so gilt diese Bezugnahme regelmäßig nur dem Inhalt des Antrages.

3. Grundbuchanträge unterliegen der selbständigen und uneingeschränkten Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht im Kostenansatzverfahren, wenn eine gerichtliche Entscheidung über sie im Grundbuchverfahren nicht ergangen ist.

4. Die Vertretungsbefugnis des Notars wird nach § 15 GBO bezüglich der sämtlichen Antragsberechtigten (widerleglich) vermutet, sie ist weder von ihrem Auftrag noch ihrem Einverständnis abhängig.

BayObLG, Beschluß vom 24.4.1985 — BReg. 3 Z 30/85 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

In zwei getrennten notariellen Urkunden vom 20.5.1983 erklärten die Beteiligten zu 1) jeweils, sie seien als Grundstückseigentümer mit der Beteiligten zu 2) einig, daß dieser für eine Darlehensforderung samt

Nebenleistungen je eine Hypothek in Höhe von 77.700,— DM an den Pfandgrundstücken bestellt werde. Erklärungen der Beteiligten zu 2), die bei der Beurkundung nicht anwesend war, enthalten die Urkunden nicht.

Unter der Überschrift „Eintragung der Hypotheken“ enthalten die beiden Urkunden u.a. folgende Bestimmungen:

Der Grundstückseigentümer bewilligt und beantragt, die Hypothek sowie die Unterwerfung des jeweiligen Grundstückseigentümers unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch . . . einzutragen . . . Grundstückseigentümer verzichtet dem Grundbuchamt gegenüber auf eine einseitige Rücknahme der Anträge.

Im Abschnitt „Ausfertigung und Kosten“ ist bestimmt, daß die Beteiligten zu 1) die Kosten der Beurkundung und der Eintragung als Gesamtschuldner tragen.

Der Notar legte die beiden Urkunden dem Grundbuchamt je mit folgendem Begleitschreiben vor:

Namens der Beteiligten lege ich — nicht als Bote — gemäß § 15 GBO vor: beglaubigte Abschrift der dlesamtlichen Urkunde URNr. . . . und beantrage den Vollzug sämtlicher Eintragungsanträge . . .

Die Eintragungen wurden im Grundbuch vollzogen.

2. Der Kostenbeamte nahm zunächst die Beteiligten zu 1) für Eintragungskosten in Höhe von 624,60 DM in Anspruch. Eine Bezahlung der Kostenrechnung durch die Beteiligten zu 1) konnte nicht erreicht werden. Daher wurde für die Beteiligte zu 2) am 12.1.1984 eine gleichlautende Kostenrechnung erstellt.

Die Beteiligte zu 2) legte am 21.2.1984 Erinnerung ein und trug vor, sie sei nicht Kostenschuldnerin geworden, weil der Notar Eintragungsanträge nur im Namen der Beteiligten zu 1) gestellt habe. Der Rechtspfleger wies die Erinnerung mit Beschluß vom 7.3.1984 zurück. Hiergegen legte die Beteiligte zu 2) „Beschwerde“ ein, die dem Landgericht vorgelegt wurde.

Das Landgericht wies nach Anhörung der Staatskasse das Rechtsmittel der Beteiligten zu 2) als unbegründet zurück und ließ die weitere Beschwerde zu.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist statthaft und zulässig (§ 14 Abs. 3 und 4 KostO). In der Sache hat sie keinen Erfolg. Das Landgericht hat angenommen, daß die Beteiligte zu 2) ebenfalls Kostenschuldnerin ist; dies läßt einen Rechtsfehler (§ 14 Abs. 3 KostO, § 550 ZPO) nicht erkennen.

1. Nach § 2 Nr. 1 KostO ist bei Geschäften, die — wie die Eintragung einer Hypothek (§ 13 Abs. 1 GBO) — nur auf Antrag vorzunehmen sind, jeder, der die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt, Kostenschuldner. Wird der Antrag von einem Vertreter gestellt, ist nur der Vertretene als Antragsteller anzusehen. Stellt ein Notar, der eine zur Eintragung erforderliche Erklärung beurkundet hat, Vollzugsantrag nach § 15 GBO, so ist Antragsteller und Kostenschuldner der von ihm im Antrag vertretene Antragsberechtigte (*Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Stand November 1984 § 2 Rdnr. 5; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 10. Aufl. § 2 Rdnr. 27 und 50; *Göttlich/Mümmeler* KostO 8. Aufl. Kostenschuldner 1.11. S. 746). Sind mehrere Antragsberechtigte vorhanden und gibt der Notar nicht an, für wen er Antrag stellt oder läßt der Antrag dies nicht zweifelsfrei erkennen, so ist nach ganz allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum der Antrag als im Namen aller Antragsberechtigten gestellt anzusehen (*BayObLGZ* 1972, 204/215 m.w.N.). Dies gilt nur dann nicht, wenn sich aus den Umständen, z.B. aus der Urkunde selbst, eindeutig ergibt, daß er für bestimmte Antragsberechtigte nicht gestellt sein soll (vgl. hierzu *Horber* GBO 16. Aufl. § 15 Anm. 4 b; *Meike/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. § 15 GBO Rdnr. 11; *Hesse/Saage/Fischer* GBO 4. Aufl. § 15 Rdnr. 17; *Brand/Schnitzler* Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis 9. Aufl. S. 81; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 72 a).

Die Beteiligte zu 2) kann danach gegen die Inanspruchnahme als Kostenschuldnerin nicht einwenden, die Anträge des Notars hätten nicht zweifelsfrei erkennen lassen, daß sie auch in ihrem Namen gestellt wären. Sie ist vielmehr nur dann nicht Kostenschuldnerin, wenn sich ergibt, daß die Anträge nach den Umständen zweifelsfrei nicht für sie gestellt werden sollten. Dies aber kann nicht festgestellt werden.

Grundbuchanträge unterliegen der selbständigen und uneingeschränkten Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht (*BayObLG Rpfleger* 1979, 106 [= *DNotZ* 1979, 428]; *Horber* § 78 Anm. 3 A b; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 22). Dem steht hier nicht entgegen, daß die Anträge des Notars nicht im Kostenansatzverfahren, auf das sich die Rechtsbeschwerde bezieht, sondern im Eintragungsverfahren gestellt worden sind; in diesem ist eine — möglicherweise bindende — gerichtliche Entscheidung über den Inhalt der Anträge nicht ergangen (vgl. *BGH NJW* 1959, 2119).

Die Auslegung der notariellen Anträge — nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB — läßt nicht klar erkennen, daß sie für die Beteiligte zu 2) nicht gestellt werden sollten.

Die Formulierung „namens der Beteiligten“ hätte die Beteiligte zu 2) als Antragstellerin nur dann zweifelsfrei ausgeschlossen, wenn darauf hingewiesen worden wäre, daß damit allein die formell an der Beurkundung Beteiligten im Sinne von § 6 Abs. 2 BeurkG gemeint seien; zu diesen gehörte die Beteiligte zu 2) nicht. Ein solcher Hinweis fehlte. Ohne ihn aber stand für einen unbefangenen Betrachter nicht mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Klarheit fest (vgl. hierzu *BayObLG Rpfleger* 1980, 19 [= *MittBayNot* 1979, 236]), daß die Beteiligte zu 2) von der Antragstellung ausgeschlossen sein sollte. Ein unbefangener Betrachter konnte nämlich den insoweit mehrdeutigen Begriff des Beteiligten sowohl auf materiell an den Beurkundungen beteiligte Personen als auch auf die materiell und/oder formell Beteiligten der Eintragungsverfahren beziehen, die von den Anträgen des Notars eingeleitet wurden (vgl. hierzu *Jansen* § 6 Rdnr. 5). Zu den materiell Beteiligten der Eintragungsverfahren zählte auch die Beteiligte zu 2), da sie durch die Eintragung begünstigt werden sollte. Darüber hinaus bestand für sie als Begünstigte die Möglichkeit, sich nach § 13 Abs. 2 GBO auch formell — als Antragstellerin — an den Verfahren zu beteiligen. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob sie auch an den Beurkundungen materiell beteiligt war.

Ein eindeutiger Ausschluß der Beteiligten zu 2) von der Antragstellung ergab sich hier auch nicht daraus, daß in den Urkunden, auf die der Notar in seinem Begleitschreiben Bezug nahm, nur Anträge der Beteiligten zu 1) enthalten waren.

Selbst wenn man annimmt, mit der Formulierung „. . . und beantrage den Vollzug sämtlicher Eintragungsanträge“ habe sich der Notar nur auf die in den Urkunden wiedergegebenen Anträge der Beteiligten zu 1) bezogen, so folgt daraus nicht eindeutig, daß er nur namens dieser Beteiligten Anträge stelle. Die Verweisung auf Anträge, die in einer Urkunde enthalten sind, gilt regelmäßig nur ihrem Inhalt, dessen Wiederholung im Antrag nach § 15 GBO vermieden werden soll (so schon *RG HRR* 1932 Nr. 1468). Aus ihr allein läßt sich daher nicht schließen, der Notar stelle Antrag nur namens derjenigen Antragsberechtigten, die bereits in der Urkunde Eintragungen beantragt hatten. Hier kommt hinzu, daß auch die Antragstellung „namens der Beteiligten“, wie dargelegt, eine Beschränkung der Antragstellung auf die Beteiligten zu 1) nicht zweifelsfrei ergeben hat (vgl. für die Einlegung von Beschwerden *BayObLG JFG* 9, 199/202).

Verschiedentlich ist allerdings angenommen worden, der Notar handle, wenn er eine Urkunde beim Grundbuchamt einreiche, die nur Anträge bestimmter Antragsberechtigter — z.B. der Grundstückseigentümer — enthalte, immer nur namens dieser, nicht aber anderer Berechtigter (KG JVBl 1941, 61; OLG Hamburg MDR 1954, 492; LG Bayreuth Rpfleger 1980, 475 mit kritischer Anmerkung von Meyer-Stolte; Horber § 15 Anm. 4 b; Meikel/Imhof/Riedel § 15 Rdnr. 11). Ob diese Auffassung mit den zur Vorschrift des § 15 GBO von Rechtsprechung (vgl. z.B. RG aaO) und Schrifttum entwickelten Grundsätzen vereinbar ist und ob nicht insbesondere dann, wenn im Hinblick auf § 19 GBO nur der Betroffene die Eintragung bewilligen muß, eine andere Auslegung geboten ist (vgl. Meyer-Stolte aaO S. 476), braucht nicht näher untersucht zu werden. Wie bereits ausgeführt, bleibt im vorliegenden Fall die Beschränkung der Antragstellung auf die Beteiligten zu 1) bereits zweifelhaft, weil der Notar Antrag „namens der Beteiligten“ gestellt hat. Eine solche Antragstellung lag den angeführten Entscheidungen ersichtlich nicht zugrunde; sie können hier schon deshalb nicht herangezogen werden.

Nach alledem war — im Zeitpunkt der Eintragung — zweifelhaft, für wen der Notar Antrag gestellt hat; es ist daher davon auszugehen, daß er namens aller Antragsberechtigten, somit auch der Beteiligten zu 2) tätig geworden ist.

2. Eine Antragstellung namens der Beteiligten zu 2) scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Notar, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht, zur Antragstellung für sie nicht ermächtigt war.

Die Vertretungsbefugnis des Notars wird nach § 15 GBO vermutet; sie ist weder vom Antrag noch vom Einverständnis des oder der Antragsberechtigten abhängig. Die Vermutung ist allerdings widerlegbar. Der Gegenbeweis kann sich u.a. bereits aus der Urkunde selbst oder anderen Eintragungsunterlagen ergeben. Im Interesse der im Grundbuchrecht gebotenen Klarheit muß es sich aber um die Ermächtigung des Notars eindeutig ausschließende, nach außen sichtbar gewordene Umstände handeln, z.B. Erklärungen der Beteiligten. Auch ein nachträglicher Widerruf der vermuteten Vollmacht durch den Antragsberechtigten ist möglich; nach antragsgemäßer Eintragung ist er jedoch nicht mehr beachtlich (BayObLG MittBayNot 1983, 232 = JurBüro 1984, 101 = Rpfleger 1984, 96 m.w.N.; OLG Zweibrücken Rpfleger 1984, 265).

Danach scheidet ein Widerruf durch die Beteiligten zu 2) von vornherein aus. Sie hat erstmals am 21.2.1984, also nach der am 13.6.1983 vorgenommenen Eintragung, Einwendungen gegen ihre Verpflichtung zur Kostentragung erhoben, weil es an der Antragstellung des Notars fehle. Schon deshalb kann darin ein wirksamer Widerruf der gesetzlichen Vollmacht nicht gesehen werden. Auch eine Antragsrücknahme war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich (BayObLG aaO).

Den Eintragungsunterlagen sind auch, entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, hinreichende Umstände für den Ausschluß der Antragsvollmacht des Notars nicht zu entnehmen.

Die Beteiligten zu 2) zählt nach § 13 Abs. 2 GBO als von der Eintragung der Hypotheken begünstigte Gläubigerin zum Kreis der Antragsberechtigten. Die Vermutung des § 15 GBO hängt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur von der Antragsberechtigung ab. Diese hat nicht zur Voraussetzung, daß der von der Eintragung Betroffene oder Begünstigte an den Rechtsgeschäften mitgewirkt hat, die der Eintragung zu grunde liegen (§ 13 Abs. 2 GBO). Daß Erklärungen der Beteiligten zu 2) in den notariellen Urkunden nicht enthalten sind,

hat somit die Antragsbefugnis des Notars unberührt gelassen. Dieser Umstand ist daher auch nicht geeignet, deren gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Das gleiche gilt, soweit die Rechtsbeschwerde vorträgt, der Notar sei nicht ausdrücklich mit der Antragstellung beauftragt worden. Die Vorschrift des § 15 GBO findet ihre Rechtfertigung u.a. in der Erfahrung, daß der Wille der Beteiligten regelmäßig auf die Besorgung der ganzen Grundbuchelegenheit durch den Notar gerichtet ist (statt vieler Horber § 15 Anm. 1). Darum ist, solange dieser Wille eines Beteiligten unterstellt werden kann, entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde eine ausdrückliche Beauftragung nicht Voraussetzung der Vertretungsbefugnis des Notars. Das Fehlen eines ausdrücklichen Auftrags ist darum für sich allein auch nicht geeignet, der Vermutung des § 15 GBO den Boden zu entziehen. Ob andere Bank- oder Kreditinstitute den Notar ausdrücklich beauftragen, worauf erst im Rechtsbeschwerdeverfahren hingewiesen worden ist, kann bei dieser Sachlage auf sich beruhen. Ein Vergleich der von diesen und von der Beteiligten zu 2) verwendeten Beurkundungsvordrucke ergäbe nämlich nur, daß die Beteiligten zu 2) ausdrückliche Aufträge nicht erteilt hat. Das aber steht außer Streit.

Weitere Umstände, denen zuverlässig hätte entnommen werden können, die Beteiligten zu 2) wünsche eine Antragstellung durch den Notar nicht, sind nicht ersichtlich.

Die Rechtsbeschwerde weist vielmehr selbst darauf hin, daß die Beteiligten zu 2) wirtschaftlich an der Eintragung der Grundpfandrechte interessiert gewesen sei; bei verständiger Betrachtung mußte ihr daran gelegen sein, die erstrebte dingliche Sicherung zu erlangen. Es lag darum in ihrem Interesse, daß Anträge auch in ihrem Namen gestellt wurden. Nur dann konnte sie sicher sein, daß die Anträge ohne ihre Mitwirkung nicht zurückgenommen wurden (vgl. hierzu Horber § 15 Anm. 5 c, § 31 Anm. 2 c) und evtl. bestehende Eintragungshindernisse auch ihr bekannt wurden (§ 18 Abs. 1 GBO).

Das Interesse der Beteiligten zu 2) an der eigenen Antragstellung entfiel nicht deshalb, weil die Beteiligten zu 1) in den Urkunden gegenüber dem Grundbuchamt auf einseitige Rücknahme ihrer Anträge verzichtet hatten. Die einseitige Rücknahme wäre durch den Verzicht nicht gehindert worden (BayObLGZ 1972, 204/215; Horber § 13 Anm. 8 d; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann Grundbuchrecht 3. Aufl. § 13 Rdnr. 50).

Schließlich steht der Vermutung des § 15 GBO nicht entgegen, daß sich die Beteiligten zu 1) in den notariellen Urkunden verpflichtet, die Kosten des Grundbuchvollzuges zu tragen. Die erklärte Kostenübernahme stellt nur klar, daß im Innenverhältnis der Beteiligten die Kosten des Vollzuges die Beteiligten zu 1) treffen. Dies kann allenfalls ein Anhalt dafür sein, daß die Beteiligten zu 2) bestrebt war, nach Möglichkeit — jedenfalls im Verhältnis zu den Beteiligten zu 1) — nicht mit Vollzugskosten belastet zu werden. Es ergibt sich aber wegen der dargelegten Interessen der Beteiligten zu 2) an der Eintragung daraus nicht, sie habe aus Kostenersparnisgründen an den Grundbuchverfahren nicht mitwirken wollen (vgl. BayObLG MittBayNot 1983, 232/233 = JurBüro 1984, 101/102 = Rpfleger 1984, 96/97). Schließlich wäre es der Beteiligten zu 2) möglich gewesen, bereits zur Zeit der Antragstellung eine die Wirkung des § 15 GBO ausschließende Erklärung abzugeben.

Nach alledem war — im Zeitpunkt der Eintragung — die Vermutung nicht widerlegt, der Notar sei für die Eintragungsanträge namens der Beteiligten zu 2) nach § 15 GBO bevollmächtigt gewesen.

Steuerrecht

23. EStG §§ 6, 7 b, 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7; Berlin FG § 15; WEG §§ 1 Abs. 5, 6 Abs. 1, § 13 Abs. 2, § 16 Abs. 1 (*Kaufpreisaufteilung bei Erwerb einer Eigentumswohnung*)

1. Die Anschaffungskosten einer Eigentumswohnung sind zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG nach dem Verhältnis der Verkehrswerte des Boden- und des Gebäudeanteils aufzuteilen.

2. Die Verkehrswerte sind anhand der Sachwerte von Boden- und Gebäudeanteil zu schätzen. Als anerkannte Schätzungsmethode kommt die WertV i.d.F. vom 15. August 1972 (BGBl I, 1416) in Betracht.

3. Der Wert des Miteigentumsanteils am Grund und Boden läßt sich im allgemeinen mit Hilfe der Richtwerte der Gutachterausschüsse (§ 5 WertV) schätzen.

4. Wertbeeinflussende Umstände, die sich nach allgemeiner Lebenserfahrung beim Boden- oder Gebäudeanteil preisbildend ausgewirkt haben, sind nach den tatsächlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Interessenlage des Erwerbers zu prüfen. Die eingeschränkte Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit des Wohnungseigentümers bezüglich seines Bodenanteils rechtfertigt keinen Wertansatz unter dem Bodenrichtwert.

BFH, Urteil vom 15.1.1985 — IX R 81/83 — BStBl 1985 II 252

Aus dem Tatbestand:

Die gemeinsam zur Einkommensteuer veranlagten Kläger kauften im Streitjahr 1979 eine von ihnen bis dahin als Mieter genutzte Wohnung nach deren Umwandlung in Wohnungseigentum für 113 500 DM. Die Eigentumswohnung befindet sich zusammen mit weiteren 23 Eigentumswohnungen in einem in Berlin (West) belegenen Gebäude, das im Jahre 1959 im Wege des öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbaues errichtet worden war. Der Miteigentumsanteil der Kläger beträgt 4,19/100.

Um die Bemessungsgrundlage für die auf den Gebäudeanteil der Kläger entfallenden erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG i.V.m. § 15 des BerlinFG zu ermitteln, teilte das Finanzamt im Rahmen seiner Einkommensteuerveranlagung für das Jahr 1979 die Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung der Kläger in einen Boden- und einen Gebäudewertanteil nach dem Verhältnis des Grundstückswerts zum Gebäudewert auf. Das FA bemaß den Wert des Grund und Bodens nach dem Bodenrichtwert, den der Gutachterausschuß für Grundstückswerte ermittelt hatte, und den Wert des Gebäudes nach den durchschnittlichen Herstellungskosten je Kubikmeter umbauten Raumes auf Grund der Baupreisverhältnisse 1978, vermindert um die Wertminderung infolge des Alters des Gebäudes. Es gelangte dabei zu einem Gebäudewertanteil von 78 077 DM (rd. 68 v.H. des Kaufpreises).

Mit ihrer Klage begehrten die Kläger höhere Absetzungen auf Grund einer Aufteilung ihrer Anschaffungskosten nach dem Verhältnis der Anschaffungskosten für den Grund und Boden zu den Herstellungskosten des Gebäudes im Zeitpunkt seiner Errichtung.

Das Finanzgericht gab der Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1983, 599 veröffentlichten Urteil teilweise statt. Es bemaß die erhöhten Absetzungen nach dem Gebäudewertanteil der Anschaffungskosten, der als Restwert nach Abzug des von ihm geschätzten Bodenwertanteils verblieb. Das FG errechnete den Bodenwertanteil nach dem Miteigentumsanteil der Kläger von 4,19/100 bezogen auf den vom FA zugrunde gelegten Gesamtwert des Grund und Bodens. Hierauf nahm es einen Abschlag von 50 v.H. vor, den es wegen der Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen, denen ein Wohnungseigentümer mit seinem Anteil am Grund und Boden unterliege, für erforderlich hielt. Das FG erhöhte den Gebäudewertanteil auf 93 409 DM (rd. 82 v.H. des Kaufpreises).

Die zugelassene Revision des Finanzamtes führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die angefochtene Entscheidung verletzt § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i.V.m. § 7 b EStG und § 15 BerlinFG sowie § 96 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 FGO i.V.m. § 162 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO 1977).

a) Das FG hat die einheitlichen Anschaffungskosten der Kläger für ihre Eigentumswohnung in einen Bodenwertanteil und einen Gebäudewertanteil im Wege der Schätzung (§ 96 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 FGO i.V.m. § 162 Abs. 1 AO 1977) aufgeteilt, da erhöhte Absetzungen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG i.V.m. § 7 b EStG und § 15 BerlinFG nur von den auf den Gebäudeanteil entfallenden Anschaffungskosten vorgenommen werden können.

Der BFH ist als Revisionsinstanz grundsätzlich an die zu den tatsächlichen Feststellungen gehörende Schätzung durch die Vorinstanz gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden, wenn sie keinen Rechtsirrtum enthält, nicht gegen anerkannte Schätzungsgrundsätze, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt und nicht auf einem Verfahrensmangel beruht (Urteile vom 27. Juni 1980 VI R 147/77, BFHE 131, 53, BStBl II 1980, 651; vom 2. Februar 1982 VIII R 65/80, BFHE 135, 158, BStBl II 1982, 409).

Das FA rügt hier zutreffend, daß die Schätzung des FG zur Aufteilung der einheitlichen Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung der Kläger rechtsfehlerhaft ist. Das FG hat die Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung in einen Bodenwertanteil und einen Gebäudewertanteil in der Weise aufgeteilt, daß es allein den Wert des anteiligen Grund und Bodens geschätzt und von den Anschaffungskosten abgezogen hat, mit der Folge, daß der verbleibende Restbetrag auf den Gebäudewertanteil entfällt. Bei dieser Restwertmethode hat es allerdings — im Gegensatz zu der vom RFH angewandten Schätzungsmethode (Urteil vom 19. November 1941 VI 200/41, RStBl 1942, 42) — nicht als Willen der Parteien unterstellt, der Kaufpreis bilde zunächst und in erster Linie das Entgelt für den Grund und Boden. Vielmehr ist es umgekehrt von der Annahme ausgegangen, dem Erwerber einer Eigentumswohnung liege in erster Linie an dem Erwerb der sein Sondereigentum bildenden Wohnung, während er den Bodenanteil notgedrungen miterwerben müsse. Bei seiner eingeschränkten Verfügbarkeit und Nutzbarkeit sei der Bodenanteil mit einem Abschlag von 50 v.H. vom Verkehrswert zu bewerten.

Diese abgewandelte Schätzungsmethode des FG hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das FG hat damit gegen den Grundsatz der Einzelbewertung (§ 6 EStG) verstoßen, der für die einkommensteuerrechtliche Behandlung bebauter Grundstücke, die sich im Privatvermögen befinden, entsprechend gilt (BFH-Beschluß vom 12. Juni 1978 GrS 1/77, BFHE 125, 516, 521, BStBl II 1978, 620, 623). Denn das FG hat bei seiner Aufteilung der Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung nur den Bodenwertanteil ermittelt, während es den Wert des Gebäudeanteils hiervon lediglich abgeleitet hat, indem es den Bodenwertanteil von den Gesamtanschaffungskosten abgezogen hat. Nach dem Grundsatz der Einzelbewertung hätte es jedoch zunächst sowohl den Bodenwert- als auch den Gebäudewertanteil der Eigentumswohnung gesondert bewerten und sodann die Anschaffungskosten nach dem Verhältnis der beiden Wertanteile in Anschaffungskosten für den Bodenanteil und Gebäudeanteil aufteilen müssen.

Diese Ansicht entspricht der neueren BFH-Rechtsprechung, wonach ein Gesamtkaufpreis für mehrere Wirtschaftsgüter

in der Regel — in Ermangelung einer Aufteilung durch die Vertragsparteien oder im Falle der Zweifelhaftheit einer solchen Aufteilung — im betrieblichen Bereich nach dem Verhältnis der Teilwerte und im privaten Bereich nach dem Verhältnis der Verkehrswerte aufzuteilen ist (Urteil vom 21. Januar 1971 IV 123/65, BFHE 102, 464, BStBl II 1971, 682; Beschluß in BFHE 125, 516, 526, BStBl II 1978, 620, 625; Urteil vom 15. Dezember 1981 VIII R 116/79, BFHE 135, 267, BStBl II 1982, 385; Urteil vom 16. Dezember 1981 I R 131/78, BFHE 135, 185, BStBl II 1982, 320; Urteil vom 1. Dezember 1982 I R 37/81, BFHE 137, 175, BStBl II 1983, 130). Hingegen führt die Schätzungsmethode des FG, sofern der Gesamtkaufpreis für Grund und Boden sowie Gebäude die Summe der Verkehrswerte über- oder unterschreitet, zu einer unzutreffenden Über- oder Unterbewertung des nicht gesondert bewerteten Wirtschaftsgutes, die sich allenfalls durch einen mehr oder weniger griffweise geschätzten Ab- oder Zuschlag korrigieren ließe. Ob in Ausnahmefällen dennoch auf eine derartige Schätzungsmethode zurückgegriffen werden kann, etwa wenn eines der Wirtschaftsgüter von unverhältnismäßig geringem Wert ist, kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles dahinstehen. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor. Daher sind die Anschaffungskosten der Eigentumswohnung im Verhältnis der Verkehrswerte in einen Boden- und einen Gebäudewertanteil aufzuteilen.

b) Für die Schätzung des Verkehrswertes des Boden- und des Gebäudeanteils kann die Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücken (WertV) i.d.F. vom 15. August 1972 (BGBl I, 1416), die zur Ermittlung von Grundstückswerten nach dem BBauG und dem StBauFG ergangen ist, entsprechend herangezogen werden. Denn sie enthält anerkannte Grundsätze für die Schätzung von Verkehrswerten von Grundstücken (Urteil des BGH vom 27. April 1964 III ZR 136/63, WM 1964, 968, 971 f. zur WertV vom 7. August 1961, BGBl I, 1183).

Die WertV sieht für die Verkehrswertermittlung in § 3 Abs. 2 das Vergleichswert-, das Ertragswert- oder das Sachwertverfahren vor. Das Vergleichswertverfahren ist zur Ermittlung des Verkehrswertes des Boden- und des Gebäudeanteils einer Eigentumswohnung nicht brauchbar — auch wenn dieses Verfahren für die Feststellung des Gesamtwertes einer Eigentumswohnung allein sinnvoll sein mag (*Gerardy*, Praxis der Grundstücksbewertung, 3. Aufl. 1980 S. 633; *Rössler/Langner/Simon*, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 4. Aufl. 1981 S. 372). Denn diese Bewertungsmethode erlaubt nur, die Eigentumswohnung als eine Einheit von Miteigentumsanteil und Sondereigentum zu bewerten. Das gleiche gilt für das Ertragswertverfahren, das auch für die Einheitsbewertung von Eigentumswohnungen als wirtschaftliche Einheit nach § 93 Abs. 2 BewG anzuwenden ist. Somit verbleibt als Schätzungsgrundlage für die Aufteilung einheitlicher Anschaffungskosten für eine Eigentumswohnung nur eine Teilung nach dem Verhältnis des Sachwerts des Miteigentumsanteils am Grund und Boden zum Sachwert des Miteigentumsanteils am Gebäude einschließlich der Außenanlagen zuzüglich des Sachwerts des Sondereigentums an der Wohnung.

c) Der Sachwert des Miteigentumsanteils am Grund und Boden kann im allgemeinen anhand der Bodenrichtwerte der Gutachterausschüsse (§ 5 WertV) geschätzt werden.

Der Sachwert des Miteigentumsanteils am Gebäude einschließlich der Außenanlagen und der Sachwert des Sondereigentums an der Wohnung lassen sich auf der Grundlage

der tatsächlichen oder gewöhnlichen Herstellungskosten nach Maßgabe der §§ 15 bis 20 WertV ermitteln. Dabei wird im allgemeinen schon der der Miteigentumsquote entsprechende anteilige Herstellungswert des Gesamtgebäudes einschließlich der Außenanlagen einen brauchbaren Ausgangswert bilden. Denn grundsätzlich kann angenommen werden, daß der Wert des Gebäudeanteils einschließlich des Sondereigentums mit dem Wertanteil am Gesamtgebäude entsprechend der Beteiligungsquote des Wohnungseigentümers am Miteigentum übereinstimmt. Nur wenn sich ausnahmsweise — etwa infolge einer abweichenden Parteivereinbarung (vgl. BGH-Urteil vom 18. Juni 1976 V ZR 156/75, NJW 1976, 1976 [= MittBayNot 1976, 171 = DNotz 1976, 741]) — ergeben sollte, daß das Beteiligungsverhältnis des Wohnungseigentümers am Gemeinschaftseigentum nicht dem Verhältnis des Wertes des Sondereigentums entspricht, werden die Sachwerte des Sondereigentums und des Miteigentumsanteils am Gebäude einschließlich der Außenanlagen gesondert zu ermitteln sein.

d) Der BFH hat schon in seinem Urteil in BFHE 135, 185, BStBl II 1982, 320 entschieden, daß bei der Aufteilung einheitlicher Anschaffungskosten nach den anteiligen Verkehrswerten gewichtige Anhaltspunkte zu berücksichtigen sind, die dafür sprechen, daß im Rahmen des einheitlichen Gesamtkaufpreises für das eine Wirtschaftsgut mehr oder auch weniger als für das andere aufgewendet worden ist. Derartige wertbeeinflussende Umstände werden in der WertV in § 4 Abs. 2, § 6 und §§ 17 bis 19 berücksichtigt. Insbesondere können die für unbebauten Grund und Boden ermittelten Werte nicht ohne weiteres der Bewertung bebauten Grund und Bodens zugrunde gelegt werden. Ob bei der Anschaffung einer Eigentumswohnung im Einzelfall wertbeeinflussende Umstände, die nach allgemeiner Lebenserfahrung sich preisbildend beim Boden- oder beim Gebäudeanteil auswirken, zum Tragen gekommen sind, ist nach den jeweiligen tatsächlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der Interessenlage des Erwerbers zu entscheiden (BFHE 135, 185, BStBl II 1982, 320).

Die beschränkte Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit des Wohnungseigentümers bezüglich seines Bodenanteils rechtfertigt es — entgegen der Auffassung von *Bockholt*, Der Betrieb 1983, 150, und von *Birkenfeld*, Finanz-Rundschau 1983, 441 — nicht, den Bodenanteil unter dem Richtwert nach § 5 WertV anzusetzen. Zwar steht dem einzelnen Wohnungseigentümer nur der Mitgebrauch am gemeinschaftlichen Eigentum zu (§ 13 Abs. 2 WEG), zu dem der Grund und Boden sowie die Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes gehören, die nicht im Sondereigentum stehen (§ 1 Abs. 5 WEG). Jedem Wohnungseigentümer gebührt aber nur ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Nutzungen des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 16 Abs. 1 WEG). Ein Wohnungseigentümer kann über sein Sondereigentum an seiner Wohnung nur zusammen mit dem dazugehörigen Miteigentumsanteil verfügen (§ 6 Abs. 1 WEG).

Diese beschränkte Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeit mindert jedoch nicht den Wert des Miteigentumsanteils am Grund und Boden. Der Käufer einer Eigentumswohnung muß notwendigerweise den Bodenanteil miterwerben und auch mitbezahlen. Der geringeren Bedeutung des Bodenanteils wird bei Eigentumswohnungen durch die Aufteilung des Grund und Bodens zu Miteigentum der mehr oder weniger großen Zahl der beteiligten Wohnungseigentümer Rechnung getragen. Darüber hinaus generell noch einen Abschlag auf den Wert des Bodenanteils vorzunehmen, würde außer acht

lassen, daß die Sachwerte von Boden- und Gebäudeanteil sich gegenseitig beeinflussen. So ist ein Käufer eines Grundstücks, auf dem Eigentumswohnungen errichtet werden sollen, regelmäßig bereit, einen wesentlich höheren Preis zu zahlen, als er für vergleichbare Mietwohngrundstücke erzielbar ist (*Gerardy*, a.a.O., S. 320 f.). Diese Tatsache muß sich auf den Bodenwertanteil bestehender Eigentumswohnungen auswirken. Denn es kann davon ausgegangen werden, daß die Kaufüberlegungen von Erwerbenden von Eigentumswohnungen — anders als bei Mietwohnungen — nicht nur vom Wirtschaftlichkeitsdenken, sondern auch von anderen Gesichtspunkten getragen werden, wie dem Bestreben, Herr in den eigenen vier Wänden zu sein oder Steuervorteile zu nutzen (*Gerardy*, a.a.O.). Wenn das FG darauf hinweist, daß die Gesamtheit der Eigentumswohnungen auf einem bestimmten Grundstück oft einen weit höheren Wert als ein vergleichbares Mietwohnungsgrundstück besitzt, so ist nach den vorstehenden Ausführungen ein werterhöhender Faktor auch der erhöhte Bodenwert.

e) Für die Ermittlung der anteiligen Verkehrswerte ist der Zeitpunkt der Anschaffung der Eigentumswohnung der maßgebliche Stichtag. Denn der aufzuteilende Gesamtpreis beruht auf den einzelnen preisbildenden Umständen im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufgeschäfts. Das Urteil des I. Senats in BFHE 137, 175, BStBl II 1983, 130 zur Ermittlung des anteiligen Buchwerts einer veräußerten Teilfläche eines zum Betriebsvermögen gehörenden Grundstücks steht hierzu nicht in Widerspruch. Denn auch der I. Senat hält dort für die Aufteilung der Grundstücksteile nach dem Verhältnis der Teilwerte den Zeitpunkt für maßgeblich, zu dem das bisherige Gesamtgrundstück zuletzt Gegenstand eines Anschaffungsgeschäfts gewesen ist.

f) Da das FG die Aufteilung der Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung der Kläger in einen Boden- und einen Gebäudewertanteil nach anderen Grundsätzen als den vorstehenden vorgenommen hat, war die angefochtene Entscheidung aufzuheben.

24. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 516 Abs. 1, 525 (*Schenkungsteuerliche Behandlung von Zuwendungen unter Ehegatten*)

1. Es ist den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen, ob eine Zuwendung zwischen Ehegatten unentgeltlich oder entgeltlich erfolgt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß jeder der Ehegatten in angemessener Weise an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens zu beteiligen ist (Änderung der Auffassung in dem Urteil vom 5. März 1980 II R 148/76, BFHE 130, 179, BStBl II 980, 402).

2. Zur Abgrenzung der sog. mittelbaren Grundstücksschenkung zur Schenkung einer Geldsumme.

BFH, Urteil vom 28.11.1984 — II R 133/83 — BStBl 1985 II 159

Aus dem Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin ist persönlich haftender Gesellschafter der Firma F. Er ließ 1969 auf einem Darlehenskonto dieser Firma 250 000 DM zugunsten der Klägerin und zu Lasten seines Privatkontos buchen. 1971 wurde der Betrag zusammen mit den inzwischen aufgelaufenen Zinsen auf ein Sparguthaben der Klägerin überwiesen. 1973 kaufte die Klägerin mit den Mitteln dieses Sparguthabens das unbebaute Grundstück A-Straße. Vertragsgemäß bezahlte die Klägerin 1975 mit dem Sparguthaben den Kaufpreis. In den Jahren 1975 und 1976 errichtete der Ehemann der Klägerin auf dem Grundstück ein Einfamilienhaus mit einem Kostenaufwand von 2 016 000 DM. Dabei lautete die Baugenehmigung auf den Namen der Klägerin, wäh-

rend die Verhandlungen mit dem Architekten, den Behörden und Bauhandwerkern der Ehemann oder von diesem beauftragte Angestellte der Firma F. führten. Der kleinste Teil der Rechnungen der Bauhandwerker war an die Klägerin gerichtet; der weit überwiegende Teil an den Ehemann der Klägerin oder dessen Firma. Die Rechnungen wurden zu Lasten des Privatkontos der Einzelfirma des Ehemannes der Klägerin bezahlt. Schriftliche Vereinbarungen unter den Ehegatten hinsichtlich des Erwerbs des Grundstücks und der Errichtung des Einfamilienhauses bestehen nicht.

Durch Bescheid vom 29. Mai 1980 setzte das beklagte Finanzamt (FA) gegen die Klägerin Schenkungsteuer fest. Dabei legte das FA der Steuerberechnung die Herstellungskosten des Einfamilienhauses in Höhe von 2 016 000 DM sowie als Vorschenkung den Betrag von 250 000 DM zugrunde und setzte den Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) 1974 in Höhe von 250 000 DM ab.

Die Sprungklage, mit welcher die Klägerin den Ansatz des auf das Gebäude entfallenden Einheitswertes begehrte, hatte keinen Erfolg. Das FG ging davon aus, daß Schenkungen des Ehemannes an die Klägerin vorlagen. Da die Klägerin bereits Eigentümerin des Grundstücks gewesen sei, könnten Gegenstand der Schenkung nach den Grundsätzen des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 27. April 1977 II R 131/71 (BFHE 122, 539, BStBl II 1977, 731) nicht das Haus, sondern nur die aufgewandten Baukosten sein. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Erwerb des Grundstücks und die anschließende Bebauung auf einem einheitlichen Entschluß der Beteiligten beruhen.

Mit der Revision beantragt die Klägerin, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Schenkungsteuer auf 0 DM festzusetzen, hilfsweise, die Schenkungsteuer aus dem auf das Haus entfallenden Einheitswert festzusetzen.

Sie ist der Auffassung, daß nach den Grundsätzen des Urteils des BGH vom 26. November 1981 IX ZR 91/80 (BGHZ 82, 227; NJW 1982, 1093) weder hinsichtlich des Geldbetrages von 250 000 DM noch hinsichtlich der Herstellungskosten für das Gebäude eine Schenkung vorliege. Allenfalls sei die Schenkungsteuer aus dem auf das Gebäude anteilig entfallenden Einheitswert festzusetzen.

Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Eine Zuwendung, durch die jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (§ 516 Abs. 1 BGB); dies gilt auch zwischen Ehegatten. Soweit ausdrücklich Vereinbarungen hierüber fehlen, wie dies unter Ehegatten häufig der Fall ist, muß den Umständen des Einzelfalles entnommen werden, ob die Leistung unentgeltlich ist. Dabei geht die Rechtsprechung der Zivilgerichte davon aus, daß jeder der Ehegatten in angemessener Weise an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens zu beteiligen ist (BGH-Urteile vom 7. Januar 1972 IV ZR 231/69, NJW 1972, 580, sowie in BGHZ 82, 227; vgl. auch BGH-Urteil vom 24. März 1983 IX ZR 62/82 [= DNotZ 1983, 690], BGHZ 87, 145). Übersteigt die Zuwendung eine Grenze, über die hinaus sie nicht mehr als Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens aufgefaßt werden kann (vgl. BGH NJW 1972, 580), so wird in der Regel eine unentgeltliche Zuwendung anzunehmen sein, wenn im übrigen die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, insbesondere also eine endgültige Vermögensverschiebung vorliegt (s. hierzu *Knobbe-Keuk*, „Verunglückte“ Schenkungen, in *Festschrift für Werner Flüme*, Bd. II S. 149 f., 155 bis 157, 161, m.w.N.; Urteil des Reichsgerichts vom 6. Februar 1905 III 273/05, RGZ 62, 386, 390) und, nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen, der Wille zur Unentgeltlichkeit gegeben ist (BFH-Urteil vom 12. Juli 1979 II R 26/78, BFHE 128, 266, BStBl II 1979, 631 [= MittBayNot 1979, 253]; s. auch *Kollhossler* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 516 Anm. 49). An der im BFH-Urteil vom 5. März 1980 II R 148/76 (BFHE 130,

179, BStBl II 1980, 402) vertretenen Auffassung, bei Geld- und Sachschenkungen zwischen Eheleuten bestehe eine tatsächliche Vermutung für eine Schenkung, hält der Senat im Hinblick auf die oben zitierte jüngere Rechtsprechung des BGH nicht mehr fest (vgl. auch BFH-Urteil vom 11. Juni 1980 II R 13/78, BFHE 131, 89, BStBl II 1980, 607).

Da die Entscheidung des FG nicht diesen Rechtsgrundsätzen entspricht, war sie aufzuheben. Insbesondere trifft es nicht zu, daß die vom BGH in BGHZ 82, 227 dargestellten Grundsätze auf den Streitfall deshalb nicht anzuwenden seien, weil — anders als im Streitfall — in jenem Fall der erworbene Vermögensgegenstand weder mittelbar aus dem Vermögen des Ehemannes gekommen noch mit seinen Mitteln bezahlt worden sei. Das FG hat auch die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, wegen derer es einen Beitrag des Ehemannes zur Haushaltsführung abgelehnt hat, nicht dargestellt. Bei seiner erneuten Überprüfung des Streitfalls wird es insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, die beiderseitigen Beiträge zum Familienunterhalt sowie die jeweiligen Interessen der Ehegatten festzustellen und zu würdigen haben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Erklärung der Klägerin, es lägen Schenkungen vor, nur eine eingeschränkte Bedeutung für die vom FG vorzunehmende Bewertung zukommt; vielmehr muß das FG selbst die Tatsachen feststellen, welche diese Schlußfolgerungen rechtfertigen.

2. Gegebenenfalls wird das FG auch zu prüfen haben, ob der Klägerin bereits das für den Grundstückskauf verwendete Geld oder erst das Grundstück geschenkt war. Hierfür ist maßgebend, was nach der Schenkungsabrede geschenkt sein sollte und worüber die Klägerin im Verhältnis zum Schenker tatsächlich und rechtlich endgültig verfügen konnte (vgl. BFH-Urteile vom 19. August 1959 II 259/57 S, BFHE 69, 420, BStBl III 1959, 417, und vom 17. April 1974 II R 4/67, BFHE 112, 414, BStBl II 1974, 521).

Die vom FG getroffenen Feststellungen lassen hierüber keine eindeutige Aussage zu; insbesondere genügt nicht der Hinweis, daß ein „Geldbetrag zugewendet“ sei. Denn eine Geldschenkung kommt dann nicht in Betracht, wenn sich der Ehemann der Klägerin den freien Widerruf der Zuwendung vorbehalten hatte (vgl. *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 157 f.); dies müßte sich aus den besonderen Umständen oder aus klaren und eindeutigen Vereinbarungen ergeben. Einer Geldschenkung stünde es allerdings nicht entgegen, wenn die Zuwendung lediglich mit Empfehlungen oder Wünschen für ihre Verwendung verbunden war oder unter der Auflage i.S. des § 525 BGB erfolgt ist, aus dem Wert des Zugewandten ein Grundstück zu erwerben; denn bei der Auflagenschenkung geht der ganze Gegenstand in das Vermögen des Bedachten über (allgemeine Auffassung z.B. RG-Urteil vom 7. März 1905 VII 336/04, RGZ 60, 238, 242; BGH-Urteil vom 23. Mai 1959 V ZR 140/58, BGHZ 30, 120; *Staudinger/Reuss*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., § 525 Rz. 5; s. auch BFH-Urteile vom 7. April 1976 II R 87-89/70, BFHE 119, 300, BStBl II 1976, 632 [= *MittBayNot* 1977, 33], und vom 11. Oktober 1978 II R 142/72, BFHE 128, 75, BStBl II 1979, 533). Für eine derartige Beurteilung könnte im Streitfall sprechen, daß zwischen der Gutschrift bzw. der Überweisung auf das Sparkonto und dem Erwerb des Grundstücks ein Zeitraum von fast fünf bzw. zwei Jahren verstrichen ist; hieraus könnte gefolgert werden, daß zu diesem Zeitpunkt noch keine konkrete Verwendung des Geldes ins Auge gefaßt war, so daß der Schluß naheliegt, mit der Zuwendung sei lediglich der Wunsch, allenfalls die Auflage verbunden

gewesen, ein Grundstück zu erwerben. Hierfür spricht auch, daß der Klägerin die Zinsen gutgeschrieben worden und ihr offenbar auch die Sparzinsen zugeflossen sind. Von Bedeutung kann auch sein, ob der gesamte Betrag oder nur ein Teil zur Anschaffung des Grundstücks bestimmt und erforderlich war. Sollten die Ermittlungen des FG ergeben, daß eine Geldschenkung vorlag, so wird zum Umfang der Schenkung noch zu klären sein, ob die Zuwendung bereits im Zeitpunkt der Gutschrift auf das Darlehenskonto (endgültig) erfolgt ist oder erst mit der Überweisung auf das Sparkonto, denn in letzterem Fall umfaßt die Zuwendung auch die auf dem Darlehenskonto aufgelaufenen Zinsen. Bei einer etwaigen neuen Steuerberechnung wird das FG die Vorschrift des § 14 ErbStG 1974 zu berücksichtigen haben.

Offenbleiben muß, ob der Senat an seiner im Urteil in BFHE 122, 539, BStBl II 1977, 731 getroffenen Aussage festhalten könnte, daß ein auf dem Grundstück des Beschenkten errichtetes Gebäude nicht Gegenstand der Zuwendung sein könne, weil es dem Beschenkten bereits als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gehöre.

25. BewG 1965 § 75 Abs. 5 und 6 (*Abgrenzung zwischen Ein- und Zweifamilienhaus*)

a) Für die Beurteilung der Frage, ob die Zusammenfassung einer Mehrheit von Räumen den bewertungsrechtlichen Wohnungsbegriff erfüllt, ist jedenfalls für Stichtage ab 1. Januar 1974 wesentlich, daß diese Zusammenfassung von Räumen eine von anderen Wohnungen oder Räumen, insbesondere Wohnräumen, baulich getrennte, in sich abgeschlossene Wohneinheit bildet. Grundsätzlich müssen die Räume Wohnzwecken dienen oder zu dienen bestimmt sein. Es muß ein eigener Zugang bestehen. Darüber hinaus müssen die Räume eine bestimmte Mindestfläche aufweisen. Außerdem ist grundsätzlich erforderlich, daß die für die Führung eines selbständigen Haushalts notwendigen Nebenräume wie Küche, zumindest ein Raum mit Kochgelegenheit, ein Bad oder eine Dusche und eine Toilette vorhanden sind.

BFH, Urteil vom 5.10.1984 — III R 192/83 — BStBl 1985 II 151

b) Eine baulich getrennte, in sich abgeschlossene Wohneinheit im Sinn des zur Veröffentlichung bestimmten BFH-Urteils vom 5. Oktober 1984 III R 192/83 liegt nicht vor, wenn ein Wohnbereich von dem anderen lediglich durch verschließbare Türen getrennt ist und dadurch die Möglichkeit des ungehinderten Zugangs zwischen den Wohnbereichen vorhanden ist. Dabei ist unerheblich, ob der Zugang zu dem anderen Wohnbereich unmittelbar oder über Nebenräume besteht.

BFH, Urteil vom 8.2.1985 — III R 62/84 — BStBl 1985 II 319

Anmerkung der Schriftleitung:

Vergl. zu diesen beiden Urteilen die Übergangsregelung des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen v. 15.5.1985, abgedruckt in diesem Heft, Seite 158.

IV. Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuer;

hier: Altenteilsleistungen in der Land- und Forstwirtschaft; Anwendung des BFH-Urteils vom 28.7.1983 (BStBl 1984 II S. 97 = MittBayNot 1984, 104); Anpassung bestehender Altenteilsverträge

Zum FMS vom 25.7.1984, 31 b — S 2255 — 30/4 — 44648*
und vom 21.12.1984, 31 b — S 2255 — 30/13 — 71248**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.1985 an die Landesnotarkammer Bayern — Az.: 31 b — S 2255 — 30/32 — 29260

Aufgrund des BFH-Urteils vom 28.7.1983 wird von der Finanzverwaltung Abschnitt 167 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c EStR nicht mehr angewandt. Altenteilsleistungen aufgrund von Hofübergabeverträgen zwischen Eltern und Kindern sind, wenn sie nicht nur aus Sach- und Naturalleistungen bestehen, im Einzelfall darauf zu überprüfen, ob die einzelnen Teilleistungen Leibrenten oder dauernde Lasten (wiederkehrende Bezüge) sind. Die Anpassungsfrist für die Altenteilsverträge endet am 31.12.1985.

Von dritter Seite wurden Musterformulare zur Anpassung von Altenteilsleistungen entworfen, die bestimmen, daß die im Übergabevertrag vereinbarten vertretbaren Naturalleistungen und die monatlichen Geldleistungen unter dem Vorbehalt des § 323 ZPO stehen und sich nach den standesgemäßen Unterhaltsbedürfnissen der Übergeber und der Leistungsfähigkeit des Hofes richten. Die Anpassung nach § 323 ZPO wird jedoch insoweit beschränkt, daß den Übergebern mindestens die im Übergabevertrag vereinbarte monatliche Bargeldleistung zustehen soll.

Einige Notare hatten Zweifel daran, ob die Vereinbarung eines Mindestbetrages für die Anerkennung der Altenteilsleistungen als dauernde Lasten unschädlich ist. Gefragt wurde auch, ob die Anerkennung als dauernde Last noch möglich sei, wenn für den festgesetzten Mindestbetrag zugleich eine Wertsicherungsklausel vereinbart wird.

Die Landesnotarkammer Bayern hat diese Fragen unter Beifügung eines Musterformulars dem Bayerischen Staatsministerium für Finanzen vorgelegt. Das Bayerische Staatsministerium der Finanzen hat wie folgt geantwortet:

Die Ihrerseits vorgelegte Vereinbarung ist bekannt. Anlässlich einer anderweitigen Stellungnahme wurde hierzu die Auffassung vertreten, daß „die in der vorliegenden Vereinbarung festgelegte Abhängigkeit der Geldleistungen den Grundsätzen im Urteil des Bundesfinanzhofs vom 30.5.1980 (BStBl II S. 575) entspricht.“ Deshalb sind die im Rahmen der Vereinbarung festzulegenden Mindestbeträge als steuerlich voll abzugsfähige dauernde Lasten zu beurteilen. Eine im Urteilsfall auch für den Mindestbetrag bestehende und am Lebenshaltungskostenindex ausgerichtete Wertsicherungsklausel war nicht entscheidungserheblich.

Ausschlaggebend für die Entscheidung des Bundesfinanzhofs war letztendlich, daß durch die Bemessung der Mindestbeträge — unter Berücksichtigung der Wertsicherungsklausel — keineswegs ausgeschlossen war, daß immer nur die Mindestleistungen der dauernden Last zu erbringen seien. Ist danach jedoch eine Schwankungsmöglichkeit über die Mindestleistungen hinaus nach oben (und auch wieder zurück) vertraglich vorgesehen und tatsächlich nicht ausgeschlossen, dann ist — jedenfalls wenn es sich nicht nur um eine rein theoretische Schwankungsmöglichkeit handelt — die Gesamtleistung als dauernde Last zu be-

urteilen. Der Umstand, daß die wiederkehrenden Bezüge der Höhe nach unbestimmt sind, betrifft dann die Gesamtleistung, der damit das für Leibrenten erforderliche Merkmal der Gleichmäßigkeit fehlt.

Diese Grundsätze gelten im Rahmen der Beurteilung der Altenteilsleistung in der Land- und Forstwirtschaft entsprechend. Gerade die in der vorgelegten Vereinbarung festgelegte Bindung an die Unterhaltsbedürftigkeit des Übergebers und die Leistungsfähigkeit des Hofes sprechen gegen eine rein theoretische Schwankungsmöglichkeit. Die Wertsicherungsklausel kann in diesen Fällen im übrigen nur dann von Bedeutung sein, wenn noch keine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist.

Fälle, in denen als dauernde Last zu berücksichtigende Geldleistungen — ohne daß ein Mindestbetrag im vorgenannten Sinne vereinbart ist — einer zusätzlichen Wertsicherungsklausel unterliegen, sind kaum denkbar. Schon wegen der im Bereich der Land- und Forstwirtschaft notwendigen laufenden Anpassungen an schwankende Bezugsgrößen — Leistungsfähigkeit des Hofes und Unterhaltsbedürfnisse des Empfängers — wird der Wertsicherungsklausel keine größere Bedeutung beizumessen sein. Würde sich die Anpassung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse aber nur auf die „Wertsicherung“ beschränken, so müßte dies für die Annahme einer Leibrente sprechen, obwohl regelmäßig schon die Möglichkeit einer Anpassung für die Annahme einer dauernden Last ausreicht. Schon gelegentliche Anpassungen — über die „Wertsicherung“, entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen, hinaus —, lassen demgegenüber jedoch eine dauernde Last vermuten. Eine abschließende Entscheidung läßt sich in diesen Fällen jedoch nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles treffen.

In den Fällen, in denen eine Änderung der Geldleistungen von bestimmten Grenzen, z.B. bei einer wesentlichen oder auf einer von vornherein festgelegten prozentualen Abweichung, abhängt, kann bis zum Eintritt dieser Bedingung eine Wertsicherungsklausel tatsächlich von Bedeutung sein. Sofern hierdurch unter den bereits genannten Voraussetzungen eine Änderung nicht nur rein theoretischer Natur ist, sind die Geldleistungen als dauernde Last zu berücksichtigen.

2. Umsatzsteuer:

hier: Entgeltliche Überlassung von Gegenständen durch ein Mitglied einer Anwaltssozietät an die Sozietät

(Ergebnis der Besprechung mit den Umsatzsteuerreferenten der Länder vom 18. bis 19.12.1984)

1. Das BFH-Urteil vom 26.1.1984 (BStBl II 1984 S. 231 [= MittBayNot 1984, 108]) betrifft den Fall der unentgeltlichen Überlassung eines Pkw durch einen Rechtsanwalt an die Sozietät, an der er beteiligt ist. In diesem Fall ist der Rechtsanwalt mit der Pkw-Überlassung nicht unternehmerisch tätig. Er kann deshalb die auf den Erwerb des Pkw entfallende Vorsteuer nicht absetzen.

2. Aus dem BFH-Urteil kann jedoch nicht gefolgert werden, daß der Rechtsanwalt, der an einer Sozietät beteiligt ist,

*) MittBayNot 1984, 222

**) MittBayNot 1985, 52

nicht anderweitig unternehmerisch tätig sein könnte. Wenn er z.B. den von ihm erworbenen Pkw der Sozietät gegen Entgelt zur Nutzung überläßt, wird er insoweit als Unternehmer tätig und bewirkt steuerbare Leistungen an die Sozietät.

3. Ist danach eine Überlassung des Pkw im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit anzunehmen, kann der Rechtsanwalt die ihm für den Erwerb des Pkw gesondert in Rechnung gestellte Steuer unter den Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 UStG als Vorsteuer abziehen. Wegen der Einzelheiten zum Vorsteuerabzug wird auf Abschnitt 213 Abs. 1 und 3 UStR hingewiesen.

4. Die Frage, ob die Anschaffung eines Pkw einen Umsatz an die Sozietät oder an den Rechtsanwalt darstellt, ist danach zu beurteilen, wer von beiden aus dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis berechtigt und verpflichtet ist (vgl. auch BFH-Beschluß vom 13.9.1984 — V B 10/84, BStBl. II 1985 S. 21). Die Tatsachen, daß die Sozietät den Pkw als Betriebsvermögen ausweist oder daß andererseits der Rechtsanwalt Halter des Pkw ist, können Beweisanzeichen dafür sein, an wen der Pkw geliefert wurde. Sie reichen jedoch für sich allein zur Beurteilung dieser Frage nicht aus. Vielmehr ist zu prüfen, ob die im Einzelfall bestehenden Vertragsbeziehungen eine entsprechende Annahme rechtfertigen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vergleiche zu den Problemen des Vorsteuerabzuges auch das Schreiben der OFD München vom 23.07.1984 — Az. 7300 B — 226 St 414 — an die Landesnotarkammer Bayern, abgedruckt in MittBayNot 1984, 222.

3. Bewertungsgesetz;

hier: Einheitsbewertung des Grundvermögens; Änderung der BFH-Rechtsprechung zum Wohnungsbegriff

Schreiben des Bayer. Staatsministerium der Finanzen vom 15.5.1985 — Az.: 34 — S 3198 — 11/32 — 27533

Bei der bewertungsrechtlichen Beurteilung des Wohnungsbegriffes war es nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs in Fällen zweifelhafter baulicher Gestaltung bisher ausreichend, daß sich die Zusammenfassung mehrerer Räume zu einer Wohnung bereits aus der Lage dieser Räume zueinander, aus ihrer Zweckbestimmung und der dieser Zweckbestimmung entsprechenden tatsächlichen Nutzung ergibt. Erforderlich war jedoch stets, daß die Küche entsprechend eingerichtet war und tatsächlich als solche genutzt wurde (vgl. BFH-Urteil vom 24.11.1978 III R 81/76, BStBl II 1979 S. 255).

An dieser Rechtsprechung hält der Bundesfinanzhof nicht mehr fest. Nach dem Urteil vom 5.10.1984 III R 192/83 (BStBl II 1985 S. 151)* ist für die Entscheidung der Frage, ob die Zusammenfassung einer Mehrheit von Räumen den bewertungsrechtlichen Wohnungsbegriff erfüllt, nunmehr wesentlich, daß diese Zusammenfassung von Räumen eine von anderen Wohnungen oder Räumen, insbesondere Wohnräumen, baulich getrennte, in sich abgeschlossene Wohneinheit bildet. Es muß ein eigener Zugang bestehen, der nicht durch einen anderen Wohnbereich führt (vgl. auch das zur Veröffentlichung im Bundessteuerblatt bestimmte BFH-Urteil vom 8.2.1985 III R 62/84).**

Weiter müssen grundsätzlich die notwendigen Nebenräume wie Küche, zumindest ein Raum mit Kochgelegenheit, ein Bad oder eine Dusche und eine Toilette vorhanden sein. Das Vorhandensein nur eines Waschbeckens reicht nicht mehr aus. Dagegen ist nicht erforderlich, daß in den Räumen tatsächlich ein selbständiger Haushalt geführt wird, der Küchenraum als Küche eingerichtet ist und als solche genutzt wird. Es genügt, wenn darin die Anschlüsse für solche Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände vorhanden sind, die für die Führung eines selbständigen Haushalts notwendig sind (vgl. BFH-Urteil vom 25.7.1980 III R 46/78, BStBl II 1981 S. 152).

Grundsätzlich ist jedoch erforderlich, daß die Räume Wohnzwecken dienen oder zu dienen bestimmt sind (vgl. BFH-Urteil vom 5.10.1984 a.a.O.).

Für die Bestimmung der Grundstücksart ist die neue Rechtsprechung bei Errichtung, Umbau und Erweiterung von Gebäuden anzuwenden, wenn der Antrag auf Baugenehmigung oder die Bauanzeige nach dem 31.12.1985 erfolgt.

Kommt es auf eine Baugenehmigung oder auf eine Bauanzeige nicht an, ist die neue Rechtsprechung anzuwenden, wenn die Baumaßnahme oder die sonstige tatsächliche Umgestaltung erst nach diesem Zeitpunkt abgeschlossen ist. Im übrigen verbleibt es im laufenden Hauptfeststellungszeitraum bei der bisherigen Verwaltungsübung; es sei denn, der Steuerpflichtige begehrt die Anwendung der neuen Rechtsprechung.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder. Es wird als gleichlautender Ländererlaß im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

* MittBayNot 1985, 156 in diesem Heft

** MittBayNot 1985, 156 in diesem Heft

V.
St a n d e s n a c h r i c h t e n

A.
P e r s o n a l ä n d e r u n g e n

1. *Versetzung in den Ruhestand:*

Mit Wirkung ab 1.7.1985:
Notar Dr. Walter Kaiser, Rothenburg o. d. Tauber

2. *Es wurden verliehen:*

Mit Wirkung ab 3.6.1985:
Waldfischbach-Burgalben dem Notarassessor
Dr. Gerald Wolf,
bisher in Landstuhl
(Notarstelle Herb)

Mit Wirkung ab 18.6.1985:
Augsburg dem Notar
Dr. Fritz Wust,
bisher in Staffelstein

Mit Wirkung ab 28.6.1985:
Landstuhl dem Notarassessor
(neue Notarstelle) Dr. Werner Schulte
bisher in Kaiserslautern
(Notarstelle Dilg)

Mit Wirkung ab 1.7.1985:
Rothenburg o. d. Tauber dem Notar
Robert Probst
bisher in Parsberg

Monheim dem Notarassessor
Dr. Michael Bohrer,
bisher in München
(Notarstelle Dr. Wolfsteiner)

3. *Neuernannte Assessoren*

Mit Wirkung ab 1.6.1985:
Günter Schenkel, Landstuhl (Notarstelle Herb)

Mit Wirkung ab 15.6.1985:
Günter Hasler, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Spiegelberger)
Johann Siller, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Reithmann)

4. *Sonstige Veränderungen:*

Oberinspektorin i.N. Gertrud Zacherl, Rosenheim (Notarstelle Krause/Schiebel) führt nach Verehelichung nunmehr den Namen „Niggli“.
Oberinspektor i.N. Johann Hadler, Pfaffenhofen/Ilm ist ab 1.7.1985 ausgeschieden.

5. *Höhergruppierungen:*

Mit Wirkung ab 1.7.1985:
Zum Oberamtsrat i.N. (Ver.Gr. II b BAT)
Josef Schmitt, Marktheidenfeld
Otto Kulsheimer, Augsburg (Notarstelle Füger/Hartmann)
Max Grötsch, Nürnberg (Notarstelle Kleider)

Zum Amtsrat i.N. (Ver.Gr. III BAT)

Heinrich Schober, Vilsbiburg
Werner Jahn, Naila
Ludwig Rieger, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Dr. Schwarz/Dr. Aumüller)
Hans Schuster, Forchheim
Hugo Poß, Frankenthal
Christian Bayer, Augsburg (Notarstelle Dr. Barthel)
Werner Keerl, Weilheim
Günter Schäfer, Würzburg (Notarstelle Kirchner/Dr. Gutmann)

Zum Amtmann i.N. (Ver.Gr. IV a BAT)

Hannelore Prechter, Dinkelsbühl
Rudolf Stopfer, Vilseck
Karl Heinz Büchler, Klingenberg
Erwin Terzer, Aichach (Notarstelle Diez)
Josef Mach, Bischofsheim
Josepha Walther, Riedenburg
Rudolf Kastl, Erlangen (Notarstelle Dr. Schelter/Dr. Safferling)
Johann Hoffmann, Erlangen (Notarstelle Dr. Schelter/Dr. Safferling)

Zum Oberinspektor i.N. (Verg.Gr. IV b BAT)

Josef Bergmeister, Geisenfeld
Edgar Blaha, Augsburg (Notarstelle Füger/Hartmann)
Angelika Nowak, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Dr. Schwarz/Dr. Aumüller)
Herbert Bär, Schwabach (Notarstelle Reißmann)
Anna Maria Jakubek, München (Notarstelle Dr. Reinl/Zöllner)
Hans Wittauer, Bayreuth (Notarstelle Schmidt)
Johann Krepler, Kelheim
Konrad Regler, Landsberg (Notarstelle Fleisch/Dr. Lintz)

B.
S t e l l e n a u s s c h r e i b u n g

Nachstehend aufgeführte Notare haben um die Ausschreibung offener Regelstellen gebeten:

Dr. Schmied	Arnstein
Füger/Hartmann	Augsburg
Hofmiller	Augsburg
Dr. Korschan/Dr. Jerschke	Augsburg
Dr. Gerstner/Kuhn	Coburg
Dr. Gößl/Dr. Höchtl	Deggendorf
Dr. Wich/Zetzi	Ebersberg
Dr. Vocke	Eichstätt
Zöbelein	Fürstenfeldbruck
Schirmer/Dr. Gerlach	Füssen
Dubon/Kellner	Immenstadt
Dr. Gastroph	Ingolstadt
Dr. Eiswirth/Pfeiffer	Kandel