

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 11—12/III, 8000 München 2

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

Heft 2

MittBayNot

März/April 1984

I. Abhandlungen

Vollzug umfangreicherer Vorgänge

Von Notar *Dr. Benno Keim*, München

I. Einleitung

Daß der „Vollzug“ eine eigenständige Bedeutung neben der „Beurkundung“ besitzt, erhellt sich schon daraus, daß die Bestimmung des § 146 KostO unter bestimmten Umständen dem Notar eine eigene „Vollzugsgebühr“ zubilligt.

Allerdings scheint die — ideelle — Bewertung der Vollzugstätigkeit der Bewertung durch die Kostenordnung zu folgen, sie wird nämlich unterschätzt. Ist doch bei manchen Urkunden nicht die Beurkundung, sondern der Vollzug im weitesten Sinne das Problem, mit dem der Notar — oder sein Personal — im eigentlichsten Sinne des Wortes zu „kämpfen“ hat.

Die Urkunden mit einem „schwierigen Vollzug“ können dabei recht unterschiedlicher Art sein, haben jedoch das eine gemeinsam, daß meist die große Zahl der Beteiligten — als Veräußerer oder Erwerber oder auf beiden Seiten — oder die große Zahl der — aus zwingenden oder weniger zwingenden Gründen — zusammengefaßten Erwerbs- oder Veräußerungsvorgänge zu mannigfaltigen Schwierigkeiten führen. Dabei kann man in einem Hegel'schen Sinne davon sprechen, daß hier ein „Umschlag der Quantität in die Qualität“ erfolgt, d. h. diese Vorgänge fallen nicht nur durch die aufzuwendende Arbeit aus jedem Rahmen heraus, sondern sie stellen in der notariellen Praxis in gewissem Sinne so etwas wie Fremdkörper dar, ist doch die Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme mehr eine Verwaltungstätigkeit als eine notarielle Tätigkeit; oder man wird vielleicht besser sagen, an eine notarielle Tätigkeit — Beurkundung des entsprechenden und wie oben charakterisierten Vorganges — schließt eine Tätigkeit an, die man nur als eine „qualifizierte Verwaltungstätigkeit“ bezeichnen kann und die — leider — nur vom Notar — oder dem „Notariat“ — wegen der dazu erforderlichen Sachkunde durchgeführt werden kann.

Es handelt sich bei diesen „Vorgängen“ um folgende Arten von Geschäften — wobei die nachstehende Aufzählung nur enumerativ und nicht erschöpfend ist —:

- a) Beurkundungen von Straßengrundabtretungen, großflächigen Arrondierungen, Bachbegradigungen, Flußregulierungen, freiwilligen Umlegungen oder privaten Flurbereinigungen, — wobei die letzteren wegen des Wegfalls der früheren Grunderwerbsteuerbefreiungen in Zukunft keine größere Bedeutung mehr haben werden —,
- b) Zuerwerb von Flächen zu Grundstücken, die in Wohnungseigentum aufgeteilt sind oder die Veräußerung von Flächen aus solchen Grundstücken,
- c) nachträglicher Erwerb von Gemeinschaftsflächen durch die „Siedler“ in Reihenhaussiedlungen oder die Abtretung von Flächen aus einem gemeinschaftlichen Grundstück im Rahmen solcher Siedlungen,
- d) der Erwerb von Hausmeisterwohnungen durch die Miteigentümer einer Wohnanlage, sei es durch den Bruchteilerwerb der verschiedenen Eigentümer, sei es durch die entsprechende Änderung der Teilungserklärung mit Veränderung aller Miteigentumsanteile, oder
- e) schlicht die Änderung einer Teilungserklärung, die für die Eintragung im Grundbuch der Zustimmung aller Wohnungs- und Teileigentümer bedarf.

Jedem Leser werden bei der Aufzählung dieser Geschäfte Fälle in Erinnerung kommen, die wahre „Alpträume“ seiner Tätigkeit darstellen.

Auch läßt sich hier in ganz genereller Weise sagen, daß mit der Zahl der Beteiligten die zu erwartenden Schwierigkeiten des Vollzugs wachsen, dieses Wachstum eher einer geometrischen und nicht einer arithmetischen Progression unterliegt — manchmal kann man fast glauben, daß diese Progression eine exponentielle ist.

Es kann daher nicht wundernehmen, daß der berühmt-berühmte „Vollzug von Veränderungsnachweisen“ nicht nur die Notare, sondern auch deren Aufsichtsbehörden beschäftigt und daß darüber hinaus die daraus resultierende Problematik zu einem Zankapfel der beteiligten Ressorts geworden ist. Leider werden dabei die Dinge — nach dem Ein-

druck des Verfassers — etwas schematisch behandelt, die „Schuld“ am Nichtvollzug allzu gerne und leicht dem Notar angelastet, wo eine sorgfältige Abwägung im Einzelfall den Dingen angemessener wäre. Da der Verfasser erst kürzlich das — wirklich traumatische — Erlebnis des Vollzugs eines der oben unter b) erwähnten Geschäfte hinter sich gebracht hat, der Jahre der Tätigkeit mit verschiedenen Anläufen erforderte, will er versuchen, das Nachdenken über die gemachten eigenen Fehler — zu „eigenen Fehlern“ rechnen im Sinne der DONot ja auch immer die Fehler seines Personals — zu analysieren und systematisch auszuwerten, „zu Nutz und Frommen anderer“, denen damit Hilfestellungen angeboten werden sollen, wie man mit solchen „Riesenschinken“ an Akten vielleicht etwas leichter fertig werden kann.

Wenn die für den Vollzug dieser „Vorgänge“ erforderlichen Arbeiten als „qualifizierte Verwaltungsarbeit“ charakterisiert wurde, so soll dies bedeuten, daß es in erster Linie Organisationsprobleme sind, die bei diesen Vorgängen auftreten. Organisationsprobleme allerdings, die auch bereits in der Fassung der entsprechenden Urkunde — oder Urkunden — liegen können und deren Gestaltung eigentlich schon den Rahmen für die spätere — mehr oder weniger erfolgreiche — Vollzugstätigkeit darstellt.

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich daher mit:

- a) den „Vorbereitungshandlungen“, die manchmal weit zurückreichen können, nämlich bis zur Gestaltung der Kaufverträge bei der Abwicklung eines Wohnungseigentumsprojekts;
- b) der Abfassung der Urkunde oder Urkunden zur Regelung des Vorgangs und der Beurkundung selbst;
- c) der Beseitigung der „Vollzugshindernisse“,
- d) der Vorlage des „Vorganges“ zum grundbuchamtlichen Vollzug, und
- e) der „Nacharbeit“, d. h. der Kontrolle des Vollzugs und der sonst an die Durchführung des Vollzugs anschließenden Arbeiten.

Diese Einteilung ist natürlich nicht zwingend. Man könnte der „Beurkundung“ selbst einen eigenen Abschnitt widmen, man könnte die „Vorbereitungshandlungen“ in unmittelbare und mittelbare unterteilen, die Vorlage zum Vollzug mit der Beseitigung der Vollzugshindernisse zusammenfassen oder die „Nacharbeit“ ebenfalls zum Vollzug rechnen. Es kommt hier nur darauf an, alle die Tätigkeiten, die bei einzelnen Urkunden über „kleine Vorgänge“ problemlos ablaufen, zu erfassen und zu beschreiben, um die vielfältigen Möglichkeiten des „Mißlingens“ darzustellen, wobei das „Mißlingen“ auch die überlange Dauer des Vollzugs mit umfaßt.

II.

Die Vorbereitungshandlungen

1. Einführung

Wenn wir oben als das Charakteristikum der hier behandelten Vorgänge die große Zahl der Beteiligten — und unter Umständen der durch das Geschäft geregelten Vorgänge — herausgestellt haben, so folgt daraus, daß eben die aus dem Rahmen fallende „Menge“ das eigentliche Problem ist.

„Menge“ bedeutet immer ein Organisationsproblem, wo immer es sich um eine entsprechende „Menge“ handelt.

Menge bedeutet aber hier, daß dem Vorgang als solchem eine „Tendenz zur Verwirrung“ innewohnt, das heißt, daß eine permanente Gefahr besteht, daß man die Übersicht verliert, daß deshalb die Bearbeitung immer von neuem am „Nullpunkt“ ansetzen muß, daß die bisher schon geleistete Arbeit immer wieder von neuem überprüft wird und es daher von Anfang an erforderlich ist, daß der Vorgang als solcher so „transparent“ gemacht und gehalten wird, wie es überhaupt nur möglich ist. Diese Transparenz betrifft aber nicht nur den bereits in Gang gekommenen Vorgang. Die Organisationsaufgabe beginnt bereits wesentlich früher, bei den „mittelbaren Vorbereitungshandlungen“, die nicht bei allen in der Einleitung erwähnten Geschäften möglich sind, wohl aber bei denen, die im Laufe der Zeit immer wichtiger werden, nämlich solchen, die sich mit Wohnungseigentumsgrundstücken oder der Änderung von Teilungserklärungen befassen.

Hier ist leider die Feststellung zu treffen, daß vom Gesetzgeber das darin liegende Problem bisher entweder nicht erkannt, jedenfalls aber nicht in entsprechender Weise geregelt wurde. Bei den teilweise riesigen Wohnungseigentümergeinschaften, die im Laufe der Jahre — auch durch die sogenannten „Bauherrenmodelle“ — entstanden sind, endet das Rechtsleben ja nicht mit der Konstituierung der Wohnungseigentümergeinschaft oder mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Die „Grundstücke“ — wenn auch förmlich „atomisiert“ in die Miteigentumsanteile der einzelnen Wohnungen — nehmen auch später noch am Rechtsverkehr teil, sei es in Gestalt von Straßengrundabtretungen, sei es in Gestalt von Arrondierungen, die irgendwie bewältigt werden müssen. Daß hier das unbedingte Prinzip der „Einstimmigkeit“ für die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte gilt und daß keine „gesetzliche Vertretung“ der Gemeinschaft als solcher — z. B. durch den Verwalter — möglich ist, stellt für den Vollzug solcher Vorgänge ein Handicap dar, das oft kaum zu überwinden ist. Wünschenswert wäre hier die Einführung einer „gesellschaftsrechtlichen Lösung“ nach dem Vorbild der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, wo nach entsprechender öffentlicher Ladung im Bundesanzeiger eine notariell zu beurkundende Versammlung abgehalten wird, die für die Gemeinschaft als solche beschlußfähig ist und mit Wirkung für alle den entsprechenden Beschluß fassen kann, dessen Ausführung dann dem Verwalter als gesetzlichem Vertreter der Gemeinschaft obliegt. Vielleicht paßt dies nicht ganz in das Schema des Miteigentums nach Bruchteilen, aber wie sich die AG aus der offenen Handelsgesellschaft herausentwickelte, so wird auch die Zukunft irgendwann einmal eine solche Lösung entwickeln müssen, wenn der Rechtsverkehr mit den Grundstücken der Wohnungseigentümergeinschaften überhaupt noch praktikabel bleiben — oder besser: werden — soll.

2. Die „mittelbaren Vorbereitungshandlungen“

Mittelbare Vorbereitungshandlungen stehen nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beurkundung und Abwicklung eines konkreten Vorganges, sie bereiten diese lediglich „aus der Ferne“ und „auf Verdacht“ vor.

Sie sind möglich bei Wohnungseigentumsobjekten, wo bereits bei den Kaufverträgen der einzelnen Erwerber Vollmachten aufgenommen werden können, welche später die Vertretung der einzelnen Eigentümer bei der Regelung solcher Vorgänge ermöglichen.

Die Frage ist zunächst, wem eine solche Vollmacht erteilt werden kann oder soll.

Damit ist bereits ein Problem angeschnitten, das die relative Bedeutung solcher „mittelbaren Vorbereitungshandlungen“ — oder einer solchen „Vorsorge“ — in aller Deutlichkeit zeigt.

Wird die Vollmacht dem Bauträger erteilt, der das Objekt erstellte, dann ist natürlich die Frage, ob dieser Bauträger dann, wenn von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden soll, rechtlich noch in der Lage ist, diese auszuüben — er kann nicht mehr, wenn es ihn nicht mehr gibt — oder ob er diese Vollmacht überhaupt noch ausüben will. Oftmals erreicht die Verärgerung zwischen Bauträger und Wohnungseigentümern in der Phase der Durchsetzung — berechtigter oder unberechtigter — Gewährleistungsansprüche eine solche Intensität, daß der Bauträger später seine Vollmacht gar nicht mehr ausüben will und dazu auch nicht gezwungen werden kann.

Kommt als weiterer Bevollmächtigter der „Verwalter“ in Frage, der bei dem Anlaufen des Objektes als solcher bestellt wurde. Hier ist die Problematik durchaus ähnlich. Der im Anlaufstadium eines Eigentumswohnungsobjekts ernannte Verwalter steht in aller Regel dem Bauträger nahe, so daß er in der „Verärgerungsphase“ meist abgewählt wird. Auch wenn das nicht der Fall ist, so ist die Verwaltungstätigkeit ja keine kontinuierliche, muß er doch nach Ablauf von jeweils 5 Jahren immer wieder von neuem gewählt werden.

Die Sache ist also auch hier mehr als problematisch. Man kann daher kurz sagen — nachdem es die „Verwalter auf Lebenszeit“ nicht mehr gibt — daß die Vorsorge durch Vollmachtserteilung in den ursprünglichen Kaufverträgen — von Ausnahmefällen abgesehen — zeitlich nicht sehr weit trägt. Es können im Einzelfall glückliche Umstände vorliegen, daß sich eine solche Vorsorge später als nützlich erweist. Doch darf nicht übersehen werden, daß die Vollmacht nicht auf den Rechtsnachfolger eines Eigentümers übergeht, der Rechtsnachfolger die erforderliche Vollmacht in den seltensten Fällen formgerecht selbst neu erteilt und daher mit der Länge der Zeit ohnehin die Zahl der verwendbaren Vollmachten immer weniger wird, also immer mehr Wohnungseigentümer selbst zur Unterschriftsleistung herangezogen werden müssen.

Man sollte aber trotzdem nicht vergessen, eine solche Vollmacht aufzunehmen, sie kann immerhin für solche Vorgänge, die in der ersten Zeit nach der Begründung der Eigentümergemeinschaft abzuwickeln sind, die Sache sehr erleichtern.

Bei der Festlegung des Inhalts solcher Vollmachten steht man einer weiteren Problemgruppe gegenüber. Faßt man sie zu weit, dann kann dadurch der einzelne Vollmachtgeber „unangemessen benachteiligt“ sein, faßt man sie zu eng, dann ereignet sich mit Sicherheit ein Fall, für den die Vollmacht nicht ausreicht. Macht man sie von einer Bedingung abhängig, daß etwa von ihr nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn ein entsprechender Beschluß der Eigentümerversammlung vorliegt, dann muß dieser Beschluß wieder in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden, wobei es mehr als fraglich sein kann, ob in diesem Fall die Erleichterung des § 26 WEG gilt, da sich diese Bestimmung nur auf den Nachweis der Verwaltereigenschaft bezieht. Schließlich ist auch die Vollmacht jederzeit widerruflich, so daß die Wirkung dieser „mittelbaren Vorbereitungshandlungen“ zwar manchmal nützlich sein kann, meist aber eher fraglich ist.

3. Die „unmittelbaren“ Vorbereitungshandlungen

Die unmittelbare Vorbereitung eines solchen Vorganges ist der klassische Fall des § 17 BeurkG, welcher verlangt, „den Sachverhalt zu klären“.

Was immer der zu bearbeitende Vorgang ist, die erste Vorbereitungshandlung wird immer die Vornahme der Grundbucheinsichten sein.

a. Die Grundbucheinsicht

Die Versuchung dürfte groß sein, hier bereits zu „schlamphen“ und die Grundbucheinsichten nicht gesondert für jeden einzelnen Beteiligten oder für jeden „im Paket“ enthaltenen Vorgang separat zu machen, sondern in Form einer Liste. Dieser Versuchung sollte man widerstehen. Eine solche Sammeliste führt bei der späteren Bearbeitung immer wieder zu Zweifeln und zu Verwechslungen und verhindert, für jeden der einzelnen im Paket enthaltenen „Fälle“ einen eigenen Akt anzulegen.

Man sollte jeden „einzelnen Fall“ in einem solchen Zusammenhang so ernst nehmen, daß man ihn nicht anders behandelt, als wenn es sich um eine isolierte Veräußerung etc. handeln würde. Diese Mühe macht sich im Laufe der Bearbeitungszeit bezahlt.

Bei dieser Einsicht sollte man sich bereits darauf einstellen, daß man einen Vorgang bearbeitet, der sich zu einem „Langläufer“ entwickeln kann, d. h. der möglicherweise nacheinander von verschiedenen Sachbearbeitern behandelt wird. Man soll daher Abkürzungen vermeiden, laufende Eintragungsanträge feststellen und nach einiger Zeit die Einsichten, bei denen Eintragungsanträge laufen, wiederholen. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß einige Zeit vergeht, bis es überhaupt zu einer Beurkundung kommt, und die Urkunde kann im Zeitpunkt der Beurkundung durch zwischenzeitlich eingetretene Änderungen des Grundbuchstandes schon wieder überholt sein.

Eine nochmalige Kontrolle vor der Beurkundung ist weniger zeitaufwendig als ein Nachtrag, der dann notwendig ist, wenn schon im Zeitpunkt der Beurkundung Grundbuch und Urkunde nicht mehr übereinstimmen.

b. Das „Kollationieren“ mit dem VN

Wenn der zu bearbeitende Vorgang ein Veränderungsnachweis ist, wird dessen Aufstellung von den gleichen Problemen überschattet wie die Beurkundung selbst. Er ist möglicherweise in dem Zeitpunkt, in dem der Notar ihn bekommt und die Arbeit beginnt, schon nicht mehr aktuell. Es ist klar, daß zwischenzeitlich eingetretene Erbfälle oder andere Eigentumswechsel möglicherweise zu einer Abänderung des Veränderungsnachweises zwingen; dies gilt aber auch schon für zwischenzeitlich vorgenommene Belastungen, wenn etwa die im Veränderungsnachweis vorgenommenen Flurstücksvereinigen oder Bestandteilszuschreibungen zu Ergebnissen führen, die für die Beteiligten unerwünscht sind.

Gerade der Frage, ob die vorgenommenen Teilungen, Vereinigen oder Zumessungen mit dem Willen des betroffenen Eigentümers vereinbar sind, sollte von Anfang an ein besonderes Interesse geschenkt werden.

Es kann ja sein, daß an einem Grundstück eine lästige Dienstbarkeit eingetragen ist, die durch eine Verschmelzung oder Zumessung auf ein oder mehrere weitere Grundstücke erstreckt werden müßte, um den Vollzug des Verän-

derungsnachweises zu ermöglichen. Dies kann den Absichten des Eigentümers völlig zuwiderlaufen. Die Prüfung der „Vollziehbarkeit“ des Veränderungsnachweises sollte sich daher auch auf diese Fragen erstrecken.

Diese Prüfung führt entweder zu dem Ergebnis, daß er vollziehbar ist — dann wird die Arbeit mit der Besprechung der Abwicklung mit dem „Hauptbetroffenen“ fortgesetzt — oder es wird festgestellt, daß der Veränderungsnachweis in der vorliegenden Form nicht vollziehbar ist. Dann sollte er umgehend mit einer entsprechenden Stellungnahme an das Vermessungsamt zurückgegeben werden.

Die Stellungnahme des Notars sollte dabei so schlüssig sein, daß das Vermessungsamt nun seinerseits nicht mit den Beteiligten Kontakt aufnimmt und diese unter Androhung der kostenpflichtigen Änderung oder Rückmessung „veranlaßt“, auf den Änderungswunsch zu verzichten, so daß der Notar nach kurzer Zeit sich dem gleichen Problem erneut gegenüber gestellt sieht.

Man sollte zwar einerseits eine Rückgabe des Veränderungsnachweises nicht ohne triftigen Grund vornehmen, man sollte sich aber andererseits davor nicht scheuen, wenn hierfür ein — aus der Sicht des Notars — triftiger Grund vorliegt. Stellen sich nämlich später Probleme beim Vollzug heraus, dann wird nicht danach gefragt, welche Schwierigkeiten vorliegen, sondern nur festgestellt, daß wieder so und so viele Veränderungsnachweise in diesem Notariat nicht vollzogen worden sind.

Auch wenn man sieht, daß der Veränderungsnachweis zwar dann, wenn besonders glückliche Umstände vorliegen, vielleicht vollziehbar ist, daß aber durch Änderungen die Chancen des Vollzuges entscheidend verbessert werden können, sollte man den Veränderungsnachweis abändern lassen. Die Mehrarbeit, die ein schwer vollziehbarer Veränderungsnachweis beim Notar verursacht, stellt oft eine so schwerwiegende Arbeitsbelastung des Notariats dar, daß die Mehrarbeit für das Vermessungsamt durch eine entsprechende Abänderung dagegen kaum ins Gewicht fallen dürfte.

Wenn sich der Notar um ein einigermaßen erträgliches Auskommen mit „seinem“ Vermessungsamt bemüht, dann dürften seine Änderungswünsche dort selten auf völlig taube Ohren stoßen.

c. Das „Grundschema“

Wenn das Kollationieren der Grundbucheinsichten mit dem Veränderungsnachweis zu dem Ergebnis geführt hat, daß dieser im Prinzip vollziehbar ist, dann sollte man das organisatorische „Grundschema“ der weiteren Abwicklung entwerfen. Dies sollte man auch dann tun, wenn es sich um Vorgänge handelt, denen kein VN zugrundeliegt, die aber eine große Zahl von Beteiligten umfassen.

Dieses Grundschema soll zum ersten Mal eine gewisse Ordnung in die weitere Arbeit bringen, soll von Anfang an die Transparenz ermöglichen, die bei der Bearbeitung eines solchen Falles immer wieder verloren zu gehen droht.

Wie man es macht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Das Grundschema kann in einer umfangreichen Strichliste bestehen, in der bereits ausgearbeitet wird, was im einzelnen zu tun ist.

Das Grundschema kann aber auch in der Anlage der Nebenakten für die einzelnen, im gesamten Vorgang enthaltenen

„Unterfälle“ bestehen, die man im Prinzip gar nicht frühzeitig genug anlegen und gar nicht sorgfältig genug behandeln kann.

Die Führung dieser Nebenakten wird an einer späteren Stelle noch eingehender behandelt werden (siehe Ziffer IV.1. a.). Zunächst können sie die Notizen darüber, was es ggf. noch zu ermitteln gilt, enthalten. Die Unterlagen, die man von dem Hauptbeteiligten — Verwalter der Eigentümergemeinschaft, Bauamt etc. — im Normalfall bekommt, erweisen sich für die notarielle Behandlung oftmals als zu dürftig, so daß schon am Anfang der Bearbeitung eines solchen Falles eine „Ermittlungsarbeit“ steht.

Neben diesen Nebenakten sollte man aber auch einen Sammel- oder „Leitakt“ anlegen, in dem eine umfassende Liste aller demnächst zu veranlassenden Arbeiten etc. enthalten ist. Diese Liste ist der „Leithammel“, von dessen Führung und Übersichtlichkeit viel abhängen kann.

Freilich glaubt fast jeder Sachbearbeiter, er hätte alles im Kopf. Aber wenn einige Zeit verstreicht, sich die Verhandlungen hinziehen und nach einigen Wochen oder Monaten der Fall weiterbearbeitet wird, dann geht es manchmal wieder völlig von vorne an, weil die menschliche Vergeßlichkeit doch etwas größer ist als der jeweilige Sachbearbeiter zuzugestehen bereit ist.

III.

Vorbereitung und Abfassung der Urkunde

1. Information mit dem Hauptbeteiligten

Jede der Urkunden, die in Ziffer I. am Ende aufgeführt sind, hat einen „Hauptbeteiligten“, sei es der Verwalter einer Eigentumswohnungsanlage, das Straßenbauamt, die Gemeinde, der Landkreis oder wer auch immer.

Dieser Hauptbeteiligte besitzt meist aus vorangegangenen Verhandlungen eine detaillierte Personen- und Sachkenntnis, weshalb mit ihm der „modus procedendi“ der Abwicklung abgesprochen werden sollte.

Straßenbauämter und andere Behörden können sich auf die staatliche Autorität stützen und, wo alle anderen Mittel versagen, kann bei den entsprechenden Vorgängen zu einer Enteignung geschritten werden, was auch alle Beteiligten wissen. Anders ist es beim Wohnungseigentum, bei dem die Beteiligten oft schwieriger, ihr Beitrag „freiwilliger“, sie daher weit empfindlicher sind und verstörter auf eine unrichtige Behandlung reagieren.

Deshalb sollte am Beginn dieser Arbeiten eine umfassende Aussprache der Urkundsperson oder des Sachbearbeiters mit dem „Hauptbeteiligten“ stehen. Der Notar sollte wissen, „was bereits gelaufen ist“, wie der aktuelle Stand der Angelegenheit unter den Beteiligten ist, ob es sich bei der vorzunehmenden Beurkundung um eine umstrittene Angelegenheit handelt oder um etwas, was alle freudigen Herzens akzeptieren. Verärgerungen, die in diesem ersten Stadium der Bearbeitung entstehen, können sich wie ein roter Faden bis zu der Stunde durchziehen, wo die Vollzugsmitteilung des Grundbuchamtes auf den Tisch des Notars gelegt wird. Und wenn „vorher“ noch so ungeschickt taktiert wurde, letztendlich wird man hinterher doch immer dem Notar die Schuld daran geben, wenn etwas nicht geklappt hat. „Er hätte ja geschickter sein können“.

Wenn also am Anfang eine solche „Erforschung des Umfeldes“ steht, kann für die weitere Bearbeitung viel gewonnen werden. Man soll also von Anfang an die richtige „Taktik“

einschlagen und daran denken, wie viel im Endeffekt bei schwierigeren Dingen immer vom Verhalten des Notars selbst abhängt, ob er überzeugen kann und eine Vertrauensbasis zu schaffen versteht.

Die Einigung mit dem Hauptbeteiligten sollte sich auch darauf erstrecken, welches Verfahren der Beurkundung man einschlagen will, worüber noch zu sprechen sein wird.

2. Vorbereitung der Urkunde

a. Eine oder mehrere Urkunden?

Es wird Fälle geben, in denen sich diese Entscheidung deshalb nicht stellt, weil entweder der Sachverhalt nur eine einheitliche Beurkundung zuläßt oder weil dieser Sachverhalt von vorneherein so klar gegliedert oder in einzelne Abschnitte aufgeteilt ist, daß eine Zusammenfassung sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Es werden aber auch Fälle überbleiben, in denen diese Frage sich stellt.

Die Beteiligten werden — bei ihrer Angst vor Gebühren — immer der Lösung den Vorzug geben, welche die billigere ist, zumindest derjenigen, von der sie meinen, daß sie die billigere sei. Im Einzelfall kann es durchaus zweckmäßig sein, einzelne Vorgänge abzukoppeln. Es gibt in allen Gegenden bekannte Querulanten oder Beteiligte, die schwierig, aber nicht bössartig sind.

Bei der Entscheidung — eine oder mehrere Urkunden — sollte man daher sowohl nach sachlichen wie auch nach persönlichen Gründen überlegen, was das richtige ist. Ein hysterischer Beteiligter, der immer nur meint, übervorteilt zu werden, kann einen ganzen Termin mit vielen Beteiligten zum Platzen bringen. Man sollte daher diese Fragen, je größer die Zahl der Beteiligten ist, mit desto größerem Ernst prüfen.

b. Der Inhalt der Urkunde

Bei der Abfassung der Urkunde muß man nun daran denken, daß das Notariatsgeheimnis auch unter den verschiedenen Beteiligten einer Urkunde gilt. Es dürfen daher keine persönlichen Verhältnisse eines Beteiligten anderen offenbart werden. Das gilt insbesondere für Belastungsverhältnisse. Manche Verärgerung kann darauf zurückzuführen sein, daß durch eine im Grunde harmlose Beurkundung plötzlich Belastungsverhältnisse bekanntgegeben werden.

Im Handakt des Notars wird deshalb mehr stehen als in der Urkunde, die alle zu sehen oder zu hören bekommen. Es ist daher eine selbstverständliche Verpflichtung des Notars, in einer Urkunde nicht mehr zu „offenbaren“, als von der Sache her unbedingt geboten ist. Die Eigentumsverhältnisse wird man natürlich aufführen müssen, aber die Belastungen des einen gehen keinen anderen etwas an. Dies wird auch Konsequenzen bei den einzelnen Formulierungen haben.

Die nun folgenden Einzelfragen stehen einmal unter dem Gebot der größtmöglichen Transparenz einer solchen Urkunde und zum anderen muß von vorneherein allen Veränderungen Rechnung getragen werden, die bis zum Vollzug der Urkunde eintreten können. Sie betreffen also einmal den Aufbau der Urkunde und zum anderen bestimmte Formulierungen, die in einer solchen Urkunde anders sind als in „normalen Fällen“.

aa. Aufbau der Urkunde

Was den Inhalt einer Urkunde angeht, lassen sowohl das Beurkundungsgesetz wie auch die DONot den Notar im

Stich. Er muß selber wissen, was er in eine solche Urkunde hineinschreibt.

Selbst die im Vergleich zur DONot blendend abgefaßte Geschäftsordnung für die Notariate in Bayern aus dem Jahre 1913 sagt hier sehr wenig, aber immerhin in § 122 einiges Beherzigenswerte, der wörtlich wiedergegeben werden soll:

„Die Darstellung in den Urkunden soll deutlich und verständlich, übersichtlich, kurz und bündig sein.

Bei größeren Urkunden ist es geboten, den Stoff in Absätze zu gliedern, den Absätzen Überschriften zu geben oder sie mit Nummern oder Paragraphen zu bezeichnen, besonders Wichtiges durch eigenartige Stellung, stärkere Schrift oder Unterstreichungen hervorzuheben, so daß der Leser sich in der Urkunde rasch und sicher zu rechtfindet. Zu dem gleichen Zwecke können am Rand der Urkunde Vermerke und Verweisungen angebracht werden.“

Wenn auch diese und die anderen im Vierten Abschnitt („Die Errichtung notarieller Urkunden“), 2. Titel („Die Form der Urkunden“) 3. („Die innere Gestaltung“) enthaltenen Vorschriften mehr formaler Natur sind, so geben sie uns doch Anhaltspunkte, vor allem im letzten Abschnitt.

Das Problem der „Transparenz“ der Urkunde wurde also schon damals deutlich angesprochen. Sie soll nicht nur „übersichtlich“, sondern auch „in Absätze gegliedert, mit Überschriften versehen“ sein etc., etc.

Das heißt, alles was verwirren könnte, ist zu vermeiden. Dies bedeutet, daß eine einmal eingeführte Reihenfolge möglichst immer beibehalten werden soll, von der „Ziffer I.“, in welcher die Grundbuchstellen und Eigentümer aufgeführt werden, über die „Ziffer II.“ mit den Angaben der „Verkäufer“ oder „Erwerber“, der Aufzählung der einzelnen Erwerbsvorgänge, der „Ziffer III.“ mit den Angaben der Preise oder Entschädigungen, der „Ziffer IV.“ mit den notwendigen sachenrechtlichen Erklärungen, z. B. der Auflassung, etc. Ein einmal eingeführtes Gliederungsschema sollte konsequent durchgehalten werden, die Urkunde in deutliche Absätze gegliedert werden und alles so gestaltet werden, daß sich jeder Leser und damit auch der Grundbuchbeamte rasch und sicher zurechtfinden kann.

bb. Der Inhalt der Urkunde im einzelnen

Was in die Urkunde aufgenommen werden muß, ist — jedenfalls hinsichtlich der allgemeinen Formulierungen — bekannt und braucht nicht wiederholt zu werden. Was nicht in die Urkunde aufgenommen werden soll, wurde bereits oben angeschnitten, also alles, was einen Beteiligten vor dem anderen bloßstellen könnte.

Es gibt jedoch bei den verwendeten Formulierungen Abweichungen vom „Normalen“ und zusätzliche Formulierungen, die nur bei Urkunden dieser Art auftauchen.

a) Abweichungen vom „Normalen“.

Wenn man auch sonst noch so sehr bestrebt ist, in den Urkunden einen Sachverhalt „konkret“ anzusprechen, um die üblichen vagen Formulierungen zu vermeiden, so kann man doch in einer solchen Urkunde vieles nur in einer recht abstrakten Formulierung ansprechen.

Das betrifft vor allem die sachenrechtlichen Erklärungen, also die Auflassungen, die Vereinigungen, Zuschreibungen von Bestandteilen, Pfandunterstellungen oder Rechtserstreckungen.

Man wird hier also generell schreiben:

„Soweit in dem Veränderungsnachweis Zuschreibungen von Teilflächen zu anderen Grundstücken vorgenommen werden, erklärt der Eigentümer des Zumesungsgrundstücks diese zugemessenen Teilflächen als Bestandteil des Zumesungsgrundstücks. Soweit an dem Zumesungsgrundstück in Abt. II des Grundbuchs Rechte eingetragen sein sollten, werden diese jeweils auf die zugeschriebenen Bestandteile ohne Änderung des sachlichen Inhalts erstreckt. Die Eintragung der Zuschreibungen und der Rechtserstreckungen in das Grundbuch wird jeweils bewilligt und beantragt.“

Eine solche Formulierung trifft alle und alles, man muß nur darauf aufpassen, daß beim Vollzug die zuzuschreibenden Bestandteile nicht ebenfalls belastet sind.

Die entsprechende Formulierung muß dann auch für Vereinigungen aufgenommen werden, mit der förmlichen Pfandunterstellung und Zwangsvollstreckungsunterwerfung für die Rechte in Abt. III. Unter Umständen kann eine Regelung des Rangverhältnisses dieser Rechte erforderlich sein oder eine gegenseitige Erstreckung, wenn man nicht die Vereinigung, die zu diesen Schwierigkeiten führt, lieber abändern lassen will. Man muß aber auch daran denken, daß die Belastungen im Zeitpunkt des Vollzuges andere sein können als im Zeitpunkt der Beurkundung und daß die Urkunde auch dann noch vollziehbar sein soll, ohne daß die Beteiligten erneut vorgeladen werden müssen.

b) Zusätzliche Formulierungen.

Nicht nur die Belastungsverhältnisse der betroffenen Grundstücke können im Zeitpunkt des Vollzuges andere sein als im Zeitpunkt der Beurkundung, es kann sich zwischenzeitlich auch noch verschiedenes anderes ändern. Es kann z. B. auch sein, daß ein Recht ganz gelöscht werden soll, das nicht nur an der betroffenen Teilfläche, sondern noch an anderen Grundstücken eingetragen ist, und daß daher eine generelle Löschungszustimmung und ein genereller Löschantrag für alle Löschungen, die vom amtierenden Notar, dessen Vertreter oder Nachfolger im Amt vorgelegt werden, erforderlich ist.

Ändern kann sich aber auch der Veränderungsnachweis, welcher der Beurkundung zugrunde liegt, in einer Art und Weise, die man im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht überblicken kann.

Ändern können sich die betroffenen Beteiligten selbst, sei es durch Gesamtrechtsnachfolge oder Einzelrechtsnachfolge, und zwar auf Seiten der Erwerber ebenso wie auf Seiten der Veräußerer.

Ändern können sich die persönlichen Umstände der Beteiligten, etwa dergestalt, daß an Stelle eines volljährigen Erblassers minderjährige Erben treten oder ein Beteiligter an Minderjährige zwischenzeitlich übergeben hat, daß ein Beteiligter verstirbt und an seiner Stelle ein Pfleger für die unbekannteten Erben handelt; es können für den Vollzug behördliche Genehmigungen erforderlich sein, die im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht notwendig waren. Man muß also dafür Sorge treffen, daß die Urkunde solchen veränderten Verhältnissen in einfacher Weise angepaßt werden kann.

Welcher Art diese Formulierungen sind, wird nun von Fall zu Fall verschieden sein.

Es muß jedoch sichergestellt sein:

- aa) die völlige rechtliche Unabhängigkeit der in einer Urkunde enthaltenen Erklärungen in persönlicher und sachlicher Hinsicht, d. h. daß alle Auffassungen und — soweit nach dem Veränderungsnachweis möglich — alle sonstigen Erklärungen getrennt voneinander vollzogen werden können sowie daß die Ungültigkeit der Erklärungen eines Beteiligten keinen Einfluß auf die Gültigkeit der Erklärungen der anderen Beteiligten hat;
- bb) daß alle später notwendigen Nachträge durch einen Bevollmächtigten der im Zeitpunkt der Beurkundung vorhandenen und bekannten Beteiligten beurkundet werden können, ohne Rücksicht darauf, was diese betreffen, z. B. den Austausch einzelner Beteiligter, Stellung aller denkbaren Anträge für Genehmigungsverfahren etc.
- cc) es muß auch sichergestellt sein, daß die Nebenerklärungen ohne Schwierigkeiten vollzogen werden können, z. B. wenn statt einer Pfandfreigabe eine Löschung erteilt wird, die nicht nur die veräußerte Teilfläche betrifft, oder wenn statt der Zustimmung des Gläubigers zu einer Änderung der Teilungserklärung eine Löschungsbewilligung übersandt wird.

Man wird immer wieder Überraschungen bei der Bearbeitung von solchen Fällen erleben, wie viele von den eingetragenen Belastungen zwar lösungsreif sind, aber nicht gelöscht wurden. Oftmals haben die Beteiligten die Löschung bereits in Händen und wissen es nicht, oder sie haben sie zwar einmal gehabt, aber zusammen mit dem Grundschuldbrief oder Hypothekenbrief verloren, vernichtet etc. Der Notar sollte in der Lage sein, ggf. auch das Aufgebotsverfahren für solche Rechte einleiten zu können; jedenfalls muß auch eine Zustimmung zu solchen Löschungen in der Urkunde enthalten sein, die nicht nur die Vertragsfläche betreffen oder das ganze „Stammgrundstück“, aus dem die Veräußerung erfolgt, sondern auch andere mitbelastete Grundstücke.

Vollmachten sollten in solchen Fällen immer aufgenommen werden. Dabei sollte nicht nur eine Person, sondern mehrere bevollmächtigt werden, also nicht nur der „Erwerber“ (Staat, Gemeinde etc.) oder der Verwalter, sondern auch weitere Beteiligte (z. B. Verwaltungsbeiräte der Wohnungseigentümergeinschaft), in besonderen Ausnahmefällen auch Notariatsangestellte, und zwar mehrere, von denen jeder für sich handeln kann. Sonst erlebt man immer wieder, daß gerade die Kraft, der die Vollmacht erteilt wurde, ausgeschieden ist oder sich gerade in Schwangerschaftsurlaub befindet oder ihren Urlaub in Mexiko verbringt. Es gibt auch bei der Bearbeitung solcher Vorgänge ein Gesetz des „Zusammentreffens mehrerer ungünstiger Ereignisse“. Manchmal trifft der Satz „wenn irgendwo der Wurm drin ist, dann gleich ordentlich“ bei der Abwicklung solcher Fälle so zu, als ob er von einem über der Bearbeitung eines derartigen Falles verzweifelten Notar erfunden worden wäre.

Es ist Geschmacksache, wie weit man im Einzelfall hier die Vorsorge treiben will. Je größer die Zahl der Beteiligten, je größer die Zahl älterer Beteiligter, je größer die

Wahrscheinlichkeit, daß Abänderungen erfolgen, desto mehr sollte man versuchen, mit abstrakten Formulierungen die künftigen möglichen Veränderungen der Urkunde und der Beurkundungsgrundlagen „abzufangen“.

Natürlich soll man nicht übertreiben, aber man soll daran denken, daß die Wirklichkeit mehr an Überraschungen bereithalten kann, als man sich gemeinhin vorzustellen wagt, und daß alle diese Überraschungen umso zahlreicher sein können, je größer die Zahl der Beteiligten ist und je länger der Vollzug eines solchen Vorganges dauert. Oft sind die Mittel, einem Hängenbleiben des Vollzugs vorzubeugen, recht einfach. Man muß nur rechtzeitig daran denken.

3. Der Beurkundungsvorgang selbst

Wenn es auch stets die Regel sein und bleiben soll, daß die Urkunde in Gegenwart der „Beteiligten“ errichtet wird und unter diesen Beteiligten nicht nur derjenige verstanden werden soll, der die Erklärung abgibt, sondern diejenigen, die von der Urkunde materiell betroffen werden, so kann bei solchen Massengeschäften einmal eine Ausnahme angezeigt sein. Das wichtigste ist ja zunächst, die Urkunde in formell richtiger Weise zu errichten.

a. Die Beurkundung

Die Erfüllung des einfachen Satzes 1 des § 13 BeurkG wird bei Massenbeurkundungen zum Problem.

Dabei muß an dieser Stelle festgestellt werden, daß es sich hier nicht um eine jener verpönten und standesrechtlich unzulässigen „Massenbeurkundungen“ handelt, bei denen sämtliche Kaufbewerber eines Eigentumswohnungsblocks oder einer Reihenhaussiedlung, die alle jeweils nur ihren individuellen Vertrag abschließen, in einem Termin zusammengefaßt werden, sondern um die Beteiligten einer einzigen Urkunde.

Der Notar liest vor — aber wird er gehört, d. h. physisch verstanden? Er liest in Gegenwart der Beteiligten, aber sind diese wirklich alle jederzeit und ununterbrochen anwesend? Kann er das überhaupt noch genau überprüfen?

Bei allen diesen Beurkundungen gibt es jene, die gar nicht kommen, im letzten Augenblick verhindert sind, zu spät kommen, zu früh gehen, die sofort unterschreiben wollen, „weil sie das alles gar nicht interessiert“.

Die Gefahr, daß hier ein Beurkundungsfehler passiert, der dann später unbarmherzig ans Licht gezogen wird, weil einer oder mehrere Beteiligte den Vollzug einer solchen Urkunde um fast jeden Preis verhindern wollen, ist groß.

Auch wenn daher ein Sammeltermin abgehalten wird, kann es gegebenenfalls zweckmäßiger sein, die Urkunde im formellen Sinn vorher in der Amtsstelle zu errichten — z. B. durch den Verwalter oder einen Angestellten des Straßenbauamts als vollmachtlosen Vertreter —, wobei der Inhalt der Urkunde nochmals gründlich überprüft wird, denn manche Schnitzer werden erst entdeckt, wenn die Urkunde laut verlesen wird.

Dabei sollten nach Möglichkeit mehrere Angestellte zugegen sein, von denen einer die Grundbucheinsichten vor sich hat, der andere den Veränderungsnachweis, wobei einer an Hand einer hoffentlich vorhandenen Liste die Richtigkeit der Adressen, der Schreibweisen der Namen etc. kontrolliert. Bei Wohnungseigentumssachen ist es wünschenswert, daß der Verwalter mit den entsprechenden und hoffentlich vollständigen Unterlagen anwesend ist.

Dieser Termin sollte auch nicht in der letzten halben Stunde vor dem Sammeltermin angesetzt sein, sondern eine geraume Zeit davor, damit man erforderlichenfalls den Beurkundungsvorgang abbrechen, noch weitere Ermittlungen anstellen und ungeklärte Punkte aufklären kann.

Oft wird es allerdings so sein, daß man gerade im letzten Moment mit der Vorbereitung einer solchen Urkunde fertig wird. Gerade in derartigen Fällen ist generelle Vollmacht für alle nur möglichen Arten von Nachträgen wirklich angebracht.

b. Der Termin

Die Abhaltung eines Termins für die Abgabe der Genehmigungserklärungen erfordert manchmal psychologisches Fingerspitzengefühl. Wenn man die Leute kennt, merkt man die Stimmung, wenn man den Saal betritt. Manchmal wird man aber auch davon überrascht, welche Stimmung einem entgegenschlägt.

Es empfiehlt sich daher, sich zunächst einen Überblick darüber zu verschaffen, wo die Leute der Schuh drückt. Man sollte daher versuchen, zuerst die Leute zu veranlassen, ihren sprichwörtlichen „Dampf“ abzulassen, indem man die Beurkundung mit einigen Fragen eröffnet, „ob jemand besondere Fragen zu stellen habe“, „sich für bestimmte Punkte besonders interessiere“, „seinerseits Anregungen machen wolle“ etc.

Gerade wenn es sich um Dinge handelt, die unter den Beteiligten kontrovers sind, kann es sehr förderlich sein, wenn der Notar vor dem Verlesen der — bereits abgeschlossenen — Urkunde Erläuterungen gibt, selbst die Beteiligten über Sinn und Zweck der Beurkundung informiert, möglichen Bedenken zuvorkommt oder für begründete Einwendungen und Bedenken eine Lösung anbietet. Bei solchen Sammelterminen ist es noch weit mehr als sonst erforderlich, daß der Notar seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in überzeugender Weise darstellt.

Beim Termin selbst kann man die bereits errichtete Urkunde nochmals verlesen oder verlesen lassen und dann die Genehmigungserklärungen der Beteiligten entgegennehmen. Man kann dann rein formelle Urkundstelle — die niemanden von den Beteiligten interessieren — kurz darstellen und sich mit den Erläuterungen und Belehrungen auf die wesentlichen Teile konzentrieren, so daß das Beurkundungsverfahren in einer vernünftigen Weise „effizienter“ gestaltet wird, d. h. der Sinn der Beurkundung erfüllt wird, ohne daß man an deren Formalien zu scheitern braucht.

c. Die Genehmigung durch die Beteiligten

Wenn der Fall bis an diese Stelle gediehen ist, sollen die Genehmigungen der Beteiligten entgegengenommen werden. Hier empfiehlt es sich, eine alle Namen enthaltende Genehmigungserklärung vorzubereiten, auf welcher der Name eines jeden Beteiligten bereits mit der Schreibmaschine vorgeschrieben ist, und zwar in der Reihenfolge, die sich aus dem Urkundeneingang ergibt und die auch in den weiteren Teilen der Urkunde eingehalten sein sollte.

Man glaubt nicht, wie schlecht der Durchschnittsbürger heute schreibt. Viele Unterschriften sind absolut unleserlich. Man kann sich das Rätselraten darüber, welches Gekrakel die Unterschrift welches Beteiligten darstellt, durch eine solche im Grunde sehr einfache, aber effiziente Maßnahme ersparen. Dann macht es auch nichts aus, in welcher — zeitlichen — Reihenfolge die Beteiligten unterschreiben; jeder setzt seine Unterschrift zu seinem vorgeschriebenen Namen.

Auf diesem Umschlag wird nach der Beurkundung vermerkt, was bereits erledigt ist und was noch zu erledigen ist. Sind keine Genehmigungen etc. zu erholen, dann kann man das entsprechende Feld auch mit einem Schrägstrich abschließen. Wenn das entsprechende Anforderungsschreiben ausläuft, dann soll das Datum des Auslaufs angegeben werden.

bb. Inhalt des Beiakts

In den Beiakt werden eingelegt:

- a) die Grundbucheinsicht,
- b) der Schriftwechsel, der zur Erholung von Genehmigungen etc. zu führen ist,
- c) die eingehenden Erklärungen, Grundschuldbriefe etc.
- d) Notizen über Gespräche und Telefonate mit Banken, Beteiligten etc.
- e) alles was sonst noch für diesen speziellen Fall interessant ist.

cc. Sammlung der Beiakten

Es ist anzuraten, die Beiakten in verschiedenen Sammelakten abzulegen, wobei in den einen Sammelakt die Akten kommen, die bereits vollzugsreif sind oder bei Erreichen der Vollzugsreife dort eingelegt werden, und in den anderen Sammelakt alle diejenigen, an denen noch gearbeitet wird.

Man erhält durch diese Maßnahme eine automatische Kontrolle darüber, was in einem Fall noch zu bewältigen ist. Normalerweise wird der eine Sammelakt, der die noch zu bearbeitenden Fälle enthält, immer dünner, der andere mit den erledigten Beiakten immer umfangreicher.

b. Der Generalakt

Neben diesen Beiakten, welche die einzelnen noch zu erledigenden Arbeiten auseinandertrennen und die getrennte Bearbeitung der Vollzugshindernisse in optimaler Weise ermöglichen, sollte es jedoch noch einen Generalakt geben. In diesem liegt die Urkunde selbst und eine Liste aller Vollzugshindernisse, die sich aus der Auflistung der in den einzelnen Beiakten festgehaltenen Vollzugshindernisse ergeben.

Daraus resultiert so etwas wie eine „doppelte Buchführung“ der Vollzugshindernisse. Diese sollte auch immer fortgeführt werden. Geht eine Löschung etc. ein, dann wird dies auf dem entsprechenden Beiakt, aber auch auf der generellen Liste der Vollzugshindernisse vermerkt. Erst danach wird die eingehende Erklärung mit weiteren Unterlagen in den Nebenakt eingelegt.

Wie man diese Liste führt, hängt wieder von den Umständen des Einzelfalles ab. Man kann sie systematisch unterteilen in:

- a) fehlende Genehmigungen von Beteiligten,
- b) fehlende Genehmigungen von Behörden etc.
- c) fehlende Zustimmungen von Gläubigern etc.
- d) sonstige Hindernisse.

Man kann sie aber auch in der Weise führen, daß für die einzelnen betroffenen Grundstücke, die einzelnen Wohnungen etc. jeweils kurz die Angaben der Beiakten zusammengefaßt dargestellt werden.

Man kann dafür keine Regeln aufstellen, ausgenommen zwei:

- a) Diese generelle Liste sollte so übersichtlich sein, daß der aktuelle Bearbeitungszustand des ganzen Falles sich jederzeit daraus ablesen läßt.

- b) Diese Liste sollte in regelmäßigen Zeitabständen immer wieder „fortgeschrieben“ werden, d. h. neu angelegt werden, damit deren Übersichtlichkeit erhalten bleibt.

Wenn am Anfang 100 oder 200 Vollzugshindernisse zu beseitigen sind, dann wird sich nach einiger Zeit diese Zahl auf die Hälfte, dann auf noch weniger verringern, bis sich der „harte Kern“ der Vollzugshindernisse herauschält. Gegen Ende der Bearbeitungszeit wird dann nur mehr dieser „harte Kern“ auf der Liste vorhanden sein.

2. Die Beseitigung der Hindernisse

Die Vollzugshindernisse wurden in verschiedene Gruppen eingeteilt, die jeweils ihre eigenen Methoden der Bearbeitung erfordern.

a. Genehmigung von Beteiligten

Wenn Beteiligte im Sammeltermin — siehe oben Ziffer III. 3. — anwesend sind, kann ihnen bei dieser Gelegenheit die erforderliche Aufklärung gegeben werden.

Wenn sie im Termin nicht erschienen waren, dann kann dies darauf basieren:

- a) daß sie zu diesem Termin aus zeitlichen Gründen nicht kommen konnten,
- b) daß sie wegen auswärtigen Wohnsitzes nicht kommen konnten,
- c) daß sie zwar zu diesem Termin nicht kommen wollten, aber grundsätzlich bereit sind zu unterschreiben,
- d) daß sie prinzipiell nicht unterschreiben wollen.

Man kann nun diesen allen eine Abschrift der Urkunde zusenden, mit Genehmigungsentwurf und dem kurzen Anschreiben mit der Aufforderung, daß sie die Urkunde vor einem Notar ihrer Wahl unterschreiben sollen.

Richtiger wäre es aber, von Anfang an alle diese Beteiligten unterschiedlich zu behandeln:

- a) Ortsansässige, d. h. im eigenen engeren Amtsbereich Wohnende, sollten prinzipiell vorgeladen werden, da sich bei einer Vorsprache an der Amtsstelle alle erforderlichen Aufklärungen geben lassen, die ein Beteiligter nur wünschen kann.
- b) Bei auswärtigen Beteiligten sollte man erforschen, zu welcher Gruppe der oben genannten Personen sie gehören. Weiß man, daß der Betreffende im Prinzip einverstanden ist und ohne weiteres unterschreiben wird, dann genügt ein Schreiben, in dem der Sachverhalt, soweit dieser Beteiligte davon betroffen wird, so kurz wie möglich erläutert wird. Weiß man aber sicher, daß bei dem Betreffenden erheblichere Vorbehalte gegen die Unterzeichnung der Urkunde bestehen, dann wird man eine eingehende Erläuterung des Sachverhaltes mitsenden.
- c) Wenn ein Schreiben als unzustellbar zurückkommt, dann sind weitere Nachforschungen geboten; man wird zunächst den „Hauptbeteiligten“ auffordern, die Adresse zu ermitteln. Allerdings wird man die Erfahrung machen, daß dieser schon aus Gründen des Datenschutzes mit seinen Nachforschungen nicht sehr weit kommt. Man wird also als Notar gezwungen sein, unter Angabe der Gründe bei der zuständigen Meldebehörde um die entsprechenden Auskünfte nachzusuchen.

d) Manchmal wird man die Feststellung machen, daß der Beteiligte verstorben ist. Man wird also die Erben ermitteln müssen. Zunächst kann man sich an das Nachlaßgericht des letzten bekannten Wohnortes des Beteiligten wenden. Wenn Grundbesitz vorhanden war, dann ist auch meist ein Nachlaßverfahren durchgeführt worden. Die Anfrage an das Nachlaßgericht wird daher in vielen Fällen Erfolg bringen.

Wenn dies aber nicht weiterführt, dann hilft wieder nur die Anfrage an den Hauptbeteiligten, z. B. an den Verwalter, mit wem er denn jetzt abrechnet. Nur ist es dabei so, daß es dem Verwalter im Grunde gleichgültig ist, wem die Wohnung „gehört“, wenn er nur einen hat, der dafür bezahlt. Immerhin kann aber dieser „Zahler“ zumindest zu den Erben gehören, so daß auf diesem Weg die weiteren Erben ermittelt werden können.

In den meisten Fällen wird man mit diesen Methoden rasch zum Erfolg kommen. Was aber geschieht mit dem harten Kern der Verweigerer?

Davon wird später noch zu reden sein.

b. Erholung von Pfandfreigaben etc.

Nicht nur die „unmittelbar“ Beteiligten, die Eigentümer, Wohnungseigentümer etc., machen beim Vollzug Schwierigkeiten, sondern auch die vielen nur „mittelbar“ Betroffenen, die Gläubiger oder dinglich Berechtigten.

Dabei sind wieder verschiedene Fallgruppen zu unterscheiden, die manchmal nebeneinander, manchmal aber auch kumulativ vorkommen können.

a) Belastungen, für die ein Unschädlichkeitszeugnis erteilt werden kann:

Soweit es sich um die Veräußerung von Teilflächen handelt, welche die Wertgrenze des Unschädlichkeitszeugnisses nicht überschreiten, wird man eine erforderliche Lastenfreistellung am einfachsten mit einem solchen Zeugnis durchführen. Dieses Verfahren hängt natürlich auch von dem betreffenden Amtsgericht ab, aber die Ausstellung von Unschädlichkeitszeugnissen scheint sich nach einigen schwierigen Jahren wieder etwas besser eingespielt zu haben.

b) Belastungen, für die ein Unschädlichkeitszeugnis nicht in Frage kommt:

Hier kann man mehrere Gruppen unterscheiden:

- aa) es kann sich um eine Überschreitung der Wertgrenze handeln,
- bb) es kann sich um ein Recht handeln, für das ein Unschädlichkeitszeugnis nicht erteilt werden kann,
- cc) es kann sich um einen Fall handeln, wo trotz eines minimalen Wertes kein Unschädlichkeitszeugnis in Frage kommt, etwa weil es sich nicht um eine „Freigabe“, sondern um die „Zustimmung“ eines Berechtigten handelt, etwa bei der Änderung des Inhalts von Teilungserklärungen.

Natürlich kann man hier auch weiter unterteilen, je nachdem ob der Berechtigte eine Privatperson ist oder eine Bank, Versicherung, Sparkasse etc., also ein Kreditinstitut im weitesten Sinne.

Sodann kann sich bei der Erholung der Freigabe oder Zustimmung herausstellen, daß das Recht bereits gegenstandslos ist, also lösungsfähig, daß also entgegen den

in der Urkunde getroffenen Dispositionen nicht eine Freigabe, sondern nur die vollständige Löschung in Frage kommt.

Auch hier ist es wieder sehr unterschiedlich, je nachdem um welches Recht es sich handelt, bei höchstpersönlichen Rechten ferner, wo und wann der Berechtigte verstorben ist. Man findet bei solchen Gelegenheiten immer wieder Rechte, die seit Urzeiten nicht mehr bestehen oder nicht mehr ausgeübt werden, bei denen aber auch alle Kunst vergebens zu sein scheint, weil einfach sich niemand daran erinnert, wer der Berechtigte war, wo und wann er lebte etc.

Sind nun in solchen Fällen die Grundakten verbrannt, dann hilft oft nur mehr ein Aufgebotsverfahren, um die Löschung zu erreichen. Das gleiche gilt auch, wenn es sich um ein Briefrecht handelt, bei dem der Brief verlorengegangen ist.

Jedenfalls kann gesagt werden, daß sich die Arbeit an einem Veränderungsnachweis oder anderen solcher Vorgänge in eine Fülle von Nebenarbeiten auffächert, die leider allzuoft zu dem Ergebnis führen, daß, wenn ein Hindernis schließlich beseitigt ist — z.B. durch das Aufgebotsverfahren eines verlorenen Hypothekenbriefes —, wieder ein neues Hindernis auftaucht und an einem anderen Ende die Arbeit wieder von vorne beginnt.

Soweit es sich bei den Berechtigten um Kreditinstitute im weitesten Sinne handelt, kann der Vollzug eines solchen Vorganges auch dazu führen, daß diese nunmehr eine Teilablösung wollen und nicht bereit sind, ohne eine Zahlung die Freigabe zu erklären. Soweit es sich bei den Berechtigten aber um Privatpersonen handelt, kann das Verhältnis zwischen Eigentümer und Berechtigten durchaus so sein, daß eine Pfandfreigabe nicht zu erlangen ist — „aus Prinzip“ —.

Die Situation kann manchmal für den Notar außerordentlich delikatsam sein. Wenn ein einzelner Vorgang nicht vollziehbar ist, weil etwa ein Berechtigter nicht mitmacht, dann kann man hier nur alles das wiederholen, was oben bezüglich der Eigentümer gesagt wurde. Man muß eine Änderung des Veränderungsnachweises herbeiführen.

Der Notar soll bei der Behandlung eines solchen Falles nicht aus dem Auge verlieren, daß die Lastenfreistellung nicht eine Verpflichtung ist, die ihn trifft. Es ist nicht seine Aufgabe, den oder die Gläubiger zu überreden, die Pfandfreigabe abzugeben. Der Verpflichtete ist der Veräußerer oder ein anderer Beteiligter, aber niemals der Notar. Daß der Notar hier Hilfsdienste leistet ist klar, aber er steht nicht unter einem „Erfolgswang“ in dem Sinne, daß er „um jeden Preis“ die Unterschrift des Berechtigten herbeiführen müßte.

Die Pflicht zur Neutralität besteht für den Notar auch gegenüber dem dinglich Berechtigten. Wenn dieser freiwillig auf Anschreiben die erbetene Erklärung nicht abgeben will, dann ist der Notar gewissermaßen „aus dem Schneider“. Niemand kann ihm zumuten, zum Bittsteller für die Beteiligten zu werden, nur „damit der Veränderungsnachweis vollzogen werden kann“.

Trotzdem kann natürlich die Art und Weise, wie der Notar seine Tätigkeit ausübt, eine Rolle dabei spielen, ob er mit seinen Anschreiben Erfolg hat oder nicht.

Wenn dem Berechtigten ohne jede nähere Erklärung nur eine Pfandfreigabe „hingeknallt“ wird mit der unhöflichen

Aufforderung, diese umgehend vor einem Notar zu unterzeichnen, dann ist der Mißerfolg so gut wie vorprogrammiert. Es kann daher wohl erwartet werden, daß der Notar dem Berechtigten die erforderlichen Informationen mitteilt, die dieser für seine Entscheidung wie ein unmittelbar betroffener Eigentümer benötigt. Das heißt aber nicht, daß der Notar den Berechtigten „beschwätzen“ oder ihm eine Unterschrift förmlich abschmeicheln soll. Die Situation kann oft delikater sein, auf dem Lande nicht weniger wie in der Stadt. Auch hier gibt es für den Notar Grenzen seiner Amtstätigkeit. Er ist kein Vollzugsbeamter oder ein unter Erfolgswang stehender Beschaffer von Genehmigungen oder Pfandfreigaben, er ist Notar.

Man braucht sich hier nicht in Einzelheiten zu verlieren. Die Erholung solcher Erklärungen kann natürlich auch systematisiert werden. Sind größere Kreditinstitute oder Bausparkassen betroffen, dann wird man den Sachverhalt, den man mitzuteilen hat, kurz fassen können, aber hier in jedem Falle die Darlehensnummer, die Bausparvertragsnummer, das Aktenzeichen oder den Sachbearbeiter angeben. Man kann auch mit der entsprechenden Bank — wenn diese mehrmals beteiligt ist — vorher abklären, ob sie ein eigenes Anschreiben für jeden einzelnen Fall will oder eine „Sammelvorlage“.

V.

Einzelheiten zur Hindernisbeseitigung

Es ist bei jeder Arbeit wesentlich, daß man das Schema, das man einmal zugrundegelegt hat, auch konsequent weiterführt. Wir sind oben von einer Liste ausgegangen und auch davon, daß man die Beteiligten eine Genehmigungserklärung unterschreiben lassen soll, in der alle Beteiligten in der Reihenfolge aufgeführt sind, in der sie in der Urkunde selbst erscheinen.

Das hat einmal den Sinn der leichteren Identifizierbarkeit der Unterschriften, aber auch den Sinn, eine genaue „Buchführung“ über die eingegangenen Genehmigungen etc. zu haben. Man muß daran denken, daß die ganze Urkunde in irgendeinem unbestimmten Zeitpunkt dem Grundbuchamt vorgelegt wird und der Grundbuchbeamte dann wieder „am Nullpunkt“ anfangen muß, da auch er alles kontrollieren muß.

Man kann diese Arbeit natürlich sehr vereinfachen, wenn man jeden der Beteiligten an der Stelle unterschreiben läßt, die sich aus der konsequent angelegten Genehmigungserklärung ergibt, d. h. dort, wo sein Name vorgeschrieben ist. Nur darf man diese Genehmigungserklärung nie aus der Hand geben. Man kann also zwar alle diejenigen, die beim Notar selbst unterschreiben, immer an der „richtigen Stelle“ unterschreiben lassen, unabhängig davon, wann die Unterschriftsleistung erfolgt. Dies geht aber nicht bei den „Auswärtigen“, die jeweils auf einer separaten Genehmigungserklärung unterschreiben. Es wird sich also ergeben, daß der Urkunde nicht eine, sondern viele Genehmigungserklärungen beigeheftet werden müssen, eine umfangreichere und verschiedene andere, auf denen nur jeweils ein Beteiligter oder die Miteigentümer einer Wohnung oder eines Grundstücks unterschrieben haben. Man sollte diese separaten Genehmigungserklärungen fortlaufend nummerieren und an der Stelle der „Hauptgenehmigungserklärung“, wo diese Beteiligten hätten unterschreiben sollen, einen Verweis anbringen

„siehe Gen.-Erklärung Nr. xy“.

Man kann auch diese Systematisierung noch weiter treiben, indem man — da ja die Beglaubigung zu recht unterschiedlichen Zeiten erfolgen wird — noch einen Verweis anbringt:

„siehe Beglaubigung URNr. xy/1984“.

Das sieht alles nach übertriebener Bürokratie aus. Aber diese minimalen zusätzlichen Arbeiten, die jeweils kaum eine nennenswerte Mühe verursachen, ersparen unendlich viel Zeit und Mühe bei allen Kontrollarbeiten, wenn der Sachbearbeiter wechselt, wenn eine gezielte Auskunft gegeben werden soll, etc. Leider ist es so, daß bei der Bearbeitung solcher Fälle die Kontrollarbeiten einen unverhältnismäßig großen Raum einnehmen.

1. Die Fortführung der Liste

Oben unter IV 1.b. wurde der „Generalakt“ erwähnt, der in solchen Fällen zu führen ist und der auch die Liste aller Vollzugshindernisse enthalten soll.

Wenn erfolgreich gearbeitet wird, dann wird diese Liste sehr bald überholt sein. Die „beseitigten Hindernisse“ werden „gestrichen“ und nach einiger Zeit wird die Liste aus mehr „Strichen“ als noch offenen Vollzugshindernissen bestehen. Man wird daher diese Liste in regelmäßigen Abständen oder nach dem Erfolg der Arbeit „fortführen“ müssen, d. h. eine neue Liste anfertigen, aus der dann wieder in übersichtlicher Weise zu ersehen ist, welche Arbeiten noch zu erledigen sind.

Es können aber auch neue Vollzugshindernisse hinzukommen, etwa wenn sich herausstellt, daß zu der Erholung einer einfachen Pfandfreigabe nun ein Aufgebotsverfahren für den verlorenen Grundschuldbrief tritt oder daß anstelle der Genehmigung eines Beteiligten zunächst der Erbschein und dann die Genehmigungen aller Erben und unter Umständen der Nacherben beschafft werden müssen.

Es ist daher anzuraten, daß diese Liste immer wieder neu angelegt wird. Die Arbeitersparnis, die dadurch erzielt wird, ist beträchtlich, wenn man den Zeitaufwand vergleicht, den man benötigt, wenn man die ursprüngliche Liste jedesmal erneut von Anfang an durchsehen muß.

Die Fortführung der Liste wird dann einfach, wenn man einen Schreibautomaten zur Verfügung hat, in den die erste Fassung der Liste eingegeben wird und in dem dann die jeweils erledigten Hindernisse „gelöscht“ werden, so daß ein einfacher und in wenigen Minuten erledigter neuer Ausdruck immer wieder die Liste auf den neuesten Stand bringt.

Man soll die Effizienz solcher einfachen Organisationsmittel nicht unterschätzen; sie erfordern oft kaum einen zusätzlichen Arbeitsaufwand und sind sehr wirksam im Hinblick auf die „Transparenz“ eines solchen Aktes.

2. Das Sammeln der erledigten Sachen

Wenn die Arbeit läuft, dann gehen auch in bunter Folge die Löschungen, Pfandfreigaben, Genehmigungserklärungen ein, die nun in irgendeiner Weise gesammelt werden müssen. Ist der Vorgang als solcher sehr umfangreich, dann kommt nichts anderes in Frage, als das Sammeln all dieser Erklärungen in dem unter Ziffer IV. schon angesprochenen Beiakt. Erst bei der Vorlage, wenn die Endkontrolle die Vollzugsreife ergeben hat, sollte der ganze Vorgang zusammengeführt werden.

Hiervon ist jedoch eine Ausnahme zu machen. Wenn nicht Pfandfreigaben eingehen, sondern Löschungen des Rechts selbst, dann soll man diese nicht liegen lassen, sondern so-

fort zum Vollzug bringen. Man sollte überhaupt alle getrennt vollziehbaren Vorgänge immer sofort durch die Vorlage an das Grundbuchamt erledigen. Das sind insbesondere Grundbuchberichtigungen und alle Löschungen, die zwar spätestens mit der Vorlage des gesamten Vorganges an das Grundbuchamt weitergegeben werden müssen, jedoch schon früher vollzogen werden können. Die endgültige Vorlage wird später wesentlich einfacher, wenn alle diese Dinge vorweg „gelaufen“ sind.

3. Buchführung für Grundpfandrechtsbriefe

Die Buchführung über Grundpfandrechtsbriefe, bei der der Eingang im Notariat, die Weitergabe und die endgültige Rückgabe vermerkt zu werden pflegt, ist gerade auch bei solchen Akten angebracht. Man sollte Briefe, die sich normalerweise längere Zeit im Amt befinden werden, in besonderer Weise kennzeichnen, und zwar entweder indem man sie in dem allgemeinen Register farbig unterlegt oder mit einem besonderen Kennzeichen versieht, oder indem man sie in einem eigenen Verzeichnis führt. In fast jedem Notariat wird mit Sucharbeit viel Zeit vertan, die eingespart werden kann, wenn man auch solche untergeordneten Dinge in sinnvoller und entsprechender Weise organisiert.

4. Zeitvorgaben für Arbeitsabschnitte

Es ist eine allgemeine Erfahrung, daß eine richtig untergeteilte Arbeit insgesamt leichter zu erledigen ist als eine umfangreiche Arbeit, bei der man zwar weiß, daß es viel zu tun gibt, in der aber kein richtiges System steckt. Wenn man daher das Arbeiten anfängt, dann ist es zweckmäßig, sich von vorneherein einen Zeitplan zu entwerfen, bis wann welche Arbeiten erledigt sein sollen.

Es ist klar, daß diese Zeitvorgaben realistisch sein und Schwerpunkte für die Arbeit setzen sollen. Man wird ja kaum jemals einen Sachbearbeiter haben, der nur Veränderungsnachweise oder solche Vorgänge bearbeitet, sondern der „normale Sachbearbeiter“ wird diese Arbeiten „nebenher“ erledigen. Dieser tut sich nun leichter, wenn er weiß, daß er nicht zu viel auf einmal zu erledigen hat, sondern in den berühmten stillen Minuten, die gerne verratscht werden, rasch mit einem Blick feststellt: „Da wäre ein Brief notwendig, den ich schnell zwischenhinein schreiben kann“ etc. etc. Realistische Zeitvorgaben gliedern nicht nur einen solchen Arbeitsablauf, sondern beschleunigen die Gesamtabwicklung.

5. Die Behandlung des „harten Kerns“

Wird die Arbeit konsequent einige Zeit betrieben, dann erledigen sich die meisten Dinge „von selbst“, d. h. nicht von alleine in dem Sinne, daß man dabei nichts zu tun hätte, wohl aber in dem Sinne, daß sie keine besondere Mühe verursachen. Trotzdem bildet sich nach einiger Zeit ein „harter Kern“ heraus, seien es Eigentümer, seien es dinglich Berechtigte, die auf kein Anschreiben reagieren. Was soll mit diesen geschehen?

Zunächst ist einmal der Grund festzustellen, warum die erwartete Reaktion ausbleibt.

Dies kann rein zufällig sein, weil der Betreffende umgezogen ist und ihn die Post weder erreicht noch zurückkommt. Dies kann auch darauf beruhen, daß der Beteiligte verstorben ist und die Erben unbekannt sind. Es kann aber auch darauf zurückzuführen sein, daß der Beteiligte einfach nicht will.

In jedem dieser Fälle wird man sich mit dem „Hauptbeteiligten“ über das weitere Vorgehen beraten. Er kann vielleicht zwischenzeitlich weitere Informationen zur Verfügung stellen, die es erlauben, einen Beteiligten oder dessen Erben auffindig zu machen. Man kann es auch nicht als Pflicht des Notars ansehen, in solchen Fällen, d. h. bei der Ermittlung der Erben mitzuwirken. Der Notar ist kein Detektiv, er ist auch kein Büro zur Erbenermittlung. Er kann im Prinzip erwarten, daß diese Arbeiten ein anderer erledigt.

Wenn ein Beteiligter nicht auffindbar ist, dann muß eben derjenige, der ein Interesse daran hat, daß die Angelegenheit vollzogen werden kann, von sich aus, nachdem er vom Notar darauf hingewiesen wurde, selbst die entsprechenden Maßnahmen ergreifen.

Dies gilt umso mehr, wenn sich herausstellt, daß ein Beteiligter „nicht will“. Der Notar hat kein Mandat, den unwilligen Beteiligten zu überreden, zu überzeugen, zu bearbeiten, zu beeinflussen oder gar unter Druck zu setzen, daß er unterschreibt. Wenn bei einem umfangreichen Vorgang einer dabei ist, der partout nicht will, dann geht eben alles nicht.

Trotzdem soll jedoch noch ein Wort über die Rolle des Notars verloren werden. Wenn er auch nicht muß, so kann er doch — wenn es angezeigt erscheint, und bei der Prüfung dieser Frage sollte es sich der Notar nicht zu leicht machen, darf er doch keinesfalls seine Neutralität aufs Spiel setzen — seine Autorität in die Waagschale werfen, um einem Zögernden die Hemmungen zu nehmen, einen zu einem Aufgeklärten besonders ausführlich zu belehren oder die Komplexe eines Unwilligen abzubauen. Es ist klar, daß der Notar dazu nicht verpflichtet ist. Er kann es als Ausfluß eines „nobile officium“ mit der nötigen Zurückhaltung und Vorsicht machen, aber nicht aus einem persönlichen Interesse heraus. Der Notar haftet nicht für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, soweit dieser von seiner Tätigkeit unabhängig ist. Der Notar geht keinen Werkvertrag ein, wenn er die Beurkundung eines umfangreichen Veränderungsnachweises angreift. Er handelt in einem öffentlichen Auftragsverhältnis mit allen Konsequenzen, die sich daraus ergeben, auch hinsichtlich der notwendigen Neutralität, was man gar nicht oft genug betonen kann. Das soll nun nicht eine bequeme Ausrede liefern, aber es soll in aller Öffentlichkeit und in aller Deutlichkeit die Grenzen der Berufsausübung des Notars aufzeigen, auch wenn auf den „Vollzug der Veränderungsnachweise“ noch so viel Gewicht gelegt wird.

Ein besonderes Problem taucht immer dann auf, wenn an einem Veränderungsnachweis mehrere Notare beteiligt sind. Im Prinzip sollte es solche Veränderungsnachweise, die von Notariat zu Notariat wandern, nicht geben. Man sollte daher, wenn man bereits bei dem Empfang des Veränderungsnachweises sieht, daß mehrere Notare daran beteiligt sind, darauf dringen, daß er entsprechend geteilt wird. Die Koordinationsarbeit unter mehreren Notariaten ist meist derart mühsam, der „Stellenwert“ eines Veränderungsnachweises in den verschiedenen Notariaten derart unterschiedlich, daß diese weitere Mehrarbeit einfach unzumutbar ist, vor allem wenn man sich vor Augen hält, welche Arbeit ein solcher Vollzug ohnehin meist verursacht.

VI.

Die Vorlage zum Vollzug

Es kann auch vorkommen, daß nach der zähen Arbeit mehrerer Wochen, Monate oder Jahre ein Veränderungsnachweis oder ein anderer solcher Vorgang endlich vollziehbar zu sein scheint. Ob er es wirklich ist, wird sich ja noch herausstellen. Wie soll nun verfahren werden?

1. Die Endkontrolle

Je umfangreicher eine solche Vorlage ist, je länger die Arbeit an einem solchen Vorgang gedauert hat, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß zwischenzeitlich „wieder etwas passiert ist“, was den Vollzug hemmt.

Insbesondere können — ohne daß der Notar es erfuh — neue Belastungen eingetragen worden sein, Verkäufe stattgefunden haben, Erbfolgen eingetreten sein.

Es empfiehlt sich daher, vor der Vorlage an das Grundbuchamt eine Endkontrolle durchzuführen. Wenn diese ergibt, daß keine neuen Vollzugshindernisse aufgetreten sind, dann sollte die Vorlage an das Grundbuchamt sofort erfolgen; wenn sich jedoch ergibt, daß neue Hindernisse aufgetaucht sind, dann ist man wieder auf eine der bereits behandelten Bearbeitungsphasen zurückgeworfen.

Diese Endkontrolle besteht zunächst in erster Linie in der Überprüfung der Grundbucheinsichten. Spätestens hier rächt es sich, wenn die Einsichten — weil so viele zu machen waren — in Listenform oder sonst in vereinfachter Form erstellt wurden. Spätestens hier wird der Sinn der Forderung klar, daß man „von Anfang an ‚richtig‘ arbeiten und den Einzelfall ernst nehmen soll“. Hat man nämlich schon zu Beginn ordentliche Grundbucheinsichten gemacht, dann ist diese neuerliche Überprüfung selbst bei vielen Einsichten kein umstürzendes Ereignis.

2. Die Vorlage selbst

Wenn der Fall in dem Sinne bearbeitet wurde, wie es bisher geschildert wurde, wenn die verschiedenen „Empfehlungen“ befolgt wurden, dann kann eigentlich die Vorlage selbst keine besonderen Schwierigkeiten mehr bereiten.

Man braucht nur die Urkunde und die einzelnen Nebenakten zu nehmen und der Reihe nach durchzublätern und der Reihe nach herunterzuschreiben:

„Mit dem Antrag auf Vollzug nach § 15 GBO lege ich anbei vor zum Vollzug des Veränderungsnachweises XY und der darin enthaltenen Rechtsänderungen und Teilungen im eigenen Besitz sowie der erfolgten Grundstücksvereinigungen und Bestandteilszuschreibungen:

- 1)
- 2)
- 3)

Es folgt die Aufzählung der Urkunden, der Genehmigungserklärungen, der Pfandfreigaben und — soweit noch nicht vorgelegt — Löschungen, der Grundpfandrechtsbriefe, der Veränderungsnachweise etc.

Ist die Urkunde selbst klar und übersichtlich, sind die Genehmigungserklärungen abgefaßt wie oben geschildert, sind die Nebenerklärungen (Pfandfreigaben etc.) in der richtigen Reihenfolge beigelegt, dann bedarf der Grundbuchbeamte keiner weiteren Erläuterungen mehr.

Es kann natürlich — zwar nicht erforderlich, wohl aber — nützlich sein, auf besondere Schwierigkeiten hinzuweisen, etwa wenn der Vorgang in mehreren Urkunden enthalten ist, oder wenn sonst ein einfacher Hinweis dem Grundbuchbeamten eine umfangreiche Sucharbeit erspart. Auch dafür gibt es keine festen Regeln. Der Sachbearbeiter, der den Fall bearbeitet hat, weiß am besten, wo die Schwierigkeiten liegen und welche Tips er dem Grundbuchbeamten geben kann und will.

Wurde die Urkunde etc. mit dem Schreibautomaten geschrieben und gespeichert, dann läßt sich möglicherweise aus dem bereits gespeicherten Text ein ebenso übersichtliches wie effizientes Vorlageschreiben entwickeln, wie überhaupt bei der Bearbeitung derartiger Fälle die Verwendung solcher elektronischer Hilfen eine ungeheure Unterstützung darstellen kann.

VI.

Kontrolle des Vollzugs, Auflösung des Akts

Wenn die Vorlage entsprechend dem vorigen Abschnitt erfolgt und der Vollzug durchgeführt ist, dann ist nach der Rückkunft der Vollzugsmittelungen vom Grundbuchamt eine allerletzte Kontrolle durchzuführen mit dem Ziel festzustellen, ob nun auch alles ordnungsgemäß vollzogen ist.

Welche Arbeit diese Kontrolle erfordert, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Dafür lassen sich kaum Regeln aufstellen, außer, daß man wirklich die Vollzugsmittelungen Punkt für Punkt durchgehen und mit der Urkunde vergleichen soll. Dann folgt die Auflösung des Aktes, Zurücksenden der Grundschuldbriefe — an den richtigen Empfänger, nämlich den Einreicher —, Ablegen der Urkunde, Prüfung, ob die nach der Dienstordnung vorgeschriebenen Verweise in der Urkundenrolle angebracht sind (§ 9 DONot), Prüfung der abzuliegenden Urkunde, ob die Genehmigungserklärungen ordentlich beigelegt sind (§§ 19, 29 DONot), Anlegen des Handakts (§ 21 DONot) und dessen Einreihung in die entsprechende Sammlung mit dem Vermerk, wann der Akt — „nach sieben Jahren“ — vernichtet werden kann. Diese Frist sollte aber eher reichlicher bemessen werden, denn man weiß nicht, was bei einem solchen Fall selbst nach langen Jahren noch gefragt werden kann.

VII.

Schlußbemerkung

Wenn man es selbstkritisch betrachtet, dann wird man zugeben müssen, daß es so etwas wie „unvollziehbare“ Urkunden oder Veränderungsnachweise höchst selten gibt. Es muß aber auf der anderen Seite auch dem Notar zugebilligt werden, daß der Vollzug solcher Vorgänge im Einzelfall nicht nur sehr viel zusätzliche und aus dem Rahmen fallende Arbeit verursacht, sondern manchmal sogar erfordert, daß auch der Grundbuchbeamte einmal „im Interesse der Sache“ über seinen Schatten springen kann.

Das soll nun nicht heißen, daß der Notar je etwas Illegales zu verlangen wagen würde. Der Fall, der für den Verfasser den Anlaß gab, einmal die in langen Jahren gesammelten Erfahrungen zu Papier zu bringen, hatte noch eine besondere Delikatesse. Auf dem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück, aus dem ein kleines Teilstück von 59 qm im Tauschwege weggemessen wurde, lastete eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines anderen Grundstücks, das ebenfalls in Wohnungseigentum aufgeteilt worden war. Diese Grunddienstbarkeit betraf ein Fensterrecht mit dem Inhalt, daß auf dem herrschenden Grundstück ohne Einhaltung des erforderlichen Grenzabstandes Fenster gegen das dienende Grundstück hin angebracht werden durften.

Wenn nun vom Grundbuchamt eine Freigabe der Teilfläche von diesem Recht verlangt worden wäre, dann hätten deswegen alle Wohnungseigentümer des herrschenden Grundstücks — ca. 100 Wohnungen — diese Freigabe unterschreiben müssen. Hätte man dies wirklich durchführen müssen, dann wäre man allein mit dieser Pfandfreigabe wieder eini-

ge Jahre beschäftigt gewesen. Glücklicherweise konnte der Grundbuchbeamte davon überzeugt werden, daß ein Fall des § 1026 BGB vorlag und wenigstens diese Teilfläche durch die Veräußerung von der Grunddienstbarkeit frei wurde. Eigentlich hatte der Verfasser beabsichtigt, nicht nur die Teilfläche, sondern das ganze in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück nach § 1026 BGB zu behandeln, weil es sich nämlich um ein Recht handelte, das vor „ewigen“ Zeiten unter gänzlich anderen Verhältnissen eingetragen worden war und gar keine Beziehung zu dem betroffenen Grundstück mehr hatte, weil zwischenzeitlich mehrere Teilungen durchgeführt worden waren und dadurch zwischen dem herrschenden und dem dienenden Grundstück mehrere nunmehr selbständige Grundstücke lagen. Das war dem Grundbuchbeamten aber wieder zu gefährlich, weil die Eintragungsbewilligung im Grundakt nicht mehr auffindbar war und damit eine genaue Feststellung des Inhalts und des Umfangs des Rechts nicht getroffen werden konnte. Nach der Eintragungsbewilligung konnte aber nicht mehr geforscht werden, weil die Eintragung in das Grundbuch entsprechend den Bestimmungen der Grundbuchordnung „korrekt“ erfolgt war, in der Weise, daß die übliche kurze Verweisung vorgenommen worden war: „eingetragen unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom am“. Ein Notar, eine Urkundenrolle-Nummer oder eine Ge-

schäftsregisternummer war nicht angegeben. Möglicherweise wäre die Urkunde im Notararchiv zu finden, wenn man nach allen Urkunden aller Münchner Notare mit dem Datum der Eintragungsbewilligung forschen würde.

Wäre nun der Grundbuchbeamte aber nicht davon zu überzeugen gewesen, daß die weggemessene Teilfläche außerhalb des Bereichs der Ausübung der Dienstbarkeit lag, dann wäre dieser Veränderungsnachweis auf ewige Zeiten unvollziehbar gewesen. Wessen „Schuld“ wäre dies dann gewesen? Hätte dann der Notar wieder „versagt“?

Man kann daraus sehen, daß über die Frage der Vollziehbarkeit oder Nichtvollziehbarkeit manchmal fast der Zufall entscheidet. Eine andere Ansicht eines anderen Rechtspflegers beim Grundbuchamt, der auf der Vorlage der entsprechenden Pfandfreigabe bestanden hätte, und der Veränderungsnachweis hätte als unvollziehbar zurückgegeben werden müssen.

Es sei verraten, daß der Verfasser, als er die Bearbeitung des Falles selbst übernahm, diese Frage als erste in einem unmittelbaren Kontakt mit dem zuständigen Rechtspfleger klärte, wäre doch sonst jede weitere Arbeit an diesem Veränderungsnachweis sinnlos gewesen (siehe oben: Reihenfolge der Arbeiten).

„Benannte“ und „unbenannte“ Zuwendungen zwischen Ehegatten im gesetzlichen Güterstand

Von Notar *Erich Rossak*, Babenhausen

I. Problem

Ehegatten machen sich während der Ehe meist keine klaren Vorstellungen über ihren Güterstand und die vermögensrechtliche Ordnung, die zwischen ihnen gilt. Daher kommt auch die jedem Notar in der Praxis vertraute Erscheinung, daß die Ehegatten auf Befragen als Güterstand die Gütergemeinschaft angeben, obwohl sie im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft leben. In diesem herrscht aber für die Dauer der Ehe Trennung der Güter, jeder Ehegatte bleibt Eigentümer der ihm gehörenden Gegenstände. Dabei ist gleichgültig, wann der einzelne Ehegatte die Gegenstände erworben hat, ob er sie also bereits in die Ehe eingebracht hat oder erst während der Ehe erworben hat.

Diese an sich klare dingliche Rechtslage wird nun im Verlaufe der Ehe sehr häufig durch Zuwendungen zwischen den Ehegatten „vermischt“ und verkompliziert. Beispielsweise überträgt ein Ehegatte auf den anderen — aus welchen Gründen auch immer — Immobiliärbesitz, er stellt dem anderen Geld zur Verfügung, um einen Immobilienerwerb zu ermöglichen, er bezahlt als Alleinverdiener die Schulden, die der andere zu Zwecken des Immobilienerwerbs eingegangen ist etc.

Nur selten sind sich die Ehegatten darüber im klaren, welche rechtlichen Folgen mit solchen Zuwendungen verbunden sein können oder verbunden sind. Noch weniger machen sich die Ehegatten Gedanken darüber, welche Konsequenzen eine spätere Scheidung der Ehe für die Zuwendungen haben soll, ob die Zuwendungen dann dinglich rückgängig gemacht werden sollen oder ob zumindest Ausgleichsansprüche bestehen sollen. Soweit die Zuwendungen z. B.

gemäß § 313, 518 BGB der notariellen Beurkundung bedürfen, sollte man meinen, daß infolge der Mitwirkung des Notars diese Probleme angesprochen und gelöst werden. Nach meinen Beobachtungen ist dies indessen nicht der Fall. Es gibt kaum notarielle Urkunden¹, in welchen von „unbenannten“ oder „benannten“ Zuwendungen die Rede ist, obwohl dies doch die Grundkategorien sind, in die Zuwendungen zwischen Ehegatten einzuordnen sind. Oft taucht nicht einmal die Vorschrift des § 1380 BGB (vorweggenommener Zugewinnausgleich) auf, geschweige denn, daß ausdrückliche Regelungen für den Fall der Scheidung protokolliert werden (Scheidungsklauseln).

II. „Benannte“ und „unbenannte“ Zuwendungen

Zuwendungen zwischen Ehegatten sind zunächst daraufhin zu untersuchen, welche Rechtsnatur ihnen zukommt, wie und ob sie im System der schuldrechtlichen Vertragstypen untergebracht werden können und insbesondere welche causa ihnen zugrundeliegt. Dabei sind die von den Ehegatten getroffenen Vereinbarungen und zugrundeliegenden Vorstellungen über den Zweck und das Ziel der Zuwendung zu ergründen. Sind derartige Vereinbarungen vorhanden und wurden entsprechende Vorstellungen gehegt, spricht man nach heute ganz h. M. von „benannten“ Zuwendungen, wenn aufgrund dessen die Zuwendung einer schuldrecht-

¹ Auch die gängigen Formularbücher enthalten hierüber nichts. Vgl. jetzt jedoch das nach Abschluß des Manuskripts erschienene Buch von Gerrit Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, München 1984, Rdrrn. 190 ff., 286 ff., 347 ff., 668 ff.

lichen causa zugeordnet werden kann. Von „unbenannter“ Zuwendung² spricht man dagegen, wenn eine solche Zuordnung nicht möglich ist, wenn die Zuwendung also „causalos“³ ist, wenn es sich also um ein ehebezogenes Rechtsgeschäft eigener Art⁴ handelt, das seine causa letztlich im Eherecht findet.

In erster Linie muß also zunächst versucht werden, die Zuwendung zwischen Ehegatten im Schuldrecht unterzubringen. Erst wenn dies infolge der von den Ehegatten verfolgten Ziele und Zwecke nicht möglich ist, kommt als subsidiäre Kategorie die unbenannte Zuwendung in Betracht.

III. Benannte Zuwendungen

Rechtsprechung und Lehre haben (benannte) Zuwendungen zwischen Ehegatten in einer Vielzahl von Fällen verschiedenen Rechtsinstituten zugeordnet und etwa — je nach Fallgestaltung — eine Schenkung, eine Ehegatten-Innengesellschaft oder einen Auftrag angenommen⁵. Ehegatten können prinzipiell alle zulässigen Rechtsgeschäfte auch miteinander tätigen. Wegen der besonderen eherechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten ist es allerdings nicht immer einfach festzustellen, welche causa den Vereinbarungen und Vorstellungen der Ehegatten entspricht und welche Motive der Zuwendung zugrundeliegen.

IV. Motive, Ziele, Zwecke

In Betracht kommen als einer Zuwendung zugrundeliegende Motive, als mit ihr verfolgte Ziele und Zwecke⁶ einmal die vorweggenommene Erbfolge aus familiären Gründen (Unternehmensnachfolge, Altersvorsorge, Abgeltung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen) oder eine Übertragung aus steuerlichen Gründen (Einsparung von Erbschaftsteuer, Verlagerung von Einkunftsquellen, Vermögensteuerersparnis). Rechtsgrund der Zuwendung ist hier eine Schenkung, wenn objektiv eine Bereicherung des Zuwendungsempfängers und subjektiv eine Einigung über die Unentgeltlichkeit vorliegt.

Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten liegt weiter häufig zugrunde als Motiv, Zweck, Ziel der Versuch, Schutzmaßnahmen vor befürchteten Gläubigerzugriffen zu treffen bzw. privates Vermögen aus dem Risikobereich unternehmerischer Betätigung abzusondern. Soll die Zuwendung in einem solchen Falle nur vorübergehende Wirkung entfalten, liegt es nahe, ein treuhänderisches Geschäft oder einen Auftrag als causa anzunehmen^{6a}. Soll die Zuwendung da-

gegen endgültig sein, ist das Rechtsgeschäft als Schenkung einzuordnen, wenn objektiv eine Bereicherung und subjektiv eine Einigung über die Unentgeltlichkeit vorliegt.

Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten sind schließlich oft motiviert durch und bezwecken die Förderung einer gemeinsamen gewerblichen, beruflichen oder vermögensschaffenden und vermögensverwaltenden Tätigkeit. Causa ist dann eine Ehegatten-(Innen)Gesellschaft⁷. Nach der Rspr. des BGH⁸ kann eine solche allerdings nur angenommen werden, wenn ein über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck erreicht werden soll⁹.

V. Rückabwicklung von „benannten“ Zuwendungen bei Scheidung

Die Rückabwicklung von benannten Zuwendungen zwischen Ehegatten im Falle einer Scheidung der Ehe richtet sich je nach zugrundeliegender causa nach verschiedenen Grundsätzen:

- a) Bei einer Schenkung kommt in erster Linie ein Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 Abs. 1 BGB) in Betracht. Im Scheidungsbegehren an sich wird allerdings noch kein grober Undank gesehen werden können¹⁰, es muß ein sonstiges schweres Fehlverhalten hinzukommen¹¹.
- b) Haben die Ehegatten eine sog. Zweckschenkung vereinbart¹², wird also über den Schenkungszweck hinaus der causa noch ein weitergehender Zweck angefügt, und wird dieser Zweck nicht erreicht, kann der Zuwendende seine Leistung nach § 812 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. BGB zurückverlangen¹³. Der bloße Fortbestand der Ehe wird allerdings i.d.R. kein solcher Zweck sein, wenn dies auch im Einzelfall nicht ausgeschlossen ist¹⁴.
- c) Haben die Ehegatten eine Innengesellschaft vereinbart, führt die Scheidung der Ehe zur Auflösung der Gesellschaft. Im Regelfall besteht dann kein Rückforderungsrecht bezüglich zugewendeter Vermögensgegenstände, sondern nur ein Anspruch auf Abfindung in Geld¹⁵ analog den Regeln über die stille Gesellschaft (§ 340 HGB), nicht analog §§ 730 ff. BGB¹⁶.
- d) Allgemein — ohne Rücksicht auf die jeweilige causa — kann bei einer benannten Zuwendung zwischen Ehegatten die Scheidung der Ehe zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen.

Für die nicht oder nicht ausreichend durch die Ehe begründeten Zuwendungen zwischen Eheleuten favorisiert die Rspr. neuerdings diese Lösung offensichtlich¹⁷. Es

² Der Begriff stammt von Manfred Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970, S. 121 ff. Er hat sich durchgesetzt, vgl. BGHZ 65, 320 ff. = DNotZ 1976, 418 ff.; 68, 299 ff.; 82, 227 ff. = FamRZ 1982, 246 ff.; FamRZ 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.

³ So Manfred Lieb a.a.O.

⁴ So BGH FamRZ 1982, 910/911 = DNotZ 1983, 180/181.

⁵ Vgl. BGH FamRZ 1982, 910 ff. = DNotZ 1983, 180 ff.; Dieter Henrich, FamRZ 1975, 533 ff.

⁶ Vgl. die Aufzählung bei Staudinger/Thiele, BGB, 12. Aufl., § 1363 Rdnr. 13; Michael Hülsheger, Zuwendungen zwischen Ehegatten zum gemeinsamen Hausbau, Diss. Münster 1982, 19 ff.; Heinz Holzhauser JuS 1983, 831 f.

^{6a} Notar Dr. Lichtenberger, München, hat mir in diesem Zusammenhang folgende Hinweise gegeben: Es können in einem solchen Falle je nach Sachlage Probleme der Sittenwidrigkeit (Kollusion zum Zwecke der Gläubigerschädigung) und der Anfechtbarkeit nach § 3 AnfG nd §§ 29 ff. KO auftreten, die bei entsprechender Gestaltung nicht zu übersehen sind. — Weiter dürften die Ehegatten den von ihnen verfolgten Zweck der vorübergehenden Beschränkung des Gläubigerzugriffs oft nicht erreichen, wenn der Zuwendende die Stellung eines Treugebers behält mit den bekannten Konsequenzen in Zwangsvollstreckung und Konkurs (vgl. nur Palandt, BGB, vor § 929 Anm. 7 B.)

⁷ Nach BGH FamRZ 1982, 141 = MittBayNot 1981, 237 auch zum Zweck des Erwerbs und Haltens eines Familienheims denkbar.

⁸ BGHZ 31, 197/201; FamRZ 1975, 35 ff.; FamRZ 1982, 910/912 = DNotZ 1983, 180/183 f.

⁹ Näher hierzu Rainer Frank FamRZ 1983, 541 ff.

¹⁰ BGHZ 68, 299/303.

¹¹ Vgl. die Kontroverse BGH, FamRZ 1982, 1066 f. (mit Anm. Bosch); FamRZ 1983, 349 f.; FamRZ 1983, 668 ff. (mit Anm. Seutemann S. 990 ff.) = DNotZ 1983, 690 ff.; Joachim Gernhuber, Familienrecht, 3. Aufl., § 29 I.

¹² Zur Zweckschenkung BGH FamRZ 1983, 1214 f.; Kurt Johannsen, WM 1978, 504 ff.; Staudinger/Reuss, BGB, 12. Aufl. § 525 Rdnr. 12; Heinz Holzhauser, JuS 1983, 831.

¹³ Näher Michael Hülsheger a.a.O., S. 39 f.

¹⁴ BGH FamRZ 1982, 778 = DNotZ 1983, 177; vor allem Staudinger/Thiele, BGB, § 1363 Rdnr. 14.

¹⁵ BGH WM 1966, 639; WM 1973, 1242 f.; FamRZ 1983, 791/792.

¹⁶ Str., vgl. Manfred Lieb a.a.O. S. 193 f.

¹⁷ BGH FamRZ 1972, 201; NJW 1974, 1554; FamRZ 1982, 910 ff. = DNotZ 1983, 180 ff.; vgl. Peter Finger, AcP 1983, 322 f.

wird angenommen, der Fortbestand der Ehe könne die Geschäftsgrundlage der Zuwendung bilden, das Scheitern der Ehe könne — müsse aber nicht — zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führen¹⁸.

VI. Rückabwicklung von „unbenannten“ Zuwendungen bei Scheidung

- a) Nach Manfred Lieb¹⁹ sind die unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten spezielle Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft und als solche causalos in dem Sinne, daß ein passender Schuldrechtstyp nicht feststellbar ist. Sie finden ihre Begründung in der Ehe selbst²⁰. Die causa dieser unbenannten Zuwendungen ist demnach nicht im Schuldrecht, sondern im Familienrecht zu suchen²¹. Insbesondere können sie nicht als Schenkung angesehen werden, sondern sind eben ein Beitrag zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft²².
- b) Ist die unbenannte Zuwendung als typisch familienrechtliches Institut zu nehmen, liegt es nahe, sie auch nach familienrechtlichen Regeln des Güterrechts „rückabzuwickeln“, wenn es zur Scheidung der Ehe kommt. Dann würden die unbenannten Zuwendungen beim gesetzlichen Güterstand von der Zugewinnausgleichsregelung erfaßt. Eine „Rückabwicklung“ nach allgemeinen Regeln beispielsweise der ungerechtfertigten Bereicherung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wäre ausgeschlossen²³.

In diesem Rahmen ist § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten, wonach der Wert der Zuwendung im Zweifel auf die Zugewinnausgleichsforderung des Empfängers angerechnet wird (antizipierter Zugewinnausgleich); dies ist konsequent, da gem. § 1374 Abs. 2 BGB die Zuwendung auch seinem Anfangsvermögen zugeschlagen wird. Diese Mechanik der §§ 1380, 1374 Abs. 2 BGB funktioniert aber nicht, wenn entweder der Wert der Zuwendung den Betrag der an sich bestehenden Ausgleichsforderung übersteigt oder der die Zuwendung vornehmende Ehegatte selbst der ausgleichsberechtigte wäre oder schließlich anstatt des gesetzlich vorgesehenen Wertausgleichs eine dingliche Eigentumsänderung begehrt wird²⁴.

Daraus folgert der BGH, daß zwar grundsätzlich unbenannte Zuwendungen zwischen Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, nach Scheidung der Ehe nicht nach Bereicherungsrecht²⁵ und nicht nach den

Grundsätzen des Fortfalls der Geschäftsgrundlage²⁶ rückgängig gemacht werden können, da die güterrechtlichen Vorschriften Spezialregelungen enthalten. Soweit diese aber die eben beschriebenen Lücken offen lassen, muß eine Lösung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, also nach allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts, möglich sein, die auch hinsichtlich der Rechtsfolgen die nötige Elastizität²⁷ aufweist²⁸.

VII. Gütertrennung

Vorstehende Ausführungen beziehen sich auf Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben. Da für unbenannte Zuwendungen, die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung einander gewähren, im Falle der Scheidung der Ehe zur Rückabwicklung oder zum Ausgleich der Zuwendungen den §§ 1374, 1378, 1380 BGB vergleichbare Vorschriften fehlen, wendet der BGH hier konsequenterweise in weiterem Umfang die Rechtsgrundsätze über den Fortfall der Geschäftsgrundlage an; die Anwendung des Bereicherungsrechts lehnt er aber auch hier ab²⁹. Der BGH bejaht deshalb bei unbenannten Zuwendungen von Ehegatten, die in Gütertrennung leben, im Falle der Scheidung der Ehe Ausgleichsansprüche des Zuwendenden, insbesondere wenn die Beibehaltung der Vermögensverhältnisse, die durch die Zuwendung entstanden sind, dem Zuwendenden nicht zuzumuten sind³⁰. Jedoch darf — so der BGH³¹ — nicht grundsätzlich aus dem Bestehen der Gütertrennung der Schluß gezogen werden, bei finanziellen Mehrleistungen eines Ehepartners habe ein Ausgleich zu erfolgen.

VIII. Folgerungen für den Notar

Für die Beurkundung von Zuwendungen zwischen Ehegatten ergeben sich aus vorstehenden Ausführungen verschiedene Folgerungen.

- a) Der Notar muß gem. § 17 Abs. 1 BeurkG sorgfältig den Willen und die Vorstellungen der Ehegatten erforschen. Er muß insbesondere feststellen, ob die Ehegatten vom Motiv und den verfolgten Zwecken und Zielen her die Grundlage der Zuwendung nur in der Ehe selbst und in der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft sehen (dann unbenannte Zuwendung)³², oder ob sie darüber hinaus mit der Zuwendung eine schuldrechtliche causa verbinden (dann benannte Zuwendung), und welche causa den Motiven, Zwecken und Zielen der Ehegatten entspricht. Auf jeden Fall ist die weithin zu beobachtende Praxis, jede Zuwendung zwischen Ehegatten als Schenkung zu titulieren und so zu beurkunden, nicht unbedenklich. Da der BGH³³ der Wortlaut des Notars in dieser Frage große Bedeutung beimißt, muß in der Urkunde klar formuliert werden, ob es sich um eine unbe-

¹⁸ Vgl. Kurt Johannsen, WM 1978, 508 ff.; Joachim Gernhuber a.a.O., § 29 I.

¹⁹ Manfred Lieb a.a.O. S. 121 ff.

²⁰ BGHZ 65, 320 ff. = DNotZ 1976, 418 ff.; BGHZ 68, 299 ff.; FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.; FamRZ 1982, 910/911 = DNotZ 1983, 180 ff.

²¹ Michael Hülsheger a.a.O., S. 95 ff.; Klaus Tiedtke, DNotZ 1983, S. 162 ff.; a.M. Heinz Holzhauser, JuS 1983, 832 f.

²² BGH FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.; FamRZ 1983, 668 ff. = DNotZ 1983, 690 ff.

²³ So BGHZ 65, 320 ff. = DNotZ 1976, 418 ff.; BGHZ 68, 299 ff.; FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.; dazu Langenfeld, Handbuch Rdnrn. 291 ff.

²⁴ Vgl. BGH FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.; Dieter Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, München 1977, Rdnr. 789 f. Für die beiden ersteren Fälle ist strittig, ob hier die Mechanik des Gesetzes funktioniert — so der BGH — oder nicht — so die h.M. —; näher Langenfeld, Handbuch Rdnrn. 296 ff., 306 ff.

²⁵ BGHZ 65, 320 ff. = DNotZ 1976, 418 ff.; FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 ff. = DNotZ 1983, 177 ff.; a.M. MünchKomm/Gernhuber, BGB, vor § 1363 Rdnrn. 20 ff.

²⁶ BGHZ 68, 299 ff.; FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.

²⁷ Dingliche Rückübertragung oder nur Wertausgleich etc.

²⁸ Vgl. BGHZ 68, 299 ff.; FamRZ 1982, 246 ff.; 1982, 778 f. = DNotZ 1983, 177 ff.; Michael Hülsheger a.a.O., S. 167 ff.; Heinz Holzhauser, JuS 1983, 834 ff.; kritisch Klaus Tiedtke, DNotZ 1983, 164.

²⁹ BGH FamRZ 1972, 201 f.; 1982, 910 ff. = DNotZ 1983, 180 ff.; FamRZ 1983, 799; ferner Kurt Johannsen, WM 1978, 502 ff.; Klaus Tiedtke, DNotZ 1983, 165.

³⁰ BGH a.a.O.

³¹ BGH FamRZ 1983, 799.

³² Paradebeispiel: Alleinverdienender Ehemann — Normalverdiener — überträgt auf seine Ehefrau einen Miteigentumsanteil von 1/2 am gemeinsam bewohnten Familienheim, das den einzigen Besitz darstellt.

³³ BGH FamRZ 1983, 668/669 = DNotZ 1983, 690 ff.

nannte oder benannte Zuwendung handelt. Dabei ist mit dem BGH³⁴ von der unbenannten Zuwendung als Regelfall auszugehen.

- b) Zur Belehrung über die rechtliche Tragweite (§ 17 Abs. 1 BeurkG) gehört es, die Ehegatten darüber aufzuklären, welche Rechtsfolgen die benannte oder die unbenannte Zuwendung im Falle der Scheidung der Ehe zeitigt. Der Notar muß demnach darauf hinweisen, daß die unbenannte Zuwendung im Regelfall beim gesetzlichen Güterstand nur über den Zugewinnausgleich im Falle der Scheidung Relevanz erlangt und eine Rückabwicklung darüber hinaus nicht stattfindet. Er wird weiter die Vertragsteile darüber belehren, daß bei einer benannten Zuwendung eine Rückforderung des hingegebenen Gegenstandes i.d.R. nur über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich ist. Er wird also klären und in der Urkunde festhalten, ob die Ehegatten die Erwartung des Fortbestandes der Ehe zur Vertragsgrundlage gemacht haben. Am besten wird er zur Vereinbarung einer ausdrücklichen Scheidungsklausel raten³⁵.
- c) Vorstehende Ausführungen beziehen sich auf die künftige Beurkundungspraxis. Zur bisherigen Praxis der Be-

handlung von Ehegattenzuwendungen ist zu sagen, daß ihr bis vor kurzem richtungsweisende Entscheidungen und wissenschaftlich anerkannte Grundsätze nicht zur Seite standen. Die rechtliche Einordnung und Behandlung von Zuwendungen zwischen Ehegatten gehörte zu den streitigsten und ungeklärtesten Fragen des gesamten Familienrechts³⁶. Es war also bisher durchaus die rechtsgeschichtlich fundierte Ansicht vertretbar, Zuwendungen zwischen Ehegatten würden grundsätzlich Schenkungen darstellen³⁷.

Die jüngste Rechtsprechung des BGH hat nunmehr jedoch Klärung in den wesentlichsten Grundfragen gebracht³⁸. Auch wenn sicher verschiedene Aussagen des BGH diskussionswürdig sind, erscheint es für die Praxis nunmehr angezeigt, sich auf die neuesten Erkenntnisse der Rechtsprechung, die nunmehr gefestigt erscheint, einzustellen, zumal auch der überwiegende Teil der Wissenschaft dem BGH — von Einzelfragen abgesehen — zu folgen scheint³⁹.

³⁶ Langenfeld, Handbuch, Rdnrn. 286 f., 668.

³⁷ Vgl. Heinz Holzauer, JuS 1983, 830, 832 ff., der an dieser Ansicht auch heute noch festhält.

³⁸ A. M. insoweit noch Göppinger/Wenz/Märkle, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 4. Aufl., München 1982, Rdnrn. 517 ff., wonach die Rechtslage noch ungeklärt sei und die Rechtsprechung keine klare Linie aufweise.

³⁹ Vgl. Langenfeld, Handbuch, Rdnrn. 286 ff., 321 ff. (mit Nachw.); kritisch neuerdings Heinz Holzauer, JuS 1983, 830 ff.

³⁴ BGH FamRZ 1983, 668 ff. = DNotZ 1983, 690 ff. Ebenso Langenfeld, Handbuch, Rdnrn. 191, 315 ff., 347; Heinz Holzauer, JuS 1983, 832.

³⁵ Langenfeld, Handbuch, Rdnrn. 349, 668 ff.; Klaus Tiedtke, DNotZ 1983, 165.

II. Buchbesprechungen

Hans von Bomhard: Lebensstufen. Vowinkel-Verlag, 8137 Berg am See, 308 S., 16 Bildseiten, DM 34,—.

Rechtzeitig mit der ihm eigenen Pünktlichkeit, die seiner ausgeprägten Selbstdisziplin entspringt, hat Hans von Bomhard, Notar a. D. und ehemaliger Präsident der Notarkasse, in seinem 80. Lebensjahr seine Autobiographie veröffentlicht und damit exakt den Untertitel gerechtfertigt: „Acht Jahrzehnte — gelebt in diesem Jahrhundert.“

Notare sind, wie der Name sagt, „Schreiber“. Sie verfassen von Berufs wegen Urkunden, allenfalls Fachbücher, die aber selten literarischen Wert haben, ja solchen kaum haben können. Umso bemerkenswerter und erfreulicher ist es daher, wenn sich einer unter ihnen einen Namen als literarischer Schriftsteller machen kann. So Hans von Bomhard mit diesem Buch. Wer ihn in seiner aktiven Zeit in der Standesführung der Notare als sprachgewandten Redner, im Freundeskreis als geistreichen Plauderer oder coram publico als ausdrucksvollen Rezitator erlebt hat, wurde erwartungsvoll gespannt, als er erfuhr, daß dieser Meister der Sprache seine Memoiren schreiben will. Die hochgesteckten Erwartungen werden nicht enttäuscht, sondern erfüllen sich in der genußreichen Lektüre dieses Buches.

Der Sproß einer ehrwürdigen alten fränkisch-pfälzischen Familie, die bedeutende Persönlichkeiten hervorgebracht hat, erzählt hier sein erlebnisreiches Leben eingebettet in das Schicksal unseres Volkes in diesem Jahrhundert. Einer Odyssee gleichen seine Kindheit und Jugendjahre im uralten Forsthaus im Elsaß, im andersartigen Lothringen bis zur Vertreibung der Familie nach dem 1. Weltkrieg. Ein deutsches Schicksal! Weiter führt der Weg den Gymnasiasten über Darmstadt auf die Universitäten von Heidelberg und

München, wo er als Corpsstudent maßgebliche Prägung für sein ganzes Leben erhält. Nun ist er am ersehnten Ziel seiner Träume angelangt: In Bayern, in der Nähe der geliebten Berge, wo er seine Selbstverwirklichung als Notar, Bergsteiger, als Kunstliebhaber, vor allem als begeisterter Freund der Musik und des Theaters in beneidenswerter Vollkommenheit findet. Wie anders als weiß-blau könnte der Buchumschlag sein? In zarten Tönen schildert er die herzliche Liebe zu seiner malenden Mutter und die respektvolle Zuneigung zu seinem im höheren Forstdienst tätigen, als Cellist der Musik verschriebenen Vater. Was er ererbt von seinen Vätern, erwarb der Sohn, um es zu besitzen. Unterhaltsam und mit erstaunlicher Offenheit plaudert der Autor über seine unzähligen Erlebnisse auf dem Zenit seines Lebens an der Spitze des deutschen und internationalen Alpenvereins und im bayerischen Notariat, auf seinen Bergtouren, im Theater und in Begegnungen mit interessanten und berühmten Zeitgenossen.

Natürlich werden in erster Linie diejenigen Leser, die Hans von Bomhard persönlich kennen, sein Buch mit besonderem Genuß und Gewinn lesen. Aber auch wer ihn nicht kennt, sollte die Lektüre nicht scheuen, um das erregende, nie langweilige, an berausenden Höhen und schmerzlichen Tiefen reiche Leben eines außergewöhnlichen Menschen unserer Zeit kennenzulernen.

Goethe, so beginnt das Buch, hat einmal gesagt, jedermann solle seine Biographie schreiben — das sei individuelle Dichtung. Aber wer kann das schon? Hans von Bomhard hat es zu unserer Freude überzeugend gekonnt. Wir gratulieren ihm dazu!

Notar Dr. Christian Schelter, Erlangen

Über Rechtsanwaltschaft, Gericht und Recht. Festschrift zum 50jährigen Berufsjubiläum von Fritz Ostler. Bayerischer Anwaltverband-e.V. (Hrsg.); Richard Boorberg Verlag, München 1983, 192 Seiten, Leinen DM 40,—.

Der Bayerische Anwaltverband hat Rechtsanwalt Fritz Ostler, seinen Gründungspräsidenten nach dem 2. Weltkrieg, den Mitherausgeber der NJW, zu seinem 50jährigen Berufsjubiläum mit einer Festschrift geehrt, eine verdiente Ehrung, denn Ostler hat „sein schier unbegrenzbare berufspolitisches Engagement dem Anwaltvereinswesen auf allen Ebenen, dem Sozialbereich der Anwaltschaft, überanwaltschaftlichen juristischen Berufsfeldern und dem juristischen Schrifttum“ ein halbes Jahrhundert lang gewidmet, wie der Präsident der Rechtsanwaltskammer München *Eckhart Warmuth* in seinem Geleitwort formuliert.

Die 6 Festschriftbeiträge spiegeln diese Arbeitsfelder, auf denen sich Ostler zu seinem hohen Ansehen als praktizierender Anwalt einen so hervorragenden Ruf als Rechtswissenschaftler und Standespolitiker erwarb. Er selbst stellt am Ende der Festschrift unter der Überschrift „Nebentätigkeit — Anmerkungen zu meinen schriftstellerischen Arbeiten“ an Stelle eines Literaturverzeichnisses die Ergebnisse seines fachschriftstellerischen Schaffens zusammen. Ein Teil seiner Veröffentlichungen ist verfahrensrechtlichen

Problemen gewidmet, insbesondere Fragen der „prozeßrechtlichen Zumutungen an den Rechtsanwalt“ und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Auf diesen Arbeiten fußt der Festschriftbeitrag von *Vollkommer* „Die Erleichterung der Wiedereinsetzung im Zivilprozeß“. Die Entwicklung des Rechts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht in engstem Zusammenhang mit der Zurechnung des Verschuldens des Prozeßbevollmächtigten, dem Ostler als Anwalt in Haftungsprozessen und in wissenschaftlichen Beiträgen stets seine besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat. Die Rechtsprechung hat die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts ebenso wie die an die Sorgfaltspflicht des Notars immer weiter verschärft. Dem harten Grundsatz „in dubio contra advocatum“, den Ostler in der Rechtsprechung zur Anwaltshaftung findet, entspricht in vielen notarhaftungsrechtlichen Urteilen die Regel „in dubio contra notarium“, ohne daß aber dem Notar ein der Wiedereinsetzung entsprechendes Rechtsinstitut zu Hilfe käme.

Ähnliche Entsprechungen drängen sich dem Notar bei der Lektüre des Beitrags von *Brigitte Borgmann* über die Informationspflicht des Mandanten und die Aufklärungspflicht des Anwalts auf. Es wäre sicher von höchstem Interesse zu untersuchen, ob und inwieweit die Belehrungspflicht des Notars von einer korrespondierenden Pflicht des Klienten zur Information beeinflusst werden kann und wie solche Mit-

wirkungspflichtigen desjenigen, der die Amtstätigkeit des Notars in Anspruch nimmt, im Beurkundungsverfahren unterzubringen sind. Das Problem spielt bei der Abwägung mitwirkenden Verschuldens schon heute eine bestimmende Rolle, ist aber für das Notarrecht, soweit ich es übersehe, noch nicht im Zusammenhang untersucht worden.

Daß das Notarrecht nicht wissenschaftlich vertieft werden kann, ohne stets den Blick auf die benachbarten Gebiete des Anwaltsrechts auf der einen, des Beamtenrechts auf der anderen Seite zu lenken, zeigen die beiden Festschriftbeiträge von *Schier* über die Stellung des Rechtsanwalts in der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte und von *Claussen* über zwei ausgewählte Probleme des Beamtendisziplinarrechts. Das Amt des Notars ist auf höchst spezifische Weise zwischen dem freien Beruf des Advokaten und der in den Staatsorganismus voll eingegliederten Beamtenschaft angesiedelt, zwischen Art. 12 und Art. 33 des Grundgesetzes. Erst die genaue Kenntnis dieser beiden Berufsrechte ermöglicht die genaue Positionsbestimmung des eigenartigen öffentlichen Amtes des Notars. Hierzu gehört natürlich auch der Aufsatz von *Schaich* zum Geschäftskreis der Anwaltsvertretungen damals und heute. Die Mehrzahl der Notarkammern ist erst 1961 mit der Bundesnotarordnung geschaffen worden. Die Notarkammern des Anwaltsnotariats sind noch heute personell und organisatorisch mit den Rechtsanwaltskammern eng verbunden. Die Aufgabenbereiche der beiden Kammerorganisationen stimmen so weitgehend überein, daß die traditionsreichen Anwaltskammern den jüngeren Notarkammern in ihrer Gründungsphase wertvolle Hilfe leisten konnten und auch jetzt sich die Arbeit der Kammern vielfältig gegenseitig durchdringt und befruchtet.

Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs, 1. Aufl. 1984, von Dr. Rolf Seithel, Oberfinanzdirektion Karlsruhe; Sonderveröffentlichung des Betriebs-Beraters, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, Hamburg, 55 Seiten DIN A 4, DM 28,—.

Nach mehrmaliger Verzögerung liegt nunmehr der lang erwartete bundeseinheitliche „Nießbrauch-Erlaß“ vom 23.11.1983 (vgl. MittBayNot 1983, 276 ff.) vor, der — von Übergangsregelungen abgesehen — ab 1.1.1984 anzuwenden ist. Die Finanzverwaltung übernimmt darin die neuere BFH-Rechtsprechung, insbesondere zum Vorbehaltsnießbrauch, und regelt die Folgeprobleme, die sich hieraus ergeben. Die Praxis muß mit teilweise gravierenden Neuerungen rechnen, die zum Überdenken sowohl bestehender als auch beabsichtigter künftiger Nutzungsverhältnisse zwingen.

Mit dem größten Vergnügen liest der Notar schließlich das Plädoyer *Kalkbrenners* für den Föderalismus im Recht „Rechtseinheit — ein Wert per se?“ *Kalkbrenner* spricht immer wieder die große Bedeutung der Verträge als Ausdruck ursprünglicher Rechtsetzungsmacht an. Er erkennt auch die „für eine funktionierende Demokratie existenzwichtigen Zwischengewalten zwischen Bürger und Staat“. Ich habe es allerdings doch sehr bedauert, daß ihm dabei das Notariat und die Funktion des Notars nicht eingefallen sind. Das Notariat ist als die einzige noch heute föderalistisch geprägte Rechtspflegeeinrichtung, die der Rechtsvereinheitlichung durch die Reichsjustizgesetze nicht zum Opfer gefallen ist, in seiner unterschiedlichen, historisch gewachsenen Ausgestaltung geradezu das Paradebeispiel für die Thesen *Kalkbrenners*. Freiheit des Rechts, wie *Kalkbrenner* sie fordert, verwirklicht sich in den untersten Stufen vornehmlich in der Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit garantiert zumindestens im Zivilrecht das „beste Rechtsangebot durch freien Wettbewerb“ der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten, dem *Kalkbrenner* zu Recht den entscheidenden Einfluß auf die Fortbildung des Rechts einräumen möchte. Unter diesem Aspekt bedürften seine bemerkenswerten Gedanken zum Rechtsföderalismus noch der Ergänzung.

Die Festschrift für Fritz Ostler ist dem Rechtsanwalt und seinem Wirken gewidmet. Meine kurzen Hinweise mögen aber zeigen, daß auch der Notar aus der Lektüre der vielfältigen Beiträge nicht nur seine Kenntnisse vom Anwaltsrecht vertiefen, sondern ebenso für den eigenen Beruf und sein Recht wertvolle Anregungen schöpfen kann.

Notar Prof. Dr. Helmut Schippel, München

In der Sonderveröffentlichung des Betriebs-Beraters erläutert der Verfasser in verständlicher Weise anhand zahlreicher Beispiele eingehend die Einzelheiten der Neuregelung, vor allem hinsichtlich der Abschreibungsmöglichkeiten bei Eigentümer und Nießbraucher und des Werbungskostenabzugs, sowie die im Nießbrauch-Erlaß nicht ausdrücklich berücksichtigten Auswirkungen, die sich auf die pauschale Nutzungswertbesteuerung nach dem neuen § 21 a EStG ergeben.

Ausführlich werden auch die Probleme erörtert, die bei einer Beendigung oder Veränderung bestehender Nießbrauchverhältnisse auftreten, und Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt, die an die Stelle eines steuerlich möglicherweise uninteressant gewordenen Nießbrauchs treten könnten.

Die Schrift wird dem Bedürfnis nach praxisgerechter Information vorzüglich gerecht.

Notar Ernst Wahl, Rehau

III. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 313, 170 ff., 139 (Zur Wirksamkeit einer Bauherrenmodell-Vollmacht)

Ist ein Baubetreuungs- und Verwaltungsvertrag (Bauherrenmodell) wegen Nichtbeurkundung nichtig, so ist auch eine hierzu notariell beurkundete Vollmacht gemäß § 139 BGB unwirksam.

Eine solche Vollmacht gilt jedoch u. U. zugunsten der finanzierenden Bank als wirksam, wenn diese die Unwirksamkeit nicht kannte oder kennen mußte.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.7.1983 — 6 U 237/82

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger schlossen Ende des Jahres 1978 mit der Firma A.-GmbH einen privatschriftlichen Betreuungs- und Verwaltungsvertrag. Gegenstand dieses Vertrages war der Erwerb und die Bebauung eines Grundbesitzes in H. durch die Firma A. im Rahmen eines umfangreichen Bauvorhabens nach dem sogenannten Bauherrenmodell, an dem sich zahlreiche Bauherren beteiligten. Die Kläger erteilten der B. in einer notariellen Urkunde die Vollmacht, den Grundbesitz für sie zu erwerben und in ihrem Namen Darlehen zur Finanzierung des Vorhabens bis zu 85% der Gesamtkosten aufzunehmen. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 16.8.1979 kauften die Kläger — vertreten durch die B. — den Grundbesitz von E. und verpflichteten sich, den Kaufpreis von 78 646 DM bis zum 10.9.1979 auf ein Anderkonto des amtierenden Notars einzuzahlen.

Die B. wandte sich wegen der Zwischenfinanzierung des Grundstückskaufs und des Bauvorhabens bezüglich der gesamten Baumaßnahme an die Beklagte, die den Bauherren durch Schreiben vom 21.8.1979 einen Kredit in Höhe von insgesamt 19 636 500 DM einräumte. Den auf den Grundbesitz der Kläger entfallenden Anteil an dem Gesamtkredit errechnete die Beklagte auf 341 572 DM. Mit Schreiben an die Kläger vom 31.10.1979 erklärte sie sich bereit, diesen Betrag auf der Grundlage ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen „bis auf weiteres“ zu einem Zinssatz von 9% und gegen Zahlung einer einmaligen Bearbeitungsgebühr von 0,5% zur Verfügung zu stellen. Ende Dezember 1979 forderte die B. die Beklagte auf, unter anderem den von den Klägern geschuldeten Grundstückskaufpreis zu zahlen. Die Beklagte überwies daraufhin am 28.12.1979 insgesamt 4 439 825 DM auf ein bei ihr geführtes Anderkonto zu treuen Händen an den Notar mit der Weisung, über den Betrag erst zu verfügen, wenn die Sicherheitenvereinbarung geregelt ist und die Freigabe des Betrages schriftlich mitgeteilt wird.

Unter dem 22.8.1980 teilte die Beklagte den Klägern mit, sie hege inzwischen erhebliche Zweifel an der Durchführung der Baumaßnahme und sehe sich im Interesse der Kläger zum Widerruf des an den Notar erteilten Treuhandauftrags veranlaßt. Ende 1981 unterrichtete die B. die Kläger schriftlich darüber, daß die geplante Baumaßnahme wegen nachträglicher nicht erfüllbarer Forderungen finanzierender Banken unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten unmöglich geworden sei. Die Beklagte kündigte daraufhin den Klägern den eingeräumten Bauzwischenkredit und verlangte den Ausgleich des inzwischen bestehenden Sollsaldos. Die Kläger lehnten die Zahlung ab und erhoben im vorliegenden Rechtsstreit Klage auf Feststellung, daß der Beklagten aus dem Bauzwischenkredit für die Baumaßnahme keine Ansprüche auf Zahlung eines Betrages von 9 565,46 DM zustehen.

Zur Begründung haben sie vorgetragen: Sie seien aus dem in ihrem Namen mit der Beklagten abgeschlossenen Kreditvertrag nicht verpflichtet, weil ihre der B. erteilte Vollmacht unwirksam sei. Der Betreuungs- und Verwaltungsvertrag sei wegen fehlender notarieller Beurkundung formunwirksam, infolgedessen sei auch die Vollmacht, die Teil dieses Rechtsgeschäfts sei, nichtig. Die Beklagte sei auch nicht gutgläubig gewesen, da sie die Unwirksamkeit des Baubetreuungsvertrages gekannt oder schuldhaft nicht gekannt habe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Kläger zu verurteilen, an sie 11 202,56 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Nach Erhebung der Widerklage haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der negativen Feststellungsklage der Kläger übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und sich auf die Sachanträge zur Widerklage beschränkt.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Kläger sind verpflichtet, die von der Beklagten geltend gemachten Zinsen, Gebühren und Notarkosten zu zahlen, da der von der B. in ihrem Namen abgeschlossene Kreditvertrag für sie verbindlich ist.

Die Kläger weisen zwar zutreffend darauf hin, daß der mit der Firma A.-GmbH abgeschlossene Betreuungs- und Verwaltungsvertrag wegen Fehlens der nach § 313 BGB vorgeschriebenen notariellen Beurkundung gemäß § 125 BGB nichtig ist. Die Gesellschaft verpflichtete sich in diesem Vertrag, auf einem von den Klägern zu erwerbenden Grundbesitz ein Bauvorhaben für Rechnung der Bauherren zu errichten. Gemäß § 1 oblag es der B. insbesondere, das Grundstück für die Kläger zu kaufen. Der Vertrag enthält demnach eine Erwerbsverpflichtung der Kläger, die seit der Neufassung des § 313 BGB im Jahre 1973 dem Formzwang der notariellen Beurkundung unterliegt. Die Formbedürftigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzweifelhaft, wenn der Beauftragte das Grundstück im Namen der Auftraggeber erwerben soll, da in diesem Falle die wirtschaftlichen Folgen des Rechtsgeschäfts voll den Auftraggeber treffen (vgl. zuletzt BGH NJW 1981, 1267, 1268 [= MittBayNot 1981, 118, 119] m.w.N.; *Staudinger-Wufka* 12. Aufl. § 313 BGB Rdnr. 99; *Palandt-Heinrichs* 42. Aufl. § 313 BGB Anm. 5 a). So liegt der Fall auch hier, da der Vertrag darauf gerichtet war, daß die B. im Namen der Kläger erwirbt, wie sie dies entsprechend dem notariellen Verträge vom 16.8.1979 auch getan hat.

Zugunsten der Kläger kann auch unterstellt werden, daß die in der notariellen Urkunde vom 25.11.1978 erteilte Vollmacht, das Grundstück für die Kläger zu erwerben und Darlehen zur Finanzierung des Bauvorhabens bis zu 85% der Gesamtkosten aufzunehmen, nach dem Grundsatz des § 139 BGB unwirksam ist. Denn hätten die Kläger gewußt, daß der Baubetreuungs- und Verwaltungsvertrag formunwirksam war, so ist davon auszugehen, daß sie die Vollmacht zum Kauf des Grundbesitzes und zur Aufnahme von Darlehen so nicht erteilt hätten.

Gleichwohl müssen die Kläger die notarielle Vollmacht gegen sich gelten lassen, weil sie in entsprechender Anwendung der §§ 170 ff. BGB der Beklagten gegenüber wirksam ist. Die Beklagte hat, ohne daß ihr Fahrlässigkeit zum Vorwurf gemacht werden kann, auf den Bestand der Vollmacht vertraut. Es ist allgemein anerkannt, daß § 173 BGB auch dann anzuwenden ist, wenn eine Vollmacht überhaupt nicht bestanden hat und der Dritte begründeten Zweifeln an ihrer Entstehung nicht nachgeht (vgl. BGH DNotZ 1965, 607, 608; *Staudinger-Dilcher* 12. Aufl. § 173 BGB Rdnr. 7; *Steffen* in RGRK 12. Aufl. § 173 BGB Rdnr. 2; *Soergel-Schultze von Lasaulx* 11. Aufl. § 173 BGB Rdnr. 2). Demnach galt die notarielle Vollmacht der Kläger zugunsten der Beklagten als

wirksam, wenn sie deren Unwirksamkeit nicht kannte oder kennen mußte.

Nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme steht fest, daß die mit dem streitigen Kreditvertrag befaßten Angestellten der Beklagten die Unwirksamkeit des Betreuungs- und Verwaltungsvertrages nicht kannten. (Wird ausgeführt).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts trifft die Beklagte auch nicht der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Sie durfte auf die Rechtswirksamkeit der ihr vorgelegten notariellen Vollmacht vertrauen und war nicht verpflichtet, den Betreuungs- und Verwaltungsvertrag auf seine rechtliche Unbedenklichkeit zu prüfen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Bank, die ein Bauvorhaben finanziert, die rechtliche Wirksamkeit der von dem Darlehensnehmer abgeschlossenen Verträge prüfen muß, ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Der Bundesgerichtshof hat die einem Makler erteilte Vollmacht zugunsten des Grundstückskäufers als wirksam angesehen, weil die Vollmachtsurkunde nicht erkennen ließ, daß es sich um den Teil eines bereits zur Veräußerung verpflichtenden Vertrages zwischen den Parteien des Grundstückskaufvertrages handelte. Ferner hat er es in derselben Entscheidung als eine Überspannung der dem Käufer obliegenden Sorgfaltspflicht angesehen zu verlangen, daß der Käufer als Laie den mangelnden Vorlesungs- und Genehmungsvermerk einer notariellen Urkunde hätte erkennen müssen (vgl. BGH WM 1965, 253 [= DNotZ 1965, 607]). Zwar ist dem Landgericht und den Klägern zuzustimmen, daß an die Sorgfaltspflicht einer Bank in diesem Zusammenhang strengere Anforderungen zu stellen sind als an einen juristisch nicht vorgebildeten Durchschnittsbürger. Der Bank kann insbesondere eine Verpflichtung zur Beratung und Aufklärung auch über Rechtsfragen obliegen (vgl. bezüglich der Verpflichtung zur Aufklärung bei einem steuerbegünstigten Sparvertrag BGH WM 1964, 609; *Canaris*, Bankrecht 2. Bearbeitung Anm. 15 ff.). Die von Rechtsprechung und Schrifttum in diesem Zusammenhang erörterte Verpflichtung zur Beratung und Aufklärung über Rechtsfragen ist jedoch keine allgemeine Verpflichtung (vgl. *Canaris a.a.O.*), sondern sie kann sich stets nur aus dem konkreten Bankgeschäft ergeben.

Im vorliegenden Falle haben die zuständigen Angestellten der Beklagten nicht fahrlässig gehandelt, als sie auf die Wirksamkeit der notariellen Vollmacht vertrauten. Die vom Landgericht vertretene gegenteilige Auffassung läßt sich nur dann rechtfertigen, wenn man der Beklagten die Verpflichtung auferlegt, den der Vollmacht zugrundeliegenden Betreuungs- und Verwaltungsvertrag auf seine rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen. Eine so weitgehende Sorgfaltspflicht besteht jedenfalls unter den hier vorliegenden Umständen nicht, da es regelmäßig nicht Sache einer Finanzierungsbank ist, die Rechtswirksamkeit der Verträge ihrer Kreditnehmer mit Dritten zu überprüfen. Andernfalls müßte man von dem zuständigen Kreditsachbearbeiter der Bank verlangen, daß er das gesamte der Kreditangelegenheit zugrundeliegende Vertragswerk von vornherein ohne konkrete Bedenken der Rechtsabteilung der Bank oder einem Rechtsanwalt zur Prüfung vorzulegen hat. Denn nur Rechtskundige sind regelmäßig in der Lage, rechtliche Bedenken, die nicht offensichtlich sind, zu erkennen und die erforderlichen Konsequenzen daraus zu ziehen. Eine so strenge Sorgfaltspflicht könnte der Bank allenfalls unter den Voraussetzungen obliegen, unter denen der Bundesgerichtshof die Mög-

lichkeit eines Einwendungsdurchgriffs wie beim finanzierten Abzahlungskauf beweglicher Sachen auch bei finanzierten Verträgen über die Verschaffung oder die Herstellung von Bauwerken in Betracht gezogen hat, wenn der Globalkreditgeber des Bauträgers zugleich Kreditgeber des Käufers ist. Diese Möglichkeit besteht, wenn sich die Bank nicht auf ihre Rolle als Kreditgeber beschränkt, sondern sich in einer darüber hinausgehenden Weise am finanzierten Geschäft beteiligt, also insbesondere Aufgaben des Bauträgers im Zusammenwirken mit diesem wahrgenommen hat. Das kommt z. B. in Betracht, wenn die kreditgebende Bank den Eigentumserwerber und Darlehensnehmer wirbt oder wenn sie sich aktiv auf der Seite des Bauträgers in die Veräußerung des Grundbesitzes einschaltet oder wenn ihr die gesamte rechtliche Ausgestaltung des „Dreiecksverhältnisses“ zuzurechnen ist (vgl. BGH NJW 1980, 41 [= DNotZ 1980, 344 m. Anm. *Wolfsteiner*]). Unter diesen Voraussetzungen, wenn die Beklagte sich selbst aktiv an der Gestaltung des Bauvorhabens beteiligt hat, könnte es geboten erscheinen, ihr auch eine verschärfte Sorgfaltspflicht bezüglich der rechtlichen Wirksamkeit der hier zwischen den Bauherren und der Baubetreuerin geschlossenen Verträge aufzuerlegen. Anhaltspunkte dafür sind dem Parteivortrag jedoch nicht zu entnehmen. Der Umstand, daß die Beklagte lediglich die Zwischenfinanzierung durchgeführt hat, spricht eher dafür, daß die Beklagte nur als Kreditgeberin in Erscheinung getreten ist.

Es liegt auch kein Fall vor, in welchem der zuständige Kreditsachbearbeiter der Beklagten begründeten Anlaß hatte, an der Rechtswirksamkeit der von den Klägern erteilten notariellen Vollmacht zu zweifeln. Da sowohl die Vollmacht zum Erwerb des Grundbesitzes als auch der Grundstückskaufvertrag mit der Firma E.-GmbH notariell beurkundet waren, durfte der Sachbearbeiter der Beklagten ohne Fahrlässigkeit darauf vertrauen, daß die B. juristisch beraten war und die gesetzlichen Formvorschriften beachtet hatte. Selbst wenn er aber aufgrund seiner beruflichen Erfahrung Zweifel an der Rechtswirksamkeit der den Grunderwerb betreffenden Verträge gehabt haben sollte, so brauchte er daraus nicht zu entnehmen, daß auch die Vollmacht zum Abschluß der Kreditverträge mit den Finanzierungsinstituten davon betroffen sein könnte. Das gilt schon deshalb, weil der Formmangel nicht zwangsläufig zum Scheitern der von der Beklagten zu finanzierenden Geschäfte führen mußte, sondern — wie es in der Praxis nicht selten der Fall ist — nach § 313 Satz 2 BGB durch Eintragung des Grundstückskäufers als Eigentümer im Grundbuch geheilt werden kann.

Die Beklagte kann daher entsprechend Nr. 14 Abs. 2 der in ihrer Kreditzusage vom 31.10.1979 zum Gegenstand der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien gemachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verbindung mit § 315 BGB die entsprechend der Zinsentwicklung jeweils neubestimmten Zinsen für die Dauer der Überweisung des Grundstückskaufpreises auf das Notaranderkonto verlangen.

Ferner steht der Beklagten entsprechend der Vereinbarung in ihrem Schreiben vom 31.10.1979 eine einmalige Bearbeitungsgebühr in Höhe von 1707,86 DM zu.

Schließlich kann die Beklagte den auf die Kläger entfallenden Betrag der Unkosten verlangen, die ihr durch den Treuhandauftrag an den Notar entstanden sind.

Die Summe dieser drei Posten entspricht dem Urteilsbetrage von 11 302,56 DM.

2. Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. November 1971 (MRVG) BGBl I 1745, Art. 10 § 3 (*Kein Koppelungsverbot für Bauträger und Generalüber- und -unternehmer*)

Für Bauträger, Generalunternehmer mit Planungsverpflichtung und sog. Generalübernehmer, die schlüsselfertige Bauten auf einem dem Erwerber vorweg übertragenen Grundstück errichten, gilt das Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 MRVG grundsätzlich nicht.

BGH, Urteil vom 22.12.1983 — VII ZR 59/82 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagten erwarben durch notariellen Vertrag vom 28.6.1979 von dem Kaufmann H. ein Baugrundstück. Durch gleichfalls notariell beurkundeten Vertrag vom selben Tage übertrugen sie anschließend der Klägerin, einem Unternehmen, das auf fremden Grundstücken schlüsselfertige Einfamilienhäuser plant und erstellt, die Errichtung eines Einfamilienhauses auf diesem Grundstück. Nach der dem Vertrag als Anlage beigefügten Baubeschreibung hatte die Klägerin, deren damals allein zur Vertretung berechtigter Geschäftsführer sich als Wirtschaftsberater bezeichnet, auch die Ingenieur- und Architektenleistungen, und zwar einschließlich der „Bauleitung“ zu erbringen. Als Vergütung vereinbarten die Parteien 227.860 DM.

Mit Schreiben vom 16.8.1979 kündigten die Beklagten den Bauvertrag. Sie haben das Grundstück inzwischen unter Inanspruchnahme eines anderen Unternehmens bebaut.

Die Klägerin verlangt nunmehr eine auf der Grundlage des § 649 BGB berechnete Vergütung. Sie hat 54.755,18 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Hamm hat sie abgewiesen; sein Urteil ist in BB 1982, 764 veröffentlicht.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht sieht in dem Bauvertrag einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot des Art. 10 § 3 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (Mietrechtsverbesserungsgesetz — MRVG — vom 4. November 1971, BGBl I 1745). Danach ist eine Vereinbarung unwirksam, durch die der Erwerber eines Grundstücks sich im Zusammenhang mit dem Erwerb verpflichtet, bei der Planung oder Ausführung eines Bauwerks auf dem Grundstück die Leistungen eines bestimmten Ingenieurs oder Architekten in Anspruch zu nehmen.

Grundstückskauf und Bauvertrag hätten hier, so stellt das Berufungsgericht fest, in untrennbarem Zusammenhang gestanden. Die Beklagten hätten das Grundstück nur erwerben können, weil sie bereit gewesen seien, anschließend die Klägerin mit dem Bau des Hauses zu beauftragen. Damit sei der Grundstückserwerb aber mit den von der Klägerin zu erbringenden Architektenleistungen „verkoppelt“ worden. Der sich hierauf beziehende Teil des Bauvertrages sei daher nach Art. 10 § 3 MRVG unwirksam. Diese Unwirksamkeit erfasse nach § 139 BGB den gesamten Bauvertrag, so daß die Klägerin aus ihm irgendwelche Rechte nicht herleiten könne.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Mit dem Koppelungsverbot hat der Gesetzgeber der Gefahr begegnen wollen, daß bei dem knapp gewordenen Angebot an Baugrundstücken ein Ingenieur oder Architekt, dem Grundstücke „anhand“ gegeben sind, eine monopolartige Stellung erwirbt und daß der Wettbewerb dadurch mani-

puliert wird. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, daß hiervon nur derjenige betroffen sein soll, der sich als Ingenieur oder Architekt einer berufsfremden, der des Maklers ähnlichen Tätigkeit widmet (BGHZ 60, 28, 31 [= DNotZ 1973, 538]; 63, 302, 304 f. [= MittBayNot 1975, 84]; 64, 173, 175, jeweils m.N.). Sachlich knüpft das Gesetz damit an einen Beschluß des Vorstands des Bundes Deutscher Architekten aus dem Jahre 1953 an, in dem es heißt, „der Zwang der Bindung des Architekten durch Verpflichtung beim Kauf eines Grundstücks ist im allgemeinen keine unserer Berufsauffassung entsprechende Maßnahme“ (vgl. Senatsurteil NJW 1982, 2190, 2191 m.N.).

2. Demgemäß hat der Senat einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot bisher nur bejaht, wenn der Wettbewerb unter Ingenieuren oder Architekten manipuliert worden war, dann allerdings wiederholt betont, daß Art. 10 § 3 MRVG bewußt weit gefaßt sei, um jegliche Koppelung zwischen Grundstückserwerb und Architektenauftrag zu unterbinden (zuletzt NJW 1983, 227). So hat er entschieden, diese Vorschrift greife auch dort ein, wo freiberufliche Ingenieure oder Architekten über die ihr Berufsbild prägenden Aufgaben hinaus zusätzliche Leistungen versprechen und damit wie ein Generalübernehmer, Bauträger oder Baubetreuer (gleich welcher Art) auftreten (BGHZ 70, 55, 60 [= MittBayNot 1977, 53 m. Anm. *Wolfsteiner*]).

3. Hatte der Erwerber sich dagegen an ein Unternehmen gebunden, das Baubetreuung im „engeren“ oder „weiteren“ Sinne betrieb, also an einen Baubetreuer oder an einen Bauträger, so hat der Senat wegen des diese Unternehmen kennzeichnenden, mit dem des Architekten nicht vergleichbaren Berufsbildes einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot grundsätzlich verneint (BGHZ 63, 302 [= MittBayNot 1975, 84]). Dabei hat er zwar berücksichtigt, daß die Bundesregierung dem Vorschlag des Bundesrats, auch die Bindung an einen bestimmten Unternehmer zu verbieten, nicht gefolgt ist, weil dann die Tätigkeit solcher Wohnungsbauunternehmen behindert werden könnte, die Grundstücke erschließen und die erschlossenen Grundstücke für Rechnung der Erwerber im sog. „Betreuungsbau“ bebauen lassen (aaO, S. 304/305 m.N.). Das bedeutet aber nicht, daß eine Bindung lediglich zulässig wäre, wenn das begünstigste Unternehmen im konkreten Fall Erschließungsleistungen erbringt. Die Mehrheit des Rechtsausschusses hat die Einbeziehung des Unternehmers in das Koppelungsverbot vielmehr ganz allgemein deshalb abgelehnt, weil es den Wohnungsbauunternehmen möglich bleiben sollte, ihre Planung mit Hilfe von Koppelungsverträgen durchzusetzen (BT-Drucks. VI/2421 S. 6). Das hat der Senat gleichfalls bereits hervorgehoben (aaO, S. 305).

Zutreffend wird daher auch im Schrifttum darauf hingewiesen, daß das Gesetz sich nur auf Ingenieure und Architekten bezieht, nicht aber lediglich bestimmte Unternehmen vom Verbot ausnimmt (*Hesse* in *Hesse/Korbion/Mantscheff*, HOAI, 2. Aufl., MRVG Art. 10 § 3 Rdnr. 7; *Custodis*, DNotZ 1973, 526, 537; *Bilda*, MDR 1977, 540, 541; *Maser*, NJW 1980, 961, 965). Für Bauträger und Baubetreuer gehören Grundstücksbeschaffung und Planung zum diese Unternehmen prägenden Berufsbild, wobei die Planung gegenüber der Erstellung des Bauwerks noch eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle spielt (vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1975, 1706). Entgegen der insoweit widersprüchlichen Ansicht von *Hesse* (aaO) ist das Koppelungsverbot daher grundsätzlich nicht leistungs-, sondern berufsstandsbezogen (vgl. a. BGHZ 70, 55, 60 [= MittBayNot 1977, 53]). Ob das auch

dann gilt, wenn das Unternehmen von einem freiberuflichen Ingenieur oder Architekten „beherrscht“ wird (so offenbar *Brych* in *Reithmann/Brych/Manhart*, Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle, 5. Aufl., Rdz. 39; *Jagenburg*, BauR 1979, 91, 107), ist hier nicht zu entscheiden. Daß jene Vorschrift auch dann anwendbar sein kann, wenn ein Unternehmen zur Umgehung des Koppelungsverbots gegründet wird, hat der Senat bereits bei früherer Gelegenheit angedeutet (BGHZ 63, 302, 306 [= MittBayNot 1975, 84, 85]; vgl. auch *Locher/Koebke*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 3. Aufl., Rdnr. 65).

4. Hier hatte die Klägerin, was das Berufungsgericht erkennt, freilich nicht als Bauträger, sondern entweder als Generalunternehmer mit Planungsverpflichtung oder als sog. Generalübernehmer (vgl. dazu Senatsurteil NJW 1975, 869, 870; *Ingenstau/Korbion*, VOB, 9. Aufl., Anh. nach Teil A, Rdnr. 50 m.N.; *Heiermann/Riedl/Schwaab*, VOB, 3. Aufl., Anh. Rdnr. 6) tätig werden sollen. Insoweit ist der vorliegende Fall daher demjenigen vergleichbar, über den der Senat in seinem Urteil NJW 1978, 1054, 1055 [= DNotZ 1978, 344] zu entscheiden hatte.

Für die Frage, ob das Koppelungsverbot eingreift, macht es sachlich keinen Unterschied, ob ein Bauträger sich verpflichtet, ein Bauwerk auf einem Grundstück zu errichten, das er oder ein Dritter anschließend dem Erwerber zu übereignen hat, oder ob der Erwerber unter maßgeblichem Einfluß des Unternehmers schon vor der Errichtung des Bauwerks Eigentümer wird. Die Interessen des Grundstückskäufers werden in diesem zweiten Falle nur noch besser gewahrt: Als *Bauherr* hat er den bestimmenden Einfluß auf das Baugeschehen. Wie in der Sache NJW 1978, 1054 haben die Auftraggeber — hier die Beklagten — denn auch davon dadurch sichtbaren Gebrauch gemacht, daß sie den Bauvertrag kündigten.

Da der Bauvertrag nicht gegen das Koppelungsverbot verstößt, kann das angefochtene Urteil nach alledem nicht bestehen bleiben. Es ist vielmehr aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht sich nunmehr mit den Einwendungen der Beklagten befassen kann.

3. BGB §§ 1018, 1090 (Zum zulässigen Inhalt einer Kraftfahrzeugstellplatznutzungs-Dienstbarkeit)

Die Bestimmung, ein Kraftfahrzeugstellplatz dürfe nur zum Zweck der Einstellung von Kraftfahrzeugen durch den Eigentümer einer bestimmten Wohnung verwendet werden, kann nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Bamberg, Beschluß vom 16.3.1984 — 3 T 20/84 — mitgeteilt von Notar *Heinz Weidner*, Bamberg

Aus dem Tatbestand:

Im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts B. ist folgendes Teileigentum eingetragen: Miteigentumsanteil zu 6/1.000stel an dem Grundstück . . . , verbunden mit dem Sondereigentum an dem doppelstöckigen Kraftfahrzeugabstellplatz Buchstabe B in der Tiefgarage. Eigentümer des Teileigentums sind Frau J. W. [die auch Eigentümerin der Wohnung Nr. 1 ist] als Miteigentümer zur einen Hälfte und die Eheleute R. u. J. W. [die auch Eigentümer der Wohnung Nr. 10 sind] als Miteigentümer zur anderen Hälfte.

Mit notarieller Urkunde vom 15.11.1983 beantragten die Eheleute W. die Eintragung von Grunddienstbarkeiten (Beschränkung auf Kraftfahrzeugabstellung) für die jeweiligen Eigentümer der Wohnungseinheiten Nr. 1 und 10, in Ziffer III. soll beim Teileigentum (Kraftfahrzeugstellplatz) zugunsten der Stadt B. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts bestellt werden:

„Das Teileigentum darf nur zum Zwecke der Einstellung von Kraftfahrzeugen durch den Eigentümer der beiden vorbezeichneten Eigentumswohnungen, denen die Stellplätze zugeordnet sind, verwendet werden.“

Am 5.3.1984 erließ das Amtsgericht einen Beschluß, wonach es die Anträge auf Eintragung der beantragten Dienstbarkeiten zurückwies. Zur Begründung trägt das Amtsgericht vor, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Stadt könne nicht im Grundbuch eingetragen werden, es handle sich um eine Unterlassungsdienstbarkeit nach § 1018 BGB, Handlungen, die der Eigentümer nicht vornehmen dürfe, müßten Maßnahmen tatsächlicher Art sein. Hier handle es sich aber nur um eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit. Gegen die Eintragung der beiden Grunddienstbarkeiten beständen keine vollzugshindernden Bedenken, die Anträge auf Eintragung der beiden Grunddienstbarkeiten seien aber ebenfalls zurückzuweisen, weil ein Antrag nicht ohne die anderen Anträge (verbundene Anträge) im Grundbuch vollzogen werden könne.

Hiergegen legten die Eigentümer Erinnerung mit der Begründung ein, in der Vergangenheit seien bereits Dienstbarkeiten mit dem nunmehr beanstandeten Inhalt im Grundbuch eingetragen worden, die Möglichkeit einer solchen Sicherung werde vom Bayerischen Staatsministerium des Inneren eindeutig bejaht.

Der Richter am Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

Mit Recht hat das Amtsgericht die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Stadt abgelehnt, da die bewilligte beschränkte persönliche Dienstbarkeit inhaltlich unzulässig ist und daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. „Bei einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit muß sich das Verbot von Handlungen, das als Inhalt der 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. Dies bedeutet zwar nicht, daß sich das Grundstück selbst in seinem sachlichen Bestand ändern müsse; erforderlich sei 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“ (BayObLG Rpfleger 1982, 273 [= MittBayNot 1982, 121]). Mit der bewilligten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit soll gewährleistet werden, daß auf dem Stellplatz nur Kraftfahrzeuge des Eigentümers der jeweils zugeordneten Eigentumswohnung eingestellt werden dürfen. Dies würde aber keine andere tatsächliche Art der Benutzung darstellen, als wenn die Kraftfahrzeuge anderer Personen abgestellt würden, z. B. im Falle einer Vermietung. Es wird somit nur in die rechtliche Verfügungsfreiheit der Eigentümer eingegriffen. Dies stellt aber keinen zulässigen Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit dar (vgl. BayObLG a.a.O.; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 306, jeweils m.w.N.).

Aus den dargelegten Gründen kann auch nicht *Mang-Simon* (BayBO, Stand November 1983, Art. 55, Rdnr. 61) gefolgt werden, der ohne nähere Begründung davon ausgeht, daß eine beschränkt-persönliche Dienstbarkeit des bewilligten Inhalts eingetragen werden kann.

Anmerkung der Schriftleitung:

Die in vorstehendem Beschluß behandelte Frage der Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zur Regelung einer bestimmten Nutzung ist in der Rechtsprechung weitgehend geklärt. Die Entscheidung wurde jedoch im Hinblick auf die abweichende Meinung von *Mang-Simon* und die von zahlreichen Bauaufsichtsämtern noch immer geforderte Eintragung solcher Dienstbarkeiten in die MittBayNot aufgenommen.

4. BGB §§ 1023, 1090; GBO § 29 (*Zur Bestimmung der Ausübungsstelle eines Leitungsrechts mit Bauverbot durch tatsächliche Ausübung*)

Die Bestimmung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit, die zur Anlegung einer unterirdischen Leitung auf dem Grundstück (oder Flurstück) berechtigt, kann auch dann der tatsächlichen Ausübung überlassen werden, wenn als weiterer Inhalt der Dienstbarkeit ein Bauverbot für eine im Ausmaß festgelegte Schutzzone der Leitung vereinbart ist (Ergänzung zum Senatsbeschluß vom 6. März 1981, V ZB 2/81, LM BGB § 1023 Nr. 4 = NJW 1981, 1781). Die Grundbucheintragung auch dieses Bauverbots setzt nicht voraus, daß die Leitung bei Erteilung der Eintragungsbewilligung schon vorhanden war.

BGH, Beschluß vom 16. 2. 1984 — V ZB 8/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Eigentümer der betroffenen Flurstücke bewilligte, für die Beschwerdeführerin eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts einzutragen:

„Die R. AG ist berechtigt, in einem Grundstückstreifen von 8 m Breite (Schutzstreifen) eine Ferngasleitung mit Kabel und Zubehör (Anlage) unterirdisch zu verlegen, zu betreiben und die Grundstücke zum Zwecke des Baues, des Betriebes und der Unterhaltung der Anlage zu benutzen.

Auf dem Schutzstreifen der in Anspruch genommenen Grundstücke dürfen für die Dauer des Bestehens der Anlage keine Gebäude errichtet oder sonstige Einwirkungen, die den Bestand oder Betrieb der Anlage beeinträchtigen oder gefährden, vorgenommen werden. Die Außengrenzen des Schutzstreifens werden bestimmt durch die Lage der Rohrleitung, deren Achse grundsätzlich unter der Mittellinie des Schutzstreifens liegt.“

Auf den Eintragungsantrag der Beschwerdeführerin hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung den durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde zu erbringenden Nachweis verlangt, daß die Ferngasleitung schon im Zeitpunkt der Eintragungsbewilligung verlegt war. Die als Beschwerde geltende Erinnerung gegen diese Zwischenverfügung hat das Landgericht zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hält die weitere Beschwerde für unbegründet. Es sieht sich an einer dahingehenden Entscheidung aber im Hinblick auf den Beschluß des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 29.12.1978 = Rpfleger 1979, 199 = MittRhNotK 1979, 215 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

1. Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO zulässig.

Das Oberlandesgericht ist mit den Vorinstanzen der Auffassung, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die ein Leitungsrecht mit einem auf dessen Ausübungsstelle bezogenen Bauverbot zum Inhalt hat, bedürfe nur dann keiner Beschreibung des Leitungsverlaufes in der Eintragungsbewilligung, wenn die Leitung schon im Zeitpunkt der Bewilligung verlegt gewesen sei. Diese Tatsache aber sei in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen, auch wenn angenommen werden müsse, daß die Leitung jetzt jedenfalls vorhanden sei. Demgemäß hält das Oberlandesgericht für entscheidungserheblich, ob auf die Kennzeichnung des Leitungsweges auch dann noch verzichtet werden könne, wenn die Verlegung zwar noch vor der Entscheidung über den Eintragungsantrag, aber erst nach Erteilung der Eintragungsbewilligung erfolgt sei. Das vorliegende Oberlandesgericht möchte diese die Auslegung des Grundbuchsrechts betreffende Rechtsfrage verneinen. Das Oberlandesgericht Oldenburg hingegen hat sie in dem bezeichneten Beschluß für eine im wesentlichen gleichlautende Eintragungsbewilligung bejaht. Damit ist die Vorlegungsvoraussetzung gegeben.

2. Entgegen der Rechtsauffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts ist die — zulässige — weitere Beschwerde begründet.

Zutreffend legt das Oberlandesgericht die Eintragungsbewilligung dahin aus, daß sich das den Gegenstand der Dienstbarkeit bildende Leitungsrecht jeweils auf das gesamte Flurstück erstreckt, die Ausübung dieses Rechts aber nur auf einen realen Teil jedes Flurstücks beschränkt ist. Die Zulässigkeit einer solchen Gesamtbelastung mit Ausübungsbeschränkung setzt § 1023 Abs. 1 BGB voraus. Dabei ist nicht von Belang, daß Belastungsobjekt hier — mit einer Ausnahme — nicht Grundstücke, sondern Flurstücke sind. Denn auch ein Flurstück kann mit einer Dienstbarkeit belastet werden (§ 7 Abs. 2 GBO), folglich ebenso wie ein Grundstück auch in der Weise, daß zwar das ganze Flurstück belastet, die Ausübung jedoch auf einen realen Flurstücksteil beschränkt wird. Es steht dann grundsätzlich im Belieben der Beteiligten, ob sie die Bestimmung des Ausübungsorts rechtsgeschäftlich zum Inhalt der Dienstbarkeit machen oder der tatsächlichen Ausübung überlassen (Senatsbeschluß vom 6.3.1981, NJW 1981, 1781 [= MittBayNot 1981, 126]). Ist die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlicher Inhalt der Belastung, muß sie in der Eintragungsbewilligung eindeutig bezeichnet sein; soll hingegen die tatsächliche Ausübung maßgeblich sein, so besteht dieses Eintragungserfordernis nicht (Senatsbeschluß vom 6.3.1981 aaO.).

Vorliegend ergibt sich aus der Eintragungsbewilligung nicht, daß die Ausübungsstelle durch dingliche Einigung zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist. Darauf ließe sich entgegen der Meinung des Oberlandesgerichts auch dann nicht schließen, wenn die Ferngasleitung bereits im Zeitpunkt der Eintragungsbewilligung vorhanden gewesen sein sollte; denn die Bewilligung enthält — anders als im Falle des Senatsurteils vom 23.10.1981, NJW 1982, 1039 [= DNotZ 1982, 230] — keine Bezugnahme auf eine schon vorhandene Leitung. Da zur Auslegung der Eintragungsbewilligung nur Umstände herangezogen werden dürfen, die aus der Bewilligung selbst hervorgehen oder die nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Senatsurteile vom 26.4.1961, LM BGB § 1018 Nr. 4; vom 17.1.1969, NJW 1969, 502, 503 [= DNotZ 1969, 486] und vom 23.10.1981 aaO.), ist es bedeutungslos, ob die Leitung bereits angelegt war. Auch der vom Oberlandesgericht verlangte Nachweis dieser Tatsache wäre folglich für die Auslegung unerheblich.

Somit ist davon auszugehen, daß hier die Ausübungsstelle nicht vereinbarter Inhalt der Dienstbarkeit ist, sondern durch die tatsächliche Ausübung bestimmt wird. Die örtliche Lage der Leitung bedurfte daher keiner Festlegung in der Eintragungsbewilligung. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Dienstbarkeit auch noch das Verbot enthält, in einem bestimmten Abstand beiderseits der Leitung (Schutzstreifen) Gebäude zu errichten.

Ein solches Bauverbot bedeutet nach der auch schon früher vertretenen Meinung des vorlegenden Oberlandesgerichts Celle (NdsRpfl 1978, 57; 1982, 198, 199; ebenso OLG Hamm OLGZ 1967, 456, 460 [= DNotZ 1968, 310, 313]; 1981, 270, 273 [= MittBayNot 1981, 76, 77]; anders bei landwirtschaftlich genutzten Grundstücken OLG Bremen NJW 1965, 2403, 2404) einen so wesentlichen Eingriff in die Substanz des Eigentums, daß die Ausübungsstelle notwendigerweise zum rechtsgeschäftlichen Inhalt der Dienstbarkeit gehöre und daher in der Eintragungsbewilligung bezeichnet werden

müsse (zustimmend: *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 481; *Palandt/Bassenge*, BGB 43. Aufl. § 1018 Anm. 4 c; *MünchKomm/Joost* § 1090 Rdnr. 22 und dort FuBn. 108; im Ergebnis auch *MünchKomm/Falckenberg* § 1018 Rdnrn. 14 und 15). Dieser Ansicht kann der Senat nicht beitreten.

Wesens Kern der vorliegenden Dienstbarkeit ist das Recht, auf dem Flurstück eine Ferngasleitung anzulegen und zu nutzen. Dieses Recht wird durch das Bauverbot nur verstärkt und inhaltlich entsprechend ausgestaltet, nämlich dahin, daß der Grundeigentümer in der Leitungszone kein Gebäude errichten darf. Das Bauverbot ist mithin ein bloßer Annex des Leitungsrechts, von dessen Bestand abhängig und in der Wirkung ihm zugeordnet. Daraus folgt, daß die Anforderungen an die sachenrechtliche Bestimmtheit des Bauverbots nicht losgelöst von dem Inhalt des Leitungsrechts beurteilt werden können. Dieses Recht aber hat hier den zulässigen Inhalt, daß es sich auf das ganze Flurstück erstreckt und daß die lagemäßige Bestimmung erst der tatsächlichen Ausübung überlassen bleibt. Dem entspricht das vereinbarte Bauverbot. Es bezieht sich auf den örtlichen Bereich der Ausübung des Leitungsrechts und betrifft somit jede Stelle des Flurstücks, an der das Leitungsrecht ausgeübt werden kann, bis zur Ausübung also praktisch das ganze Flurstück, danach nur noch die im Ausmaß festgelegte Schutzzone des tatsächlichen Leitungsverlaufs. Damit ergibt sich die Bestimmtheit der örtlichen Beschränkung des Bauverbots aus seinem untrennbaren Zusammenhang mit dem Inhalt des Leitungsrechts.

Diesen von den Beteiligten gewollten Zusammenhang erkennt das Oberlandesgericht, wenn es meint, eine Dienstbarkeit der vorliegenden Art sei „im Zweifel“ auf eine rechtsgeschäftliche Bestimmung der Ausübungsstelle „angelegt“. Zwar wird sich ein Grundstückseigentümer zur Bestellung einer solchen Dienstbarkeit in der Regel erst bereit finden, wenn er zuvor wenigstens den ungefähren Verlauf der Leitung mit dem Berechtigten abgesprochen hat; naheliegender mag dann die Annahme sein, daß darüber eine schuldrechtliche Abrede getroffen worden ist; nicht gewollt aber ist gerade eine dingliche Festlegung der Ausübungsstelle und der daran gebundenen Bauverbotszone. Deren Bestimmung soll der tatsächlichen Ausübung überlassen bleiben. Diese Lösung vereinfacht etwa nötig werdende Änderungen der Trassenführung im Zeitraum bis zur Ausübung. Wäre nämlich die Ausübungsstelle sachenrechtlich festgeschrieben, so würde eine auch nur geringfügige Abweichung des wirklichen vom ursprünglich geplanten Leitungsverlauf aufwendige grundbuchmäßige Änderungen erforderlich machen (vgl. Senatsurteil vom 21.11.1975, WM 1976, 274 [= DNotZ 1976, 530]). Das wird hier vermieden.

Soweit das Oberlandesgericht die mit einem Bauverbot verbundene Art der Einwirkung auf das Eigentum als maßgeblich ansieht, ist auch das kein ausschlaggebender Gesichtspunkt für einen Zwang zur dinglichen Festlegung der Ausübungsstelle (insofern zutreffend *MünchKomm/Falckenberg* § 1018 Rdnr. 15). Nicht erst in dem Bauverbot, sondern schon in der Einräumung des Leitungsrechts liegt der eigentliche und wesentliche Eingriff in das Eigentum. Auch ohne Vereinbarung eines Bauverbots ist der Eigentümer gehalten, jeden die Ausübung der Leitungsdienstbarkeit störenden tatsächlichen Eingriff zu unterlassen (§§ 1090 Abs. 2, 1027, 1004 Abs. 1 BGB). Wenn daher das Gesetz die Möglichkeit zuläßt, diese Dienstbarkeit auf das gesamte Grundstück (oder Flurstück) zu erstrecken und nur ihre Ausübung

auf die von der tatsächlichen Benutzung erfaßte Teilfläche zu begrenzen, so ist bei einer solchen Vertragsgestaltung der Eigentümer von vornherein hinsichtlich des ganzen Grundstücks dem Risiko ausgesetzt, daß sich eine Bebauung später gerade an der Stelle, an der das Leitungsrecht ausgeübt wird, als hinderlich erweist und dann auf Verlangen beseitigt werden muß. In der Auswirkung kaum weiter geht die hier getroffene Vereinbarung, einen im Umfang festgelegten Schutzstreifen der Leitung nicht zu bebauen. Der Unterschied besteht nur darin, daß in diesem Falle der Dienstbarkeitsberechtigte nach Bestimmung der Ausübungsstelle grundsätzlich die Beseitigung jedes in der Schutzzone errichteten Gebäudes und nicht bloß tatsächlich störender Bauten verlangen kann. Dieser Unterschied aber fällt praktisch nicht ins Gewicht; denn die Errichtung eines Gebäudes wird in aller Regel die Ausübung des Leitungsrechts an der bebauten Fläche verhindern oder mindestens erschweren, so daß der Eigentümer auch ohne Vereinbarung eines Bauverbots im Hinblick auf den dann gegebenen gesetzlichen Abwehrensanspruch außerstande ist, vor Ausübung des Leitungsrechts das Grundstück nach eigenem Ermessen zu bebauen.

Daß die vorübergehende, bis zur Ausübung des Leitungsrechts bestehende Ungewißheit über die örtliche Lage der Bauverbotszone zur Rechtsunsicherheit führt, ist bereits eine Folge des Umstandes, daß es das Gesetz überhaupt gestattet, die Bestimmung des Ausübungsorts der tatsächlichen Ausübung vorzubehalten. Die Nachteile, die sich daraus für den Rechtsverkehr ergeben können, werden durch die Vereinbarung eines auf die Ausübungsstelle des Leitungsrechts bezogenen Bauverbots jedenfalls nicht in einem Maße verstärkt, daß sich aus diesem Grunde die Notwendigkeit einer dinglichen Festlegung der Ausübungsstelle rechtfertigen ließe.

Das Grundbuchamt durfte mithin die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht von dem Nachweis abhängig machen, daß die Ferngasleitung schon bei Erteilung der Eintragungsbewilligung vorhanden war. Auf die weitere Beschwerde der Antragstellerin sind daher der angefochtene Beschluß des Landgerichts und die vom Grundbuchamt erlassene Zwischenverfügung aufzuheben.

5. BGB §§ 1190, 1163, 1176 f.; ZPO § 932 (*Zur Löschung einer Arresthypothek*)

Zur Löschung einer Arresthypothek ist auch die Bewilligung eines früheren Grundstücksmiteigentümers erforderlich, der in Höhe des nicht durch festgestellte Forderungen ausgefüllten Teils des Höchstbetrages eine Eigentümergrundschuld erlangt hat.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Frankfurt am Main, Beschluß vom 28.2.1984 — 20 W 829/83 — mitgeteilt von Notar *Karl H. Hartmann*, Augsburg

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 2) und 4) waren zu je 1/2 Miteigentümer eines Grundstücks. Die Beteiligte zu 2) erwarb gegen den Beteiligten zu 4) am 22.9.1978 einen Arrestbefehl wegen einer angeblichen Forderung von 29.000 DM. Die Lösungssumme ist in dem Arrestbefehl auf 30.000 DM festgesetzt. Aufgrund dieses Arrests ließ die Beteiligte zu 2) eine Höchstbetragshypothek von 30.000 DM auf den Anteil des Beteiligten zu 4) an dem Grundstück für sich eintragen. Der Beteiligte zu 4) wurde alsdann durch rechtskräftiges Urteil vom 19.2.1979 zur Zahlung von 20.331,02 DM nebst 4% Zinsen verurteilt. Die von ihm der Beteiligten zu 2) zu erstattenden Kosten wurden auf 1772,27 DM

festgesetzt. Auf Antrag der Beteiligten zu 2) wurde die Arresthypothek über 30.000 DM am 20.11.1980 im Grundbuch in eine Zwangshypothek in Höhe von 22.053,29 DM nebst den titulierten Zinsen umgeschrieben.

Im November 1979 übertrug die Beteiligte zu 2) ihren Miteigentumsanteil an dem Grundstück schenkweise auf den Beteiligten zu 1). Im November 1981 wurde die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft angeordnet. Im Versteigerungstermin wurde das Grundstück dem Beteiligten zu 1) als Meistbietendem zugeschlagen. Die Arresthypothek in Verbindung mit der teilweisen Umschreibung in eine Zwangshypothek fiel in das geringste Gebot, und im Zuschlagsbeschuß wurde ihr Bestehen bleiben ohne Anrechnung auf das Bargebot ausgesprochen. Am 5.7.1983 wurde der Beteiligte zu 1) als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen.

In notariell beglaubigter Urkunde vom 17.5.1983 hat der Beteiligte zu 1) die Löschung der Arresthypothek bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 14.6.1983 noch die Beibringung einer Löschungsbevollmächtigung des Beteiligten zu 4) in bezug auf die Arresthypothek verlangt. Der dagegen gerichteten Erinnerung haben der Rechtspfleger und der Richter des Grundbuchamts nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die jetzt als Beschwerde geltende Erinnerung durch Beschluß vom 17.10.1983 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet. Die Vorinstanzen haben mit Recht die Beibringung der Zustimmung des Beteiligten zu 4) zur Vornahme der Löschung der Arresthypothek für erforderlich gehalten.

Die Arresthypothek ist eine besondere Art Sicherungshöchstbetragshypothek und eine durch die Feststellung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld, die vom Gläubiger als Hypothek erst erlangt wird, wenn und soweit gesicherte Forderungen festgestellt werden (RGZ 78, 398, 409; KG, KJG 40, 314, 321; OLG Dresden, JFG 2, 441, 443; Zeller, ZVG, 11. Auflage, § 1 Rdnr. 79 Abs. 1). Nach der auf sie anwendbaren Vorschrift des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB steht also die Hypothek, wenn und soweit die festgestellten Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen, dem Eigentümer zu. Dies bedeutet, daß die Hypothek im Falle des Nichtbestehens der gesicherten Forderungen von dem als Gläubiger Eingetragenen überhaupt nicht erworben wird, sondern von vornherein dem Eigentümer zur Zeit der Eintragung zusteht, und zwar gemäß § 1177 Abs. 1 BGB als Grundschuld. Auch wenn später das Eigentum an dem belasteten Grundstück auf einen anderen übergeht, verbleibt das Gläubigerrecht an der zur Grundschuld gewordenen Hypothek, sofern nicht eine besondere Übertragung erfolgt, dem früheren Eigentümer (RG, aaO.; OLG Dresden, aaO.; Wiczeorek, ZPO, 2. Auflage, § 932 Anmerkung B II a 1).

Im vorliegenden Fall ist die der Beteiligten zu 2) zustehende Forderung, zu deren Sicherung die Arresthypothek diente, durch das im Hauptsacheprozeß ergangene Urteil vom 19.2.1979 festgestellt worden. Sie beläuft sich auf 20.331,02 DM nebst den festgesetzten Kosten im Gesamtbetrag von 1722,27 DM, insgesamt also auf 22.053,29 DM. Zu diesem Betrag kommen noch hinzu die Zinsen aus der Hauptforderung und aus den festgesetzten Kosten bis zum Tage der Eintragung am 20.11.1980, d. h. dem Tage des Beginns der dinglichen Wirkung der Umwandlung der Arresthypothek in eine Zwangshypothek. Aber auch wenn man diese Zinsforderungen den 22.053,29 DM hinzurechnet, erreichen die festgestellten Forderungen den Höchstbetrag von 30.000 DM nicht. Folglich ist für den Beteiligten zu 4) in Höhe des nicht durch festgestellte Forderungen ausgefüllten Teils des Höchstbetrages eine Eigentümergrundschuld im Range hinter der Zwangshypothek entstanden (§ 1176 BGB; vgl. Baum-

bach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 42. Auflage, § 932 Anmerkung 1 C b). Dieses Gläubigerrecht hat der Beteiligte zu 4) nicht dadurch verloren, daß der Beteiligte zu 1) den Miteigentumsanteil des Beteiligten zu 4), auf dem die Eigentümergrundschuld lastete, in der Teilungsversteigerung durch den Zuschlagsbeschuß erworben hat. Denn in dem Zuschlagsbeschuß ist ausdrücklich ausgesprochen, daß die Arresthypothek bestehen bleibt (vgl. dazu Zeller, aaO., § 52 Rdnr. 2 Abs. 4 mit weiteren Nachweisen). Bei dieser Sach- und Rechtslage haben die Vorinstanzen mit Recht verlangt, daß zur Löschung der Arresthypothek die Bewilligung des Beteiligten zu 4) (§ 19 GBO) in der Form des § 29 GBO beizubringen ist.

6. WEG § 6 Abs. 1 (Zum Austausch des Sondereigentums unter Beibehaltung des jeweiligen Miteigentumsanteils)

1. Gesonderte teilweise Übertragung von Miteigentumsanteil oder Sondereigentum unter Wohnungseigentümern.
2. Zwei Wohnungseigentümer können untereinander — unter Beibehaltung ihres jeweiligen Miteigentumsanteils — das Sondereigentum auch vollständig austauschen.

BayObLG, Beschluß vom 2.2.1984 — BReg. 2 Z 125/83 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG, und von Notar Dr. Dr. Braun, München

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notarieller Urkunde vom 23.2.1981 wurde durch Vertrag gemäß § 3 WEG Wohnungseigentum gebildet. Dabei wurden u. a. ein Miteigentumsanteil von 15,352/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 35 für den Beteiligten zu 1) sowie ein Miteigentumsanteil von 16,689/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 36 für die Beteiligte zu 2) gebildet.

Zu notarieller Urkunde vom 18.5.1982 erklärten die Beteiligten, bei der Errichtung der Urkunde vom 23.2.1981 sei insoweit ein Versehen unterlaufen, als die vorgenannten beiden Wohnungsnummern vertauscht worden seien. Die Beteiligten hoben deshalb jeweils das mit ihren Miteigentumsanteilen verbundene Sondereigentum auf und übertrugen es jeweils dem anderen Beteiligten, der es wieder mit seinem Miteigentumsanteil verband, so daß folgende Wohnungseigentumsrechte gebildet wurden: Miteigentumsanteil von 15,532/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 36 für den Beteiligten zu 1) sowie Miteigentumsanteil von 16,689/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 35 für die Beteiligte zu 2). Die Beteiligten erklärten die Einigung über diese Änderung des Sondereigentums und bewilligten und beantragten, die Änderung im Grundbuch einzutragen.

2. Den vom Notar gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag vom 18.6.1982 wies der Rechtspfleger beim Grundbuchamt zurück. Gegen den Beschluß richtete sich die Erinnerung/Beschwerde des Notars vom 28.6.1983.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht die Beschwerde mit Beschluß vom 8.11.1983 zurückgewiesen. Hiergegen hat der Notar am 29.11.1983 weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet.

1. ...

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

a) Das Wohnungseigentum ist rechtlich gesehen ein durch das Wohnungseigentumsgesetz besonders ausgestaltetes Miteigentum. Unbeschadet der wirtschaftlichen Vorrangigkeit des Sondereigentums steht deshalb rechtlich das Miteigentum im Vordergrund; das Sondereigentum als dessen „Anhängsel“ stellt nur die besondere Ausgestaltung des Miteigentums dar (näher BGHZ 50, 56/60 [= DNotZ 1968,

420/423]; BayObLGZ 1981, 407/410, 412 [= MittBayNot 1982, 26/27, 28]; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. vor § 1 Rdnrn. 17 ff; § 3 Rdnrn. 23 ff.; jew. m. Nachw.).

Die Miteigentumsquoten können deshalb unter den unmittelbar Beteiligten (im Wege der Auflassung; vgl. BayObLG MittBayNot 1983, 171/172) verändert werden, ohne daß es hierzu der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf (BGH NJW 1976, 1976 f. [= DNotZ 1976, 741]; BayObLGZ 1958, 263/265 ff. [= DNotZ 1959, 40/41]; 1976, 227/229 [= MittBayNot 1976, 172]; *Weitnauer* § 3 Rdnr. 27 a). Einer gleichzeitigen Veränderung des Sondereigentums bedarf es in diesem Fall nicht, da der Miteigentumsanteil nicht notwendig dem Wert des dazu gehörigen Sondereigentums oder der vom Sondereigentümer tatsächlich genutzten Fläche entsprechen muß (BayObLG DWE 1981, 27/29 m. Nachw.). § 6 Abs. 1 WEG, wonach das Sondereigentum ohne den Miteigentumsanteil, zu dem es gehört, nicht veräußert oder belastet werden kann, steht dem nicht entgegen. Diese Vorschrift bestimmt nur, daß niemand Sondereigentum an einer Wohnung erlangen und behalten kann, ohne zugleich Miteigentümer des Grundstücks zu sein und zu bleiben; über die Höhe des jeweiligen Bruchteils bestimmt § 6 Abs. 1 WEG nichts (BayObLG aaO., *Bärman/Pick/Merle* WEG 5. Aufl. § 6 Rdnr. 7).

b) § 6 Abs. 1 WEG verbietet seinem Wortlaut nach uneingeschränkt jede selbständige Veräußerung von Sondereigentum ohne den zugehörigen Miteigentumsanteil. Zweck der Vorschrift ist es jedoch zu verhindern, daß jemand in einer Wohnungseigentümergeinschaft Sondereigentümer ist, ohne zugleich Miteigentümer zu sein, und umgekehrt. Es soll also verhindert werden, daß Sondereigentum und Miteigentum auseinanderfallen, indem neue Personen zu der Wohnungseigentümergeinschaft stoßen, denen nur ein Element des Wohnungseigentums zukommt.

Dieses Problem stellt sich bei der Übertragung von Teilen des Sondereigentums von einem Wohnungseigentümer auf den anderen nicht. Hier sind beide vorher wie nachher Miteigentümer und Sondereigentümer; lediglich der Umfang des Sondereigentums der beiden beteiligten Wohnungseigentümer hat sich — ohne gleichzeitige Änderung der Miteigentumsquote — verändert. Solche Rechtsgeschäfte unter Wohnungseigentümern werden von § 6 Abs. 1 WEG nicht berührt (näher *Tasche* DNotZ 1972, 710/712 ff. m. Nachw.; auch BGHZ 73, 145/148 ff., 149 [= MittBayNot 1978, 206/207] für die Übertragung von Sondernutzungsrechten innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft).

Zufolge dieser einengenden Auslegung des § 6 Abs. 1 WEG ist es heute nahezu allgemein anerkannt, daß zwei Wohnungseigentümer einzelne Räume des Sondereigentums, insbesondere Keller-, Abstell- oder sonstige Nebenräume, Garagen usw., aber auch sonstige Räume von einem auf den anderen übertragen oder untereinander austauschen können, ohne daß es einer gleichzeitigen Änderung der jeweiligen Miteigentumsanteile bedarf, sofern nur (weiterhin) der Voraussetzung des § 3 Abs. 2 WEG (Abgeschlossenheit) genügt ist. Erforderlich hierfür ist lediglich eine Übertragung in der Form des § 4 Abs. 1, 2 WEG, § 925 BGB unter den beteiligten Wohnungseigentümern, ohne daß es einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bedarf; allerdings ist (wegen § 6 Abs. 2 WEG, §§ 877, 876 BGB) eine Zustimmung der an dem Wohnungseigentum dinglich Berechtigten erforderlich, es sei denn, das Sondereigentum wird nicht verkleinert oder sonst nachteilig beeinträchtigt (OLG Celle Rpfleger 1974, 267 f. [= MittBayNot 1974, 218]; SchIHOLG

SchIHAnz 1977, 203; *Tasche* aaO S. 715 ff.; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnrn. 4, 5, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 4, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 4, *Palandt* BGB 43. Aufl. Anm. 1, je zu § 6 WEG; *Palandt* § 877 Anm. 4 b; MünchKomm BGB § 6 WEG Rdnr. 2 i.V.m. § 3 Rdnr. 15; *Weitnauer* Rdnr. 2 a, *Bärman/Pick/Merle* Rdnr. 4, je zu § 6; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 2. Aufl. Einl. E 54; *Horber* GBO 16. Aufl. Anh. zu § 3 Anm. 3 A b; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 1586 e; a. A. *Noack* Rpfleger 1976; 193/195. Auch BayObLGZ 1981, 407/412 [= MittBayNot 1982, 26/27] — zur Unzulässigkeit von sog. Mitsondereigentum — geht hiervon ebenso aus wie das Muster in Anl. 1 zur Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumsachen — WEGGBVg — vom 1.8.1951, BAnz Nr. 152, in Spalte 6 — Bestand und Zuschreibungen —: „Der Gegenstand des Sondereigentums ist bezüglich eines Raums verändert.“).

c) Den Vorinstanzen ist zuzugeben, daß dies bisher ersichtlich nur für die Übertragung oder den Austausch einzelner im Sondereigentum stehender Räume unter zwei Wohnungseigentümern angenommen worden ist, denen jeweils ein (i. d. R. der überwiegende) Teil ihres Sondereigentums verblieben ist. Aber auch dem vollständigen Austausch des jeweiligen Sondereigentums unter zwei Wohnungseigentümern (ohne Änderung ihrer Miteigentumsquoten) steht § 6 Abs. 1 WEG nicht entgegen.

aa) Unzulässig wäre es allerdings nach dieser Vorschrift, wenn ein Wohnungseigentümer nur sein gesamtes Sondereigentum einem anderen Wohnungseigentümer (ohne den dazugehörigen Miteigentumsanteil) übertragen würde. Denn dann wäre der veräußernde Wohnungseigentümer nur noch Miteigentümer, ohne zugleich Sondereigentümer zu sein. Dies will aber § 6 Abs. 1 WEG — schon im Hinblick auf die hierdurch für die Gemeinschaft entstehenden Schwierigkeiten (vgl. auch OLG Celle aaO) — gerade verhindern.

bb) Das Wohnungseigentum setzt aber nur voraus, daß Sondereigentum mit einem Miteigentumsanteil verbunden ist (vgl. BayObLGZ 1981, 407/412 [= MittBayNot 1982, 26/27]). Dies ist, wenn gleichzeitig mit der Übertragung des Sondereigentums ein anderes Sondereigentum mit dem bestehenden Miteigentumsanteil verbunden wird, der Fall. Daß in der Urkunde auch von „Aufhebung“ des Sondereigentums die Rede ist, schadet nicht, weil ersichtlich die Übertragung gemeint ist. § 6 Abs. 1 WEG steht dem aus denselben Gründen, wie oben zur Übertragung einzelner Räume dargelegt worden ist, nicht entgegen. Es ist daher nicht unzulässig, unter Wohnungseigentümern ohne Veränderung der jeweiligen Miteigentumsquoten auch das gesamte Sondereigentum zu übertragen, sofern nur gleichzeitig neues Sondereigentum mit dem Miteigentumsanteil verbunden wird. Sind sich zwei Wohnungseigentümer darüber einig, daß ihr gesamtes Sondereigentum im Wege des Tausches jeweils auf den anderen Wohnungseigentümer übergehen soll, so ist diese Voraussetzung gegeben.

d) Die Entscheidungen der Vorinstanzen können deshalb keinen Bestand haben. Die Sache ist zur anderweiten Behandlung und Entscheidung an das Grundbuchamt zurückzuverweisen. Das Grundbuchamt wird zu prüfen haben, ob alle sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung der Rechtsänderung gegeben sind.

7. WEG § 12; BGB § 137; BergArbWoBauG § 5 (Zur Zulässigkeit von Veräußerungsbeschränkungen bei Wohnungseigentum)

1. § 12 WEG läßt — als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB — die Vereinbarung des Gebots, das Wohnungseigentum nur an bestimmte Personen zu veräußern, nicht zu.

Eine solche — schuldrechtlich zulässige — Vereinbarung hat auch im Falle ihrer Eintragung im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums nicht die Wirkung einer vom Grundbuchamt zu beachtenden Veräußerungsbeschränkung.

2. Das Bergarbeiterwohnungsbaugesetz enthält weder eine gesetzliche Veräußerungsbeschränkung noch läßt es die rechtsgeschäftliche Vereinbarung einer Veräußerungsbeschränkung zu, die eine dennoch vorgenommene Veräußerung unwirksam machen würde.

BayObLG, Beschluß vom 27.3.1984 — BReg. 2 Z 25/84 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) sind Miteigentümer eines Wohnungseigentums. Im Grundbuch ist vermerkt, daß zur Veräußerung des Wohnungseigentums die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist. Im Grundbuch ist ferner eingetragen:

„Veräußerungen des Wohnungseigentums sind nur zugunsten solcher Personen zulässig, die nach den Bestimmungen des Bergarbeiterwohnungsbaugesetzes wohnungsberechtigt sind.“

2. Mit Vertrag vom 29.9.1982 verkauften die Beteiligten zu 1) das Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 2). Die Beteiligten erklärten die Auflassung.

Unter Vorlage u. a. der Verwalterzustimmung beantragte der Notar am 22.1.1984 gemäß § 15 GBO namens aller Beteiligten „den Vollzug aller noch nicht erledigter Anträge.“

Mit Zwischenverfügung vom 24.1.1984 stellte der Grundbuchrechtspfleger fest, dem Vollzug der Auflassung aus der Urkunde vom 29.9.1982 stehe noch die im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung entgegen. Dem Grundbuchamt sei daher in der Form des § 29 GBO der Nachweis zu erbringen, daß die Beteiligten zu 2) wohnungsberechtigt im Sinn des Bergarbeiterwohnungsbaugesetzes seien.

Hiergegen legte der Notar am 26.1.1984 Erinnerung ein.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht die Beschwerde mit Beschluß vom 20.2.1984 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Notar namens der Beteiligten eingelegte weitere Beschwerde vom 8.3.1984.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet.

1. ...

2. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

Das Grundbuchamt hat zwar im Rahmen des § 20 GBO die Verfügungsbefugnis des Veräußerers zu überprüfen (BayObLGZ 1973, 139/140 f. [= MittBayNot 1973, 288]; 1975, 264/266 f. [= MittBayNot 1975, 223]; 1980, 331/335 [= MittBayNot 1981, 27] jew. m. Nachw.). Eine Veräußerungsbeschränkung, wie sie die angefochtene Zwischenverfügung zugrunde gelegt hat, ist aber nicht gegeben.

a) Eine rechtsgeschäftliche Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG liegt nicht vor.

Nach § 137 Satz 1 BGB kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht grundsätzlich nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Hiervon macht u. a. § 12 Abs. 1 WEG eine Ausnahme, wonach als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden kann, daß ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten, z. B. des Verwalters, bedarf.

Die Ausnahme, die § 12 WEG von dem Grundsatz des § 137 BGB macht, läßt nur die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses zu. Sie kann nicht erweiternd dahin ausgelegt werden (vgl. BGHZ 37, 203/209 [= DNotZ 1963, 180]; BayObLG MittBayNot 1983, 173/174; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 12 Rdnr. 1 b; BGB-RGRK 12. Aufl. § 12 WEG Rdnr. 2), daß auch das Verbot der Veräußerung oder das Gebot der Veräußerung nur an bestimmte Personen zulässig ist. Inwieweit außer der Veräußerung auch sonstige Maßnahmen (Belastung, Gebrauchsüberlassung o. ä.) dem Zustimmungserfordernis des § 12 Abs. 1 WEG unterstellt werden können (vgl. hierzu *Weitnauer* a.a.O.; *Soergel* BGB 11. Aufl. § 12 WEG Rdnr. 8 m. Nachw.), ist unerheblich.

Dies schließt nicht aus, daß der Wohnungseigentümer sich schuldrechtlich verpflichten kann, über sein Wohnungseigentum nicht oder nur in bestimmter Weise zu verfügen (§ 137 Satz 2 BGB). Geschieht dies durch eine Vereinbarung (Teilungserklärung), so kann dies auch als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen werden (§ 10 Abs. 2 WEG). Die hierdurch eintretende „dingliche Wirkung“ besteht aber nur in der Bindung des Sonderrechtsnachfolgers des verfügenden Wohnungseigentümers; die Unwirksamkeitsfolge des § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG tritt hierdurch nicht ein (*Weitnauer* Rdnr. 1 c, BGB-RGRK Rdnr. 3, je zu § 12 WEG). Eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG ist deshalb nicht gegeben.

b) Auch das Gesetz zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaues im Kohlenbergbau (Bergarbeiterwohnungsbaugesetz) i.d.F. vom 4.5.1957 (BGBl I S. 418), geändert durch Gesetz vom 24.8.1965 (BGBl I S. 909), enthält weder eine gesetzliche Veräußerungsbeschränkung noch läßt es zu, daß eine Veräußerungsbeschränkung vereinbart wird, die eine dennoch vorgenommene Veräußerung unwirksam machen würde.

aa) Unabhängig von § 12 WEG sind allerdings auch öffentlich-rechtliche Veräußerungsbeschränkungen vom Grundbuchamt zu beachten (vgl. *Bärmann/Pick/Merle* WEG 5. Aufl. § 12 Rdnr. 14). Das Bergarbeiterwohnungsbaugesetz enthält eine solche Veräußerungsbeschränkung aber nicht.

Wird die Errichtung von Wohnungen mit Mitteln des Treuhandvermögens gefördert, so soll zwar nach § 5 Abs. 2 BergArbWoBauG auch bei Wohnungseigentum in geeigneter Weise darauf hingewirkt werden, daß die Zweckbindung des § 5 Abs. 1 BergArbWoBauG — Benutzung der Wohnung nur durch Wohnungsberechtigte i.S. des § 4 BergArbWoBauG (vgl. hierzu BGH MDR 1971, 286 f.) — in geeigneter Weise auf einen angemessenen Zeitraum, jedoch nicht über 10 Jahre hinaus, sichergestellt ist. Diese Bestimmung hat aber — abgesehen davon, daß die Frist des § 5 Abs. 2 BergArbWoBauG im vorliegenden Fall abgelaufen sein wird — keine gesetzliche Veräußerungsbeschränkung zum Inhalt. Auch aus § 6 BergArbWoBauG (i.V.m. § 1 der Verordnung vom 20.10.1965, GVBl S. 308, m.spät.Änd.), der zudem nur die Vermietung und sonstige Gebrauchsüberlassung durch den Eigentümer, nicht aber die Veräußerung regelt, läßt sich eine solche Beschränkung nicht entnehmen.

bb) § 5 Abs. 2 BergArbWoBauG läßt entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht eine (noch dazu zeitlich unbegrenzte) dinglich wirksame Vereinbarung eines Veräußerungsverbots zu. In welcher Weise auch bei Eigentumswohnungen die Zweckbindung des Bergarbeiterwohnungsbaugesetzes sichergestellt werden soll, ist dort nicht gesagt (vgl. zum Wohnungsbesetzungsrecht eingehend BayObLGZ

1982, 184/186 ff. [= MittBayNot 1982, 122] m. Nachw.). Daß es auch rechtlich zulässig sein sollte, den Wohnungseigentümer in Abweichung von § 137 Satz 1 BGB mit dinglicher Wirkung an der Veräußerung seines Wohnungseigentums an nicht Wohnungsberechtigte zu hindern, hätte im Gesetz besonders zum Ausdruck kommen müssen. Auch in § 5 Abs. 1 Satz 2 BergArbWoBauG ist die Veräußerungsbeschränkung als Mittel zur Erreichung der Zweckbindung nicht genannt.

Nicht entscheidend ist schließlich, ob der Verwalter im Rahmen der von ihm zu erteilenden Zustimmung die Einhaltung der Vorschriften des Bergarbeiterwohnungsbaugesetzes zu beachten hat und ob dies im vorliegenden Fall geschehen ist. Denn die — hier erforderliche — Zustimmung des Verwalters ist dem Grundbuchamt vorgelegt worden. Eine weitere Prüfungsbefugnis kommt dem Grundbuchamt in diesem Zusammenhang nicht zu.

3. Die Vorentscheidungen können deshalb keinen Bestand haben. Die Sache ist zur anderweiten Behandlung und Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt zurückzugeben.

8. GBO §§ 19, 29; GBVfg § 15 Abs. 1 (*Zur Eintragung einer Bank unter der Firma ihrer Zweigniederlassung*)

Soll eine Bank als Grundpfandrechtsgläubiger unter der Firma ihrer Zweigniederlassung eingetragen werden, so hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob die Zweigniederlassung besteht und die Grundschild zu deren Geschäftsbereich gehört. Der erläuternde Hinweis auf den Hauptsitz schadet nicht.

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG Berlin, Beschluß vom 2.2.1983 — 84 T 15/83 — mitgeteilt von Notar *Jürgen Kirchner*, Würzburg

Aus dem Tatbestand:

Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 10.12.1982 bewilligte und beantragte die Eigentümerin die Eintragung einer Grundschild von 32.000,— DM nebst 18% Zinsen „für die D. Bank AG Filiale W. (Juristischer Sitz: F.)“ an ihrem Grundstück. Der Urkundsnotar reichte die Urkunde zum Vollzug unter Hinweis auf § 15 GBO im Namen aller Antragsberechtigten ein.

Mit Zwischenverfügung vom 23.12.1982 verlangte der Rechtspfleger eine klarstellende Erklärung der Eigentümerin in der Form des § 29 GBO, in welcher die Gläubigerin gemäß § 15 Abs. 1 Buchstabe b) GBVfg zutreffend und zweifelsfrei bezeichnet sei. Vorsorglich wies er darauf hin, daß, falls die „Filiale W.“ die Berechtigten sein solle und diese eine selbständige, im Handelsregister des Amtsgerichts W. eingetragene Zweigniederlassung sei, der Sitz selbstverständlich nicht F. sein könne.

Hiergegen legte der Urkundsnotar mit Schriftsatz vom 30.12.1982 Erinnerung ein. Er machte geltend, es ergebe sich eindeutig aus dem Formular, daß die Grundschild für die Filiale W., die im Handelsregister eingetragen sei, eingetragen werden solle. Darunter stehe lediglich erklärend in Klammern, wo sich der Hauptsitz befinde.

Der Rechtspfleger und der Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Der Grundbuchrichter legte die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet. Der Rechtspfleger hat zu Unrecht eine Klarstellung der Eintragungsbewilligung verlangt.

Bei der Eintragung einer Grundschild wie auch eines anderen Rechtes hat das Grundbuchamt grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Erwerber noch lebt, ebensowenig, ob eine juristische Person besteht, wenn sie überhaupt auf Grund ihrer Bezeichnung als rechtsfähige Person bestehen kann

(*Horber*, GBO, 15. Aufl. § 19 Anm. 6 a). Daraus folgt, daß das Grundbuchamt auch nicht der Frage nachzugehen hat, ob die juristische Person unter der Firma im Handelsregister eingetragen ist, mit der sie im Grundbuch eingetragen werden soll. Etwas anderes gilt nur, wenn das Grundbuchamt berechtigte Zweifel hat, ob die juristische Person diejenige Firma führt, unter der sie gemäß § 15 Abs. 1 Buchstabe b) GBVfg eingetragen werden soll. Alsdann wäre das Grundbuchamt berechtigt, diesen Zweifeln nachzugehen, da es nicht seine Hand dazu reichen darf, das Grundbuch unrichtig zu machen (*Horber*, a.a.O., Grundzüge 7 B vor § 13). Solche Zweifel sind hier aber nicht gerechtfertigt. Seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 1.11.1905 (RGZ 62, 7) ist anerkannt, daß eine Aktiengesellschaft, die befugt ist, ihre Geschäfte am Ort ihrer Zweigniederlassung unter einer anderen Firma als derjenigen am Ort der Hauptniederlassung zu führen, und diese im Handelsregister am Ort der Niederlassung einzutragen hat (§ 42 AktG, siehe auch *Barz* in *Großkomm. AktG*, § 42 Anm. 6) im Grundbuch mit der am Ort der Zweigniederlassung geführten Firma eingetragen werden muß, wenn sie im Geschäftsbereich ihrer Niederlassung ein in das Grundbuch einzutragendes Recht erwerben will. Denn nach Auffassung des Reichsgerichtes führt die Aktiengesellschaft die Firma am Ort ihrer Niederlassung als ihren einzigen Namen (RGZ a.a.O., 9, 10; siehe auch KGJ 32 A 199; BayObLGZ 1972, 373, 377; *Horber*, a.a.O., § 44 Anh. Anm. 2 D c). Das BayObLG (a.a.O.) hat allerdings erwogen, ob die Aktiengesellschaft bei solchen Geschäften nicht auch unter dem am Ort der Hauptniederlassung geführten Namen in das Grundbuch eingetragen werden kann. Es läßt sich daher nicht bezweifeln, daß die Erwerberin unter der Firma „D. Bank Aktiengesellschaft Filiale W.“ eingetragen werden kann. Dabei hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob die Erwerberin in W. eine Niederlassung unterhält, diese im Handelsregister eingetragen ist und die angegebene Firma der Eintragung im Handelsregister entspricht sowie, ob die Grundschild auf einem Geschäft beruht, das die Erwerberin am Ort ihrer Niederlassung in W. abgeschlossen hat. Dabei sei das Grundbuchamt noch darauf hingewiesen, daß eine Zweigniederlassung nicht selbständiger Träger von Rechten und Pflichten sein kann (RG a.a.O., 8). Den in Klammer gesetzten Hinweis auf den juristischen Sitz der Aktiengesellschaft hat das Grundbuchamt mißverstanden. Hiermit soll nicht etwa gesagt werden, daß sich der Sitz der Zweigniederlassung in F. befindet. Der Ort einer Zweigniederlassung wird niemals als Sitz bezeichnet. Sitz einer Aktiengesellschaft ist gemäß § 5 Abs. 1 AktG der Ort, den die Satzung bestimmt. Wo die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat, hat sie auch ihre Hauptniederlassung (*Barz* in *Komm. AktG* § 42 Anm. 2). Mit dem Hinweis auf F. ist hier nur der Ort gemeint, wo die Aktiengesellschaft ihren Sitz i.S. von § 5 AktG hat. Dies ist nicht mißzuverstehen, da der Rechtsbegriff des Sitzes eindeutig ist.

9. BundesbauG § 24 Abs. 5 Satz 2 und 3 (*Zum gemeindlichen Vorkaufsrecht bei Wohnungseigentum*)

Dem Grundbuchamt ist grundsätzlich auch bei Veräußerung von Wohnungseigentum (oder eines Miteigentumsbruchteils) das Nichtbestehen oder die Nichtausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts durch eine Bescheinigung der Gemeinde nachzuweisen.

BGH, Beschluß vom 16.2.1984 — V ZB 24/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Anmerkung der Schriftleitung:

Die Entscheidung wird mit Begründung demnächst in der DNotZ veröffentlicht.

10. BGB § 1769 (*Interessenabwägung bei Erwachsenenadoption*)

1. Grundsätze für die Beurteilung, ob der Annahme eines Volljährigen überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden entgegenstehen.

2. Bei der für die Annahme eines Volljährigen vorzunehmenden Interessenabwägung sind auch die vermögensrechtlichen, insbesondere die erbrechtlichen Interessen der Kinder des Annehmenden zu berücksichtigen.

3. Die Annahme eines Erwachsenen ist, wenn eigene Abkömmlinge des Annehmenden vorhanden sind, nur ausnahmsweise zuzulassen.

4. Regelmäßig ist eine Erwachsenenadoption abzulehnen, wenn das einzige leibliche Kind des Annehmenden dessen Unternehmen fortführen soll, das Adoptivkind sich seinen Erbteil vermutlich einmal auszahlen lassen wird und für einen solchen Fall die Gefahr besteht, daß der Betrieb nicht mehr existenzfähig ist.

BayObLG, Beschluß vom 3.2.1984 — BReg. 1 Z 74/83 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die im Jahre 1920 geborene Beteiligte zu 1) hat aus erster Ehe ein Kind, die im Jahre 1944 geborene Beteiligte zu 2). Aus ihrer zweiten Ehe gingen keine Kinder hervor. Der zweite Ehemann verstarb im Jahre 1968.

Die Beteiligte zu 1) und ihr zweiter Ehemann betrieben ein Hotel. Sie schlossen einen notariellen Ehe- und Erbvertrag, in dem sie für den Fall, daß aus ihrer Ehe beim Tode des Überlebenden keine Abkömmlinge vorhanden sind, die Beteiligte zu 2) als alleinige Erbin des Überlebenden einsetzten. In dem Vertrag heißt es des weiteren, diese Abrede sei „vertragsmäßig getroffen, also in einseitig nicht widerruflicher Weise“.

Nach dem Tode des zweiten Ehemannes arbeitete die Beteiligte zu 2), welche zuvor eine Hotelfachschule besucht hatte, in dem Unternehmen mit. Im Jahre 1965 regelten die Beteiligten zu 1) und 2) ihre Zusammenarbeit durch einen Gesellschaftsvertrag.

2. Die Beteiligte zu 2) schloß im Jahre 1970 die Ehe mit X. Sie wohnte mit ihrem Ehemann und ihren in den Jahren 1972 und 1973 geborenen Kindern im Hotelgebäude.

Ihre Mitarbeit im Hotelbetrieb setzte die Beteiligte zu 2) nach ihrer Eheschließung fort. Der Ehemann arbeitete später gleichfalls in dem Unternehmen.

3. In der Folgezeit kam es zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) zu Spannungen, welche dazu führten, daß die Beteiligte zu 2) im Jahre 1975 den Gesellschaftsvertrag kündigte und die Beteiligte zu 1) im Frühjahr 1976 die Beteiligte zu 2) aufforderte, mit ihrer Familie das Haus zu verlassen.

In einem Rechtsstreit zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) schlossen diese am 8.11.1976 einen Vergleich, in dem die Zahlung einer Abfindung durch die Beteiligte zu 1) an die Beteiligte zu 2) vereinbart wurde.

4. Der Beteiligte zu 3) ist im Jahre 1952 als nichteheliches Kind der F. geboren worden. Er wurde zunächst von seiner Großmutter betreut und kam später in ein Heim. Seit dem Jahr 1970 bestand zwischen dem Beteiligten zu 3) und seiner Mutter keine Verbindung mehr.

Im Jahr 1976 kam der Beteiligte zu 3) in das Hotelunternehmen der Beteiligten zu 1). Er war dort zunächst als Kellner beschäftigt und ist jetzt als Geschäftsführer tätig.

Zwischen den Beteiligten zu 1) und 3) sind enge persönliche Beziehungen entstanden.

5. Am 21.5.1980 beantragten die Beteiligten zu 1) und 3) beim Amtsgericht mit notariell beurkundetem Antrag die Annahme des Beteiligten zu 3) als Kind der Beteiligten zu 1).

Das Amtsgericht wies mit Beschluß vom 12.11.1981 die Anträge zurück, weil der Annahme überwiegende Interessen der Beteiligten zu 2) entgegenstünden.

Auf die Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 3) hörte das Landgericht alle drei Beteiligten erneut an. Hierbei verzichteten die Beteiligten zu 1) und 3) für den Fall einer Genehmigung der Adoption auf die

sich daraus gemäß den §§ 2079, 2281 BGB ergebende Möglichkeit einer Anfechtung des Erbvertrages. Mit Beschluß vom 12.8.1983 wies das Landgericht beide Beschwerden zurück.

Gegen diese Entscheidung richteten sich die mit Anwaltschriftsatz eingelegten weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 3).

Aus den Gründen:

Die zulässigen Rechtsmittel sind unbegründet.

1. ...

2. ...

3. Die Ausführungen des Landgerichts halten der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) im Ergebnis stand.

a) Dahingestellt bleiben kann, ob die Auffassung des Beschwerdegerichts, zwischen den Beteiligten zu 1) und 3) bestehe zwar ein Eltern-Kind-Verhältnis, die Annahme als Kind sei jedoch gleichwohl sittlich nicht gerechtfertigt, frei von Rechtsirrtum ist. Denn in jedem Fall wird die Entscheidung des Landgerichts von den Ausführungen getragen, mit denen das Beschwerdegericht dargelegt hat, einer Annahme des Beteiligten zu 3) als Kind der Beteiligten zu 1) stünden überwiegende Interessen der Beteiligten zu 2) entgegen.

b) Die Annahme eines Volljährigen darf nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden oder des Anzunehmenden entgegenstehen (§ 1769 BGB). Bei der danach erforderlichen Abwägung der Interessen des Annehmenden und des Anzunehmenden auf der einen Seite und der Interessen der Kinder beider auf der anderen Seite ist davon auszugehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch sowohl für die Annahme Minderjähriger als auch für die Annahme Volljähriger zunächst unverzichtbar die Kinderlosigkeit des Annehmenden vorgeschrieben hatte und durch eine Altersgrenze von 50 Jahren für Annehmende sichern wollte (BT-Drucks. 7/3061 S. 15, 31). Dieses Mindestalter des Annehmenden wurde zwar im Jahre 1961 auf 35 Jahre und im Jahre 1973 auf 25 Jahre herabgesetzt (BT-Drucks. aaO S. 31; zur Anwendung der Bestimmung des § 1743 BGB über die Altersgrenze des Annehmenden auf die Annahme Volljähriger: *Soergel* BGB 11. Aufl. § 1767 Rdnr. 2). Der bei einer Annahme Volljähriger bestehenden Mißbrauchsgefahr (BT-Drucks. aaO S. 22) sollte jedoch insbesondere dadurch begegnet werden, daß überwiegende Interessen der Kinder der Annehmenden nicht übergangen werden dürfen (vgl. BT-Drucks. aaO S. 53). In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Adoptionsrechtes durch das Adoptionsgesetz vom 2.7.1976 (BGBl I 1749) für die Annahme Volljähriger keine Regelung geschaffen, die — wie bei der Annahme Minderjähriger (§ 1745 S. 2 BGB) — vermögensrechtliche Interessen hintanstellt. Bei der Annahme eines Volljährigen sind daher auch die vermögensrechtlichen Interessen der Beteiligten zu beachten (*Erman* BGB 7. Aufl. Rdnrn. 2, 3, MünchKomm. Rdnr. 4, je zu § 1769 BGB). Hierbei kann es von Bedeutung sein, daß das Erbrecht vorhandener Kinder unangemessen beeinträchtigt werden kann (BT-Drucks. aaO; *Palandt* BGB 43. Aufl. Anm. 1, *Soergel* Rdnrn. 1, 2, je zu § 1769). Wenn der Gesetzgeber auch bewußt davon abgesehen hat, die Annahme eines Volljährigen dadurch weiter zu erschweren, daß nur derjenige, der keine eigenen Abkömmlinge hat, einen Volljährigen annehmen kann, oder für die Annahme eines Volljährigen die förmliche Einwilligung der Kinder des Annehmenden verlangt wird (BT-Drucks. S. 53 f.), so treten doch in jedem Fall die Interessen des Annehmenden und des Anzu-

nehmenden am Zustandekommen der Adoption hinter den Interessen der Kinder des Annehmenden zurück (vgl. *Engler FamRZ* 1975, 125/135 und 1976, 584/591). Die Annahme eines Erwachsenen wird daher beim Vorhandensein eigener Abkömmlinge zwar nicht (wie im früheren Recht durch § 1745 a BGB a. F.) ausgeschlossen, aber nur ausnahmsweise zuzulassen sein (MünchKomm aaO).

Ein solcher Ausnahmefall liegt hier ersichtlich nicht vor. Im Ehe- und Erbvertrag hat die Beteiligte zu 1) die Beteiligte zu 2) als alleinige Erbin eingesetzt. Der mutmaßliche Nachlaßwert ist erheblich. In jedem Fall würde eine Annahme des Beteiligten zu 3) als Kind der Beteiligten zu 1) das Erbrecht der Beteiligten zu 2) verkürzen, weil die Adoption eines Volljährigen für diesen ein Pflichtteilsrecht begründet (MünchKomm § 1770 Rdnr. 6, § 2303 Rdnrn. 8, 10; *Palandt* § 2303 Anm. 1 a; *Soergel* § 1770 Rdnr. 8, § 2303 Rdnr. 9). Diese Rechtsfolge muß — entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdeführer — bei der Beurteilung berücksichtigt werden, ob überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden der Annahme entgegenstehen.

Allerdings kann dem Kinde des Annehmenden die Adoption zuzumuten sein, wenn es seinen Ausbildungs- und Berufsweg gegen den Willen des Annehmenden gegangen ist und dieser den Nachfolger für sein Unternehmen adoptieren will (*Erman* aaO Rdnr. 3). So liegt es hier jedoch nicht. Die Beteiligte zu 2) hat die Hotelfachschule besucht. Es besteht kein Anhalt, daß sie das Hotelunternehmen der Beteiligten zu 1) nicht zu gegebener Zeit fortführen will. Ersichtlich schließen die beträchtlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) es lediglich aus, daß diese gleichzeitig in dem Unternehmen tätig sind. Sollte die Annehmende das Familienunternehmen nicht bis ins hohe Alter fortführen können, so ist kein Hindernis zu erkennen, weshalb das Unternehmen nicht bereits zu ihren Lebzeiten — etwa bei Vereinbarung eines Leibgedinges — übergeben wird. Regelmäßig muß eine Erwachsenenadoption abgelehnt werden, wenn — wie hier — das einzige leibliche Kind das Unternehmen seines Elternteils fortführen soll, das Adoptivkind sich seinen Erbteil vermutlich aber einmal auszahlen lassen wird, so daß die Gefahr besteht, daß der Betrieb nicht mehr existenzfähig ist (*Massfeller/Böhmer* Das gesamte Familienrecht 3. Aufl. § 1769 BGB Anm. 1).

Fehl geht der Hinweis der Rechtsbeschwerden darauf, daß die Beteiligten zu 1) und 3) auf eine Anfechtung des Erbvertrages verzichtet haben. Denn das Landgericht hat bereits zutreffend ausgeführt, daß der Beteiligte zu 3) für den Fall seiner Annahme als Kind der Beteiligten zu 1) nicht auch auf sein gesetzliches Pflichtteilsrecht verzichtet hat.

Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob — wie die Rechtsbeschwerdeführer darlegen — die Trennung zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) endgültig ist. Das Landgericht war deshalb nicht gehalten, in dieser Richtung weitere Ermittlungen anzustellen. Entscheidend bleibt, daß das der Beteiligten zu 2) im Ehe- und Erbvertrag zugesicherte Erbrecht erheblich beeinträchtigt werden würde, wenn durch eine Adoption des Beteiligten zu 3) ein weiterer Pflichtteilsberechtigter nach der Beteiligten zu 1) entstehen würde.

Ferner kommt es für die Abwägung der Interessen der Beteiligten zu 1) und 2) nicht darauf an, daß die Beteiligte zu 2) im Vergleich vom 8.11.1976 bei der Bemessung des von der Beteiligten zu 1) an die Beteiligte zu 2) zu zahlenden Abfindungsbetrages ersichtlich von dem ihr im Ehe- und Erbver-

trag eingeräumten Erbrecht ausgegangen ist und die Beteiligte zu 1) dies bei Abschluß des Vergleichs auch erkannt hat. Mit Recht weist die Beteiligte zu 2) darauf hin, daß eine Adoption des Beteiligten zu 3) durch die Beteiligte zu 1) die Geschäftsgrundlage des Vergleichs verschieben würde.

11. BGB §§ 1960, 1961 (*Nachlaßpflegschaft für Straßengrundabtretung*)

Eine Nachlaßpflegschaft kann auch angeordnet werden, um eine Straßengrundabtretung durchzuführen, wenn die Erben des eingetragenen Grundstückseigentümers nur schwierig zu ermitteln sind.

(*Leitsatz des Einsenders*)

BayObLG, Beschluß vom 11.1.1984 — BReg. 1 Z 51/83 — mitgeteilt von Notar *Dr. Günter Promberger*, Dachau

Aus dem Tatbestand:

Der zu 1) beteiligte Freistaat Bayern baute die Staatsstraße 2299 aus. Von diesem Straßenbau ist eine Teilfläche von 114 qm eines Grundstücks Flur-Nr. 558 betroffen. Als Eigentümer eines Bruchteils von 17/338 ist im Grundbuch der am 18.5.1911 verstorbene Landwirt G. S. (Erblasser) eingetragen. Die Beteiligten zu 2) sind heute noch lebende Erbeserben.

Der beteiligte Freistaat Bayern bemüht sich um den Erwerb des Miteigentumsanteils an der von der Straßenbaumaßnahme betroffenen Teilfläche des Grundstücks. Er hat am 5.11.1981 beim Amtsgericht beantragt, eine Nachlaßpflegschaft anzuordnen.

Das Amtsgericht hat Ermittlungen nach den Erben angestellt und sodann den Antrag des Freistaats Bayern mit Beschluß vom 26.7.1982 zurückgewiesen, weil die Erben bekannt seien und auch kein Bedürfnis bestehe, den Nachlaß zu sichern.

Der Erinnerung des Freistaats half weder der Rechtspfleger noch der Richter ab. Die für diesen Fall eingelegte Beschwerde des Freistaats wies das Landgericht mit Beschluß vom 27.9.1982 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Freistaats vom 16.6.1983.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

1. ...

2. In der Sache selbst hält die Entscheidung des Landgerichts der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

a) ...

b) Bei seiner rechtlichen Beurteilung hat das Landgericht übersehen, daß das Nachlaßgericht gemäß § 1961 BGB unter gewissen Voraussetzungen einen Nachlaßpfleger auch zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs bestellen kann und hierbei zum Teil andere Grundsätze maßgebend sind als in den Fällen des vom Landgericht allein geprüften § 1960 Abs. 1 BGB.

Allerdings verweist § 1961 BGB hinsichtlich der Voraussetzungen zunächst auf die Fälle des § 1960 Abs. 1 BGB. Nach dem Wortlaut des Gesetzes setzt somit auch die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft gemäß § 1961 BGB voraus, daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder die Annahme ungewiß oder der Erbe unbekannt ist. Bei der Prüfung der Frage, ob der Erbe unbekannt ist, hat das Nachlaßgericht jedoch nach einmütiger Auffassung des Schrifttums die Situation des Gläubigers zu berücksichtigen, weil dieser von umfangreichen Nachforschungen nach Unterlagen zum Nachweis der Erbberechtigung freigestellt sein soll. Ein Unbekanntsein des Erben ist deshalb nach einhelliger Auffassung anzunehmen, wenn die für die Erbfolge maßgebenden

Verhältnisse sehr weitläufig und verwickelt sind, so daß dem Nachlaßgläubiger die Beschaffung der zum Nachweis der Passivlegitimation des mutmaßlichen Erben erforderlichen Unterlagen nicht zugemutet werden kann (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 3, MünchKomm Rdnr. 4, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 3, *Staudinger* BGB 11. Aufl. Rdnr. 10, je zu § 1961).

So kann es hier liegen. Der Erblasser ist bereits vor mehr als 70 Jahren verstorben. Auch seine Erben leben nicht mehr. Als Erbeserben kommen 23 Personen in Betracht. Zum Nachweis ihrer Passivlegitimation bedarf es somit einer so großen Anzahl von Personenstandsunterlagen, daß deren Beschaffung einem Nachlaßgläubiger wohl nicht zugemutet werden kann.

c) Weitere Voraussetzung für die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft gemäß § 1961 BGB ist nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß ein Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden soll. Diese Voraussetzung braucht der Gläubiger indessen nicht glaubhaft zu machen (*Soergel* aaO Rdnr. 2). Es genügt die nach der Überzeugung des Gerichts bestehende Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung (*Soergel* aaO). Auch steht der Anordnung einer Nachlaßpflegschaft nichts entgegen, falls der Gläubiger mit dem Pfleger zunächst nur über eine Anerkennung des Anspruchs gütlich verhandeln will (MünchKomm aaO Rdnr. 6; *Soergel* aaO Rdnr. 2; *Staudinger* aaO Rdnr. 6). Für die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft reicht es deshalb grundsätzlich aus, daß ein Nachlaßgläubiger jemandes bedarf, gegen den er seine Rechte verfolgen kann (BGB-RGRK aaO Rdnr. 1; MünchKomm aaO Rdnr. 8).

Auch diese Voraussetzung könnte hier gegeben sein. Da die vom beteiligten Freistaat Bayern begehrte Teilfläche bereits zum Straßenbau benutzt worden ist, kommt eine Enteignung der Teilfläche in Betracht. Eine Enteignung setzt voraus, daß der Antragsteller der Enteignung sich nachweislich ernsthaft bemüht hat, das Grundstück zu angemessenen Bedingungen freihändig zu erwerben (Art. 3 Abs. 2 Nr. 1 BayEG). Hierfür müssen mit dem Berechtigten Verhandlungen über den freihändigen Erwerb aufgenommen werden (*Molodovsky* Enteignungsrecht in Bayern Art. 3 BayEG Rdnr. 4.2.1 m. Nachw.). Scheitert ein freihändiger Erwerb, so sind an einem Enteignungsverfahren in jedem Fall die jetzigen Eigentümer der Teilfläche beteiligt (Art. 22 Abs. 1 Nr. 2 BayEG).

Allerdings hat die Enteignungsbehörde, da sie den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat (*Puhr-Westerheide* Praxis der Gemeindeverwaltung Art. 24 BayEG Anm. 1), die Beteiligten grundsätzlich von Amts wegen zu ermitteln (*Molodovsky* aaO Art. 22 BayEG Rdnr. 4.1.1). Zur Ermittlung des Eigentümers hat sie den Inhalt des Grundbuchs festzustellen; hat sie Anhaltspunkte, daß der eingetragene nicht der wirkliche Eigentümer ist, kann und muß sie mit den Mitteln des Art. 24 BayEG den wahren Eigentümer feststellen (*Molodovsky* aaO). Indessen werden der Enteignungsbehörde in der angeführten Vorschrift des Art. 24 BayEG keine uferlosen Ermittlungen aufgetragen. Auch die Amtsermittlungspflicht der Enteignungsbehörde findet ihre Grenze dort, wo weitere Ermittlungen unzumutbar sind (*Molodovsky* aaO Art. 24 BayEG Rdnr. 2.1.2). Deshalb kann auch die Enteignungsbehörde die in der Bestellung eines Nachlaßpflegers vom Gesetzgeber gebotene Erleichterung bei der Ermittlung der wahren Berechtigten ebenso in Anspruch nehmen, wie dies einem jeden möglich ist, der über eine Anerkennung eines wirklichen oder eines vermeintlichen Anspruchs gütlich verhandeln will.

3. Aus denselben Gründen kann auch die Entscheidung des Amtsgerichts nicht bestehen bleiben. An dieses ist das Ver-

fahren zurückzuverweisen, damit es über den Antrag auf Anordnung einer Nachlaßpflegschaft unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen erneut entscheiden kann.

Hierbei wird es auch zu beachten haben, daß der Freistaat nach seinen — erstmals mit der weiteren Beschwerde gemachten und im Rechtsbeschwerdeverfahren deshalb nicht zu berücksichtigenden (BayObLG FamRZ 1976, 534/536; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. Rdnr. 43, *Jansen* FGG 2. Aufl. Rdnr. 38, je zu § 27) — Angaben inzwischen Miteigentümer zu 321/338stel ist. Dem Freistaat dürfte deshalb gemäß § 749 Abs. 1 BGB ein Anspruch gegen die Erben auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft zustehen.

Die Verpflichtung des Nachlaßgerichts, die Erben von Amts wegen zu ermitteln (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 AGGVG), wird durch eine Bestellung eines Nachlaßpflegers nicht berührt.

Anmerkung:

Der vorstehende Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist für die Arbeit vieler Notariate wichtig. Die Vorinstanzen hatten die Bestellung des Nachlaßpflegers abgelehnt; dies hätte zur Folge gehabt, daß wegen der Erben eines im Grundbuch noch eingetragenen, längst verstorbenen Erblassers (Miteigentümer zu 17/338 an 114 qm; voraussichtlicher Grundstückspreis 1,— DM/qm) die amtliche Erbenermittlung durchgeführt werden sollte (was tatsächlich bereits geschah) und anschließend für sämtliche Erben und Erbeserben (davon waren bereits 23 ermittelt) ein grundbuchgerechter Erbfolgenachweis erforderlich geworden wäre. Wahrhaft kein gangbarer Weg, um Straßenveränderungsnachweise zum raschen Vollzug zu bringen! Das Bayerische Oberste Landesgericht bestätigt demgegenüber, daß hier durch die Mitwirkung eines Nachlaßpflegers abgeholfen werden kann.

Rechtstheoretisch ist an dem Beschluß bedeutsam, daß die Berechtigung, ein Enteignungsverfahren hinsichtlich der Straßengrundfläche einzuleiten, und die Verpflichtung, vorher ernsthaft den freihändigen Verkauf der Fläche anzustreben, als Gläubigerstellung im Sinn des § 1961 BGB im weitesten Sinne anerkannt wurde. Das Bayerische Oberste Landesgericht bestätigt außerdem, daß es für die Antragsberechtigung eines solchen Gläubigers bereits genügt, wenn er durch den Nachlaßpfleger den für ein solches Verfahren geeigneten Verhandlungspartner erhält; selbst die vom Nachlaßgericht schon mühsam ermittelten Erben und Erbeserben wären dies nicht gewesen, da es für ihre Rechtszuständigkeit keinen grundbuchmäßigen Nachweis gab.

Erst während des Beschwerdeverfahrens hatte sich ergeben, daß der Freistaat Bayern Miteigentümer hinsichtlich weiterer Bruchteile des betreffenden Grundstückes geworden war. In dieser Eigenschaft hatte er einen Auseinandersetzungsanspruch (§ 749 Abs. 1 BGB) und somit eine weitere Gläubigerstellung im Sinn des § 1961 BGB. Im vorliegenden Verfahren wäre dies aber gerade nicht der Anspruch gewesen, den der Freistaat Bayern verfolgte; Auseinandersetzung ist etwas anderes als Durchführung der Straßengrundabtretung. Dennoch ist die Anerkennung dieses Anspruchs als Grundlage für eine Pflegerbestellung ein für die Praxis nützliches obiter dictum, da in vielen anderen Fällen die Bestellung eines Nachlaßpflegers auch zum Zweck der Auseinandersetzung nötig ist.

Alles in allem bestätigt dieser Beschluß zu einem wirtschaftlich bescheidenen, praktisch aber wichtigen Fall den alten guten Ruf des „Bayerischen Obersten“ für seine praxisgerechte Judikatur.

Notar Dr. Günter Promberger, Dachau

Handelsrecht einschließlich Registerrecht**12. HGB § 25 (Zur Haftung bei Firmenfortführung)**

Wer ein gepachtetes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, haftet auch für die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten eines früheren Pächters.

BGH, Urteil vom 16.1.1984 — II ZR 114/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger lieferte im Oktober 1981 Waren im Werte von 3702,03 DM an die „Druckerei H. St.“. Deren Inhaber war damals der Kaufmann B. als Pächter. Da er mit der Pachtzinszahlung im Verzuge war, kündigten die beiden Verpächter, die Erben von H. St., im Dezember 1981 das Pachtverhältnis und verpachteten die Druckerei am 23.12.1981 an den Kaufmann F. Dieser führt das Unternehmen seit dem 1.1.1982 mit der Firma „Druckerei H. St., Inhaber F.“ weiter. Unter dieser Firma nimmt ihn der Kläger auf Zahlung der 3702,03 DM nebst Zinsen in Anspruch.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung des Kaufpreises verurteilt. Das Oberlandesgericht hat ihre Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Diese hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Beklagte als jetzige Pächterin der Druckerei mit Recht für verpflichtet gehalten, die gegen den früheren Pächter begründete Forderung des Klägers zu bezahlen.

Nach § 25 Abs. 1 HGB haftet für die im Betriebe eines Handelsgeschäfts entstandenen Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, wer dieses Geschäft unter Lebenden erwirbt, weiterführt und die Firma beibehält. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Druckerei ist ein Handelsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 9 HGB; der jetzige Inhaber F. und sein Vorgänger B. sind übrigens auch im Handelsregister eingetragen. Der Nachfolgezusatz, den die Beklagte der übernommenen Firma hinzugefügt hat, beseitigt die Haftung nicht, wie der Gesetzestext eindeutig besagt. Der Umstand, daß F. das Geschäft nicht endgültig, sondern nur als Pächter zur vorübergehenden Nutzung erworben hat, ist nach ständiger, überwiegend auch im Schrifttum gebilligter Rechtsprechung kein Grund, der die Haftung ausschliesse (RGZ 133, 318, 322 f.; zuletzt Senatsurteil v. 29.3.1982 LM HGB § 25 Nr. 17 [= DNotZ 1983, 191]; *Hüffer* in Großkomm. HGB 4. Aufl., Rdnrn. 38 und 81 zu § 25, sowie *K. Schmidt*, Handelsrecht S. 174/175, beide m.w.N.).

Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich zugunsten der Beklagten auch daraus nichts herleiten, daß zwischen ihrem Inhaber F. und dem Vorpächter B. keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen bestanden haben. Allerdings hat F. die Druckerei von den Erben des früheren Eigentümers und Verpächters St. gepachtet, die selbst das Geschäft auch zwischenzeitlich nicht weitergeführt, sondern unmittelbar vom Vorpächter auf den Inhaber der Beklagten übertragen haben. Das Gesetz verknüpft aber die Haftung mit dem Handelsgeschäft selbst und läßt sie über den Wechsel des Unternehmensträgers hinaus zu Lasten des späteren Trägers ohne weiteres fort dauern, wenn das Geschäft in seinem wesentlichen Bestande erhalten bleibt und die Kontinuität des Unternehmens nach außen hin durch die Fortführung der bisherigen Firma in Erscheinung tritt. Hiermit wäre es unvereinbar anzunehmen, für den Fortbestand der Haftung sei zu unterscheiden, ob sich die Aufeinanderfolge der haftenden

Unternehmensträger rechtsgeschäftlich oder nur tatsächlich, unmittelbar oder nur mittelbar über einen Zwischenerwerber hinweg vollziehe. Das läge auch nicht in der Linie früherer Urteile, in denen der Senat (mit etwas anderer Begründung) entschieden hat, der Übernehmer hafte für frühere Geschäftsschulden auch dann nach § 25 Abs. 1 HGB, wenn überhaupt kein Übernahmevertrag abgeschlossen worden oder ein solcher unwirksam oder nichtig sein sollte (BGHZ 18, 248, 252; 22, 234, 239 [= DNotZ 1957, 104, 106]).

§ 25 Abs. 2 HGB rechtfertigt keine engere Auslegung des Absatzes 1. Nach jener Vorschrift ist zwar die Haftung des Erwerbers ausgeschlossen, wenn er das mit dem Veräußerer vereinbart und unverzüglich ins Handelsregister eintragen läßt. Damit läßt sich aber nicht begründen, die Haftung des Übernehmers käme nur in Betracht, wenn sie abschließbar sei. § 25 Abs. 2 gibt dafür nichts her, und § 25 Abs. 1 HGB läßt interne Vorgänge bei Geschäftsübertragungen nicht gelten, sondern knüpft nur an schlichte Tatsachen an, die im Rechtsverkehr in Erscheinung treten, nämlich die Kontinuität des Unternehmens und die Firmenfortführung. Davon abgesehen wäre es nicht ausgeschlossen, daß der Verpächter den früheren Pächter bereits im Pachtvertrag verpflichtet, zugunsten eines späteren Pächters den Übergang von Schulden auszuschließen.

Die Beklagte müßte daher für die Schuld des früheren Pächters nur dann nicht einstehen, wenn sie tatsächlich von den Möglichkeiten des § 25 Abs. 2 HGB Gebrauch gemacht hätte. Das hat das Berufungsgericht zutreffend verneint, soweit sich die Beklagte darauf beruft, daß das Registergericht den Haftungsausschluß schließlich eingetragen hat; denn das geschah erst fast neuen Monate nach der Geschäftsübernahme, hätte aber, was an der Zustimmung des Vorpächters gescheitert ist, schon alsbald nach der Geschäftsübernahme geschehen müssen (BGHZ 29, 1, 4 [= DNotZ 1959, 136, 137]). Der Rundbrief der Beklagten, der dem Kläger am 14.1.1982 zugegangen ist, enthält nur die Anzeige, daß seit dem 1.1.1982 Herr F. der Pächter sei, nichts aber über alte Geschäftsverbindlichkeiten.

Die Vorinstanzen haben nach alledem die Haftung der Beklagten mit Recht bejaht.

13. GmbHG § 54 Abs. 1 S. 2 (Notarbescheinigung bei Neufassung des Gesellschaftsvertrages)

Die in § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG vorgesehene Notarbescheinigung ist nicht erforderlich, wenn die Gesellschafter die Satzung bereits in dem dem Registergericht vorzulegenden Wortlaut beschließen und wenn ein Notar die Neufassung als Gesellschafterbeschuß gemäß §§ 8 ff. BeurkG beurkundet hat.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 25.10.1983 — 3 W 120/83 — mitgeteilt von *Hans-Joachim Bauer*, Richter am OLG, Zweibrücken

Aus dem Tatbestand:

Am 5.5.1983 hat eine Gesellschafterversammlung der Beteiligten stattgefunden, in der der Versammlungsbeschluß beurkundet wurde, daß die Satzung der Gesellschaft neu gefaßt werde und wie in dem der Urkunde als Anlage beigefügten Text laute. Die Urkundenanlage enthält die gesamte „Satzung der Gesellschaft“. Die Satzung unterscheidet sich hinsichtlich der Firma, des Sitzes der Gesellschaft, des Unternehmensgegenstandes und der Person des Geschäftsführers nicht von der bisherigen Satzung. Ein Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse, denn nach der neuen Satzung kann nur ein Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig sein.

Die Niederschrift über die Gesellschafterversammlung sowie die genannte Anlage zur Niederschrift haben der gesetzliche Vertreter der alleinigen Geschäftsführerin der Beteiligten und der Notar nach Vorlesen unterschrieben.

Am 10.5.1983 hat der Allein-Geschäftsführer der Beteiligten zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet, daß die Satzung neu gefaßt sei. Weitere Angaben enthält die Anmeldung nicht. Dem Antrag, die Anmeldung im Handelsregister zu vollziehen, hat der Urkundsnotar eine Ausfertigung seiner Urkunde beigefügt.

Mit Beschluß vom 1.7.1983 hat das Amtsgericht die Eintragung abgelehnt, weil der neue Wortlaut der Satzung nicht mit einer Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG versehen sei.

Hiergegen hat die Beteiligte Beschwerde eingelegt. Die Beteiligte hat vorgetragen, § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG gelte nach Wortlaut und Sinn nicht für den auf völlige Neufassung des Gesellschaftsvertrags gerichteten Beschluß. Denn hier könne der Notar nicht bescheinigen, welche Vertragsteile neu seien und welche Abschnitte unverändert fortgälten.

Die Kammer für Handelssachen des Landgerichts hat die Beschwerde mit Beschluß vom 12.9.1983 zurückgewiesen. Diesen Beschluß greift die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde an.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, weil § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG — anders als das Landgericht meint — auf den hier gegebenen Fall keine Anwendung findet.

Zweifelsfrei zutreffend gehen die Vorinstanzen in Übereinstimmung mit der Beteiligten davon aus, daß auch die völlige Neufassung des Gesellschaftsvertrages eine Vertragsänderung i.S. des § 54 Abs. 1 GmbHG ist. Dabei kommt es jedenfalls für die Entscheidung dieses Falles nicht darauf an, ob § 54 Abs. 1 GmbHG mit „Gesellschaftsvertrag“ nur die sog. Satzung i.S. eines personenunabhängigen Organisationsstatuts der juristischen Person meint oder ob er auch für Änderungen im spezifisch-schuldrechtlichen Teil des Gesellschaftsvertrages gilt. Denn hier liegt zweifelsfrei eine Änderung der eigentlichen Satzung vor. Andererseits erscheint das Argument der Beteiligten, § 54 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. GmbHG gelte nach seinem Wortlaut nicht für die völlige Neufassung der Satzung, in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Die Bedeutung des § 54 Abs. 1 GmbHG erschließt sich von der Regelung der §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 GmbHG her. Danach muß ein vollständiges Exemplar des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages zu den Akten des Handelsregisters eingereicht werden. Mit dieser Vorschrift verfolgt der Gesetzgeber zunächst das Ziel, dem Publikum die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft offenzulegen. Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages wird gefordert, um sicherzugehen, daß der konkrete Wortlaut der Gesellschaftsvertragsurkunde den Willen der Vertragsschließenden wiedergibt. § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bezweckt, die so für das Gründungsstadium der GmbH bewirkte Klarheit und Verlässlichkeit des Handelsregisters bei Satzungsänderungen zu erhalten. Dabei geht das Gesetz zunächst von einer bestimmten Form der Satzungsänderung aus, nämlich dergestalt, daß die Gesellschafter Änderungen nur für einzelne Regelungen des Gesellschaftsvertrages beschließen und es bei der Fortgeltung der übrigen Regelungen belassen. In diesem Fall ergibt die dem Registergericht gemäß § 54 Abs. 2 Satz 2 1. Halbs. GmbHG vorgelegte Neufassung des Gesellschaftsvertrages zwar, nach welchen Grundsätzen die Gesellschaft jetzt verfaßt ist. Unklar bleibt allerdings der Geltungsgrund dieser Neuregelung. Denn für einen nicht ohne weiteres erkennbaren Teil der Satzung ist dies der Än-

derungsbeschluß der Gesellschafterversammlung, für einen anderen der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag. Diese Ungewißheit wird dadurch beseitigt, daß eine notarielle Bescheinigung den Geltungsgrund der einzelnen Satzungsbestimmungen klarstellt und bekräftigt.

Dieses Klarstellungsbedürfnis entfällt jedoch dort, wo sich aus dem zum Handelsregister eingereichten neuen Satzungstext und aus der Verlautbarung des Handelsregisters unmittelbar und ohne weiteres erkennbar ergibt, daß der jetzt maßgebliche Gesellschaftsvertrag in vollem Umfang neu beschlossen wurde. Nicht ohne weiteres erfüllt ist damit allerdings die Aufgabe der notariellen Bescheinigung, zu bekräftigen, daß der neue Satzungstext mit den Willenserklärungen der Gesellschafter übereinstimmt. Denn der Beschluß über die Satzungsänderung muß nicht bereits in fertiger Vertrags- oder Satzungsform ergangen sein. Es ist vielmehr möglich, daß die Gesellschafter die Satzungsänderung zunächst nur ihrem Inhalt nach beschließen und daß erst später der eigentliche Satzungstext formuliert wird. In diesen Fällen muß ein Notar bestätigen, daß der dem Registergericht zugeleitete Satzungstext sich inhaltlich mit dem Gesellschafterbeschluß deckt. Insoweit kommt § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG auch dort Bedeutung zu, wo die völlige Änderung der Satzung beschlossen worden ist.

Bedeutungslos ist die notarielle Bescheinigung dagegen dann, wenn der oder die Gesellschafter die neue Satzung bereits in dem dem Registergericht vorzulegenden Wortlaut beschließen und wenn — wie im vorliegenden Fall geschehen — ein Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschluß gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet. In diesen Fällen erfüllen die Verlautbarung des Handelsregisters, daß die Satzung durch Gesellschafterbeschluß geändert sei (vgl. *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 3. Aufl., Rdnrn. 786 ff.), sowie der Wortlaut der bei den Registergerichtsakten befindlichen neuen Satzung die Klarstellungsfunktion der notariellen Bescheinigung. Deren Bekräftigungsaufgabe wird die notarielle Beurkundung der Satzungsneufassung in der Form des Gesellschafterbeschlusses gerecht. Hat mithin die notarielle Bescheinigung bei unmittelbarer Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses in Satzungsform keine selbständige Bedeutung, so kann das Registergericht sein Tätigwerden auch nicht von der Beachtung einer bedeutungslos gewordenen Formalie abhängig machen. Darin stimmt der Senat der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht zu (vgl. *Keidel/Schmatz/Stöber* aaO Rdnr. 740; *Roth*, GmbHG, 1983, Anm. 2.2 zu § 54; *Groß*, RPfleger 1972, 241, 243 f.; *Röll*, DNotZ 1973, 483, 485; *Winkler*, DNotZ 1980, 578, 594 f.); ohne näher auf die hier maßgebliche Frage einzugehen, hat im übrigen auch das BayObLG in einem Beschluß vom 31.1.1978 die Vorlage der beurkundeten Satzungsänderung ausreichen lassen und eine zusätzliche Notarbestätigung nicht gefordert (RPfleger 1978, 143 [= *MittBayNot* 1978, 22/23]).

Das von *Priester* (*Scholz*, Komm. zum GmbHG, 6. Aufl., Rndr. 17 zu § 54) und *Ulmer* (*Großkomm.* zum GmbHG, 7. Aufl., Rndr. 17 zu § 54) vorgetragene Argument, daß der Gesetzgeber insbesondere auch im Hinblick auf ausländische Benutzer des Handelsregisters Wert auf die Vorlage einer separaten Urkunde gelegt habe, vermag dagegen nicht zu überzeugen. Denn der vom Gesetz geforderte Inhalt der notariellen Bestätigung läßt eher darauf schließen, daß die separate Bescheinigung nur für einen bestimmten Fall der Satzungsänderung gefordert wird, daß es mithin dem Gesetzgeber nicht auf die Änderung als solche, sondern auf

deren Modalität im Einzelfall angekommen ist. Im übrigen könnte der Notar bei unmittelbarer Beurkundung der Satzungsneufassung als Gesellschafterbeschuß nur bestätigen, daß die Satzung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung neu gefaßt sei und wie vorgelegt laute. Dies ergibt sich indessen mit einer auch für Ausländer hinreichenden Klarheit aus der beim Handelsregister befindlichen Neufassung selbst.

Auch den weiteren, vom OLG Schleswig in einem Beschluß vom 11.12.1972 (DNotZ 1973, 482, 483) genannten Gesichtspunkt, daß nämlich § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG eine Erklärung des Notars zur Erklärung der Gesellschafter verlange, hält der Senat nicht für durchschlagend. Denn das OLG Schleswig übersieht, daß die notarielle Erklärung darin enthalten ist, daß der Notar die die Satzungsänderung bewirkenden Willenserklärungen der Gesellschafter als abgegeben beurkundet (vgl. *Winkler* aaO S. 595).

14. FGG §§ 19, 142, 143 (Keine Beschwerde gegen Eintragung im Handelsregister)

1. Eine Beschwerde gegen eine Eintragung in das Handelsregister ist nicht statthaft. Gleiches gilt bei Ablehnung eines Antrags auf Änderung der Fassung einer Eintragung, sofern nicht lediglich Mehrdeutigkeit oder Mißverständlichkeit geltend gemacht wird.

2. Eine Änderung der Fassung kann im Amtslöschungsverfahren erreicht werden, in welchem zugleich der Antrag gestellt werden kann, eine Eintragung entsprechend einer Anmeldung vorzunehmen.

3. Eine sonach unzulässige Beschwerde ist regelmäßig unzulässig als eine Anregung an das Landgericht, es möge ein Amtslöschungsverfahren einleiten.

BayObLG, Beschluß vom 12.3.1984 — BReg. 3 Z 27/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die beteiligten Geschäftsführer meldeten am 18.11.1983 die Gesellschaft sowie folgende Vertretungsregelung zur Eintragung in das Handelsregister an:

„Die Gesellschaft wird gerichtlich und außergerichtlich vertreten durch einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist ein Geschäftsführer vorhanden, vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch einen oder mehrere jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer, durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.“

Die Gesellschaft wurde am 23.11.1983 in das Handelsregister eingetragen. In der Spalte 6 „Rechtsverhältnisse“ wurde vermerkt:

„Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf Grund Gesellschaftsvertrages vom 13. Oktober 1983, vertreten durch Geschäftsführer, bei einem, durch diesen allein, bei mehreren, durch zwei gemeinsam oder einen gemeinsam mit einem Prokuristen. . . .“

2. Der Notar, der die Unterschrift eines Geschäftsführers beglaubigt und Eintragungsantrag gestellt hatte, beantragte Ergänzung dieser Eintragung dahingehend, daß auch beim Vorhandensein von mehreren Geschäftsführern diesen Alleinvertretungsbefugnis eingeräumt sein kann. Mit Beschluß vom 12.12.1983 lehnte der Registerrichter den Antrag ab.

3. Gegen diesen Beschluß legte der Notar Beschwerde ein, welcher der Registerrichter nicht abhalf. In der Beschwerdeschrift wurde die Person des Beschwerdeführers nicht benannt. Das Landgericht wies am 1.2.1984 die Beschwerde „des Notars“ als unbegründet zurück.

4. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich der Notar mit der weiteren Beschwerde, bezeichnete jedoch wiederum die Person des Beschwerdeführers nicht. Er beantragt, das Registergericht anzuweisen, die Eintragung entsprechend der Anmeldung vorzunehmen.

Aus den Gründen:

1. Rechtsbeschwerdeführer sind die drei Geschäftsführer der GmbH.

a) Das Landgericht hat allerdings die Erstbeschwerde „des Notars“ zurückgewiesen. Insoweit handelt es sich indes nur um eine unzutreffende Tenorierung, die der Auslegung dahin fähig ist, daß die Beschwerden der Beteiligten zu 1) bis 3) zurückgewiesen worden sind.

Die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister oblag sämtlichen Geschäftsführern (§ 7 Abs. 1, § 78 GmbHG). Eine solche Anmeldung beinhaltet einen Antrag auf Eintragung (BayObLGZ 1978, 282/284 [= DNotZ 1979, 52/53]). Gegen die Beanstandung oder Zurückweisung der Anmeldung steht nach § 20 Abs. 2 FGG nur den Anmeldern ein Beschwerderecht zu (BayObLGZ 1981, 88/90; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 128 Rdnr. 33). Hier wird allerdings eine Ergänzung der Eintragung über die Vertretungsverhältnisse verlangt. Die drei Geschäftsführer verfolgen das Ziel, daß die Registereintragung entsprechend ihrer Anmeldung ergänzt wird. Sie waren insoweit Antragsteller beim Registergericht; nach dessen ablehnender Entscheidung haben sie von ihrem Beschwerderecht nach § 20 Abs. 2 FGG Gebrauch gemacht. Hieraus folgt auch, daß der Notar nicht selbst als Beschwerdeführer aufgetreten ist, wozu er gar nicht berechtigt gewesen wäre (*Jansen* Rdnr. 6, *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. Rdnr. 2, je zu § 129). Der Notar hätte die Beschwerdeführer zwar namentlich bezeichnen müssen (BGHZ 8, 299 [= DNotZ 1953, 196]; *Keidel/Kuntze/Winkler* § 21 Rdnr. 6); fehlt es hieran, so ist die Beschwerde dann nicht als unzulässig zu verwerfen, wenn die Person des Beschwerdeführers — wie hier — durch Auslegung der Beschwerdeschrift festgestellt werden kann (BGH aaO; *Jansen* § 21 FGG Rdnr. 4). Das Rechtsmittel ist namens aller Beschwerdeberechtigter eingelegt worden (vgl. OLG Hamm OLGZ 1983, 195/196).

b) In der Rechtsbeschwerdeschrift hat der Notar ebenfalls die Person des Beschwerdeführers nicht bezeichnet. Auch hier spricht nichts dafür, daß der Notar ein eigenes — unzulässiges — Rechtsmittel einlegen wollte. Die Auslegung der Beschwerdeschrift ergibt gleichfalls, daß die Rechtsbeschwerden namens der anmeldenden Geschäftsführer eingelegt worden sind.

2. Die weiteren, an keine Frist gebundenen Beschwerden der Beteiligten zu 1) bis 3) sind statthaft und in rechter Form eingelegt (§§ 27, 29 Abs. 1 Satz 1 und 3 FGG). Der Notar war zur Einlegung der Beschwerden berechtigt, weil er in erster Instanz einen das Verfahren betreffenden Antrag, nämlich auf Vollzug der Anmeldung, gestellt hat (vgl. BayObLGZ 1981, 88/90). An der Rechtsmittelvollmacht des Notars ist ebenfalls nicht zu zweifeln. Dieser kann sich zwar nicht auf die vermutete Vollmacht nach § 129 FGG berufen. Er hat nicht die Unterschriften aller Anmelder beglaubigt; außerdem ist die angeführte Vorschrift nur anwendbar, wenn eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Anmeldung besteht (BayObLG Rpfleger 1978, 143; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 2, *Jansen* Rdnr. 6, je zu § 129). Zur Anmeldung einer Gesellschaft besteht zwar eine organschaftliche, jedoch keine öffentlich-rechtliche Pflicht (§ 79 GmbHG; vgl. *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 7. Aufl. Rdnr. 5, *Scholz/Winter* GmbHG 6. Aufl. Rdnr. 1, je zu § 7). Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, daß ein Notar nicht vollmachtlos ein Rechtsmittel einlegt; es kann somit angenommen werden, daß die drei Geschäftsführer dem Notar Auftrag und Vollmacht zur Rechtsmitteleinlegung erteilt haben (vgl. BayObLG Rpfleger 1978, 143).

Die Beteiligten zu 1) bis 3) sind zur Einlegung der weiteren Beschwerde schon deshalb berechtigt, weil das Landgericht ihre Erstbeschwerden zurückgewiesen hat (§ 29 Abs. 4, § 20 FGG; vgl. BGHZ 31, 92/95 sowie BayObLGZ 1982, 368/370).

3. Die vom Senat von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Erstbeschwerden (BayObLGZ 1983, 230/233) ergibt, daß diese nicht statthaft waren.

a) Gegen eine Eintragung im Handelsregister ist eine Beschwerde (Erinnerung) nicht statthaft (BayObLGZ 1977, 320/322 und 1979, 351/353; OLG Hamm OLGZ 1974, 139/140 und 1976, 392/393; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 189/90 [= MittBayNot 1983, 80/81]; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 3, *Jansen* Rdnrn. 15 f., je zu § 19; *Habscheid* Freiwillige Gerichtsbarkeit 7. Aufl. S. 445; *Staub/Hüffer* HGB 4. Aufl. § 8 Rdnr. 86; *Drischler* Verfügung über die Führung und Einrichtung des Handelsregisters 5. Aufl. § 26 Anm. 4 a). Maßgebend hierfür sind Publizitätsgründe (*Staub/Hüffer* aaO). Die Wirkungen der Eintragung sind endgültig eingetreten; sie wird regelmäßig öffentlich bekannt gemacht (§ 10 HGB). Daraus folgt, daß eine Eintragung nicht mehr durch Aufhebung im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren rückgängig gemacht werden kann.

b) Hier bekämpfen die anmeldenden Geschäftsführer allerdings nicht unmittelbar die Eintragung in Spalte 6 über die Vertretungsverhältnisse mit ihren Rechtsmitteln. Sie wollen jedoch eine Ergänzung dieser Eintragung dahin erreichen, daß auch vermerkt wird, beim Vorhandensein von mehreren Geschäftsführern bestehe die Vertretungsmöglichkeit durch einen oder mehrere alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer. Die vom Registergericht vorgenommene Eintragung halten die Anmelder für unvollständig und unzutreffend.

Dieses Ziel können die Anmelder nicht mit der Beschwerde erreichen. Auch in einem solchen Fall gelten die oben angeführten Grundsätze über die Nichtstatthaftigkeit einer Beschwerde gegen eine Registereintragung. Die Anmelder wenden sich nämlich nur formell gegen den die Ergänzung ablehnenden Beschluß, sachlich jedoch auch gegen die angeblich von Anfang an unrichtige Eintragung. Lehnt es somit das Registergericht ab, eine Eintragung zu ändern, so ist hiergegen die Beschwerde ebenfalls nicht statthaft (OLG Hamm DNotZ 1954, 92; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 11, *Jansen* Rdnr. 16, je zu § 19; ebenso zu § 71 Abs. 2 GBO, der die Beschwerde gegen eine Grundbucheintragung für nicht statthaft erklärt: RGZ 110, 65/70 f.; BayObLGZ 1952, 157/160; OLG Hamm Rpfleger 1971, 255 [= DNotZ 1971, 422]; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 418; *Horber* GBO 16. Aufl. § 71 Anm. 5 B b).

In Grundbuchsachen ist die unbeschränkte Beschwerde gegen eine Eintragung statthaft, wenn sich ein Beteiligter nicht gegen den Inhalt oder Umfang einer Eintragung wendet, somit keine Berichtigung erstrebt, sondern geltend macht, die Fassung müsse wegen Mißverständlichkeit oder Mehrdeutigkeit geändert werden (sog. Fassungsbeschwerde, vgl. *Horber* Anm. 7 B c, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnr. 34, je zu § 71; BayObLGZ 1981, 117/118 [= MittBayNot 1982, 24]). Ob die sog. Fassungsbeschwerde auch in Handelsregistersachen zulässig ist (vgl. auch § 17 Abs. 2 HRV), braucht hier nicht entschieden zu werden. Das Begehren der Rechtsbeschwerdeführer ist nicht ausschließlich auf eine Klarstellung der Fassung, sondern auf Ergänzung der Eintragung über die Vertretungsverhältnisse gerichtet.

c) Die Erstbeschwerden der Beteiligten zu 1) bis 3) waren somit unzulässig. Das Landgericht hätte über sie nicht sachlich entscheiden dürfen. Die Entscheidung des Landgerichts mußte nach alledem aufgehoben werden. Die von ihm unterlassene Verwerfung der Erstbeschwerden hat der Senat nachzuholen.

4. Der Senat kann sachlich nicht abschließend entscheiden.

Ein unzulässiges Rechtsmittel gegen eine Registereintragung führt zur Prüfung der Frage, ob das Begehren der Beschwerdeführer in eine Anregung auf Einleitung eines Amts-löschungsverfahrens umzudeuten ist, für das eine erstinstanzielle Zuständigkeit auch des Landgerichts besteht (§§ 142, 143 Abs. 1 FGG; vgl. BayObLGZ 1977, 320/322; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 3, *Jansen* Rdnr. 3, je zu § 143; *Staub/Hüffer* § 8 HGB Rdnr. 86). Eine solche Prüfung ist auch geboten, wenn sich eine Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags auf Änderung der Fassung einer Eintragung richtet (OLG Hamm DNotZ 1954, 92). Eine inhaltlich andere Fassung kann nur erreicht werden durch eine Löschung der bisherigen für unrichtig gehaltenen Eintragung; in diesem Verfahren kann das ursprüngliche Eintragungsbegehren weiterverfolgt werden. Ein „Antrag“ auf Löschung kann verbunden werden mit einem Antrag auf Eintragung wie ursprünglich beantragt (vgl. *Schlegelberger* FGG 7. Aufl. § 19 Rdnr. 4; *Drischler* § 26 HRV Anm. 4 a). Das Amts-löschungsverfahren kann dabei auf die Eintragung der Vertretungsverhältnisse beschränkt werden.

Zur Prüfung, ob ein Amtslöschungsverfahren einzuleiten ist, war die Sache dem Landgericht zurückzugeben, da diese Prüfung dem Rechtsbeschwerdegericht verwehrt ist. Für das weitere Verfahren wird auf die Ausführungen von *Kanzleiter Rpfleger* 1984, 1 ff. hingewiesen.

C.

Kostenrecht

15. KostO §§ 20, 156, 157 (*Zur Bewertung eines dem Grundstücksverkäufer eingeräumten Vorkaufsrechts*)

1. Ein im Kaufvertrag dem Verkäufer oder einem Dritten eingeräumtes Vorkaufsrecht stellt grundsätzlich keinen wirtschaftlichen Gegenwert dar und hat kostenrechtlich unberücksichtigt zu bleiben.

2. Im Verfahren nach § 156 Abs. 5 S. 1 KostO ist ein Anspruch über die Rückerstattung zuviel gezahlter Kosten nur auf Antrag des Kostenschuldners gem. § 157 KostO möglich.

(*Leitsätze nicht amtlich*)

LG Würzburg, Beschlüsse vom 2.12.1983 und vom 30.1.1984 — 2 T 1877/83 —

I.

Beschluß vom 2.12.1983

Aus dem Tatbestand:

Notar X hat die Prüfungsbemerkung der Notarkasse nicht anerkannt und deshalb auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts die Entscheidung des Landgerichts über den Kostenansatz beantragt (§ 156 Abs. 5 KostO).

Mit Urkunde vom 16.3.1981 hat der Antragsteller einen Kaufvertrag beurkundet: Frau D. K. verkaufte an Frau W. zu 1/3 und an Herrn W. zu 2/3 eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 165.000 DM. Die beiden Käufer räumten der Verkäuferin als auch deren Ehegatten P. K., Verwalter der Eigentumswohnung, ein zeitlich unbegrenztes dingliches Vorkaufsrecht ein.

Der Notar hat beim Kostenansatz neben dem Kaufpreis auch gemäß § 20 Abs. 1 KostO das Vorkaufsrecht in Höhe der Hälfte des Kaufpreises berücksichtigt und seine Gebühren nach § 36 Abs. 2 KostO in Höhe von 900 DM aus dem Geschäftswert von 247.500 DM berechnet und erhalten.

Der Notar ist der Ansicht, daß das Vorkaufsrecht als eine dem Käufer obliegende Leistung gemäß § 20 KostO dem Kaufpreis hinzuzurechnen sei. Das Vorkaufsrecht solle für den Verkäufer nicht den Vertragszweck, der im Austausch von Kaufpreis und Grundbesitz liege, sichern. Dem Vorkaufsrecht komme bezüglich des Verkäufers auch ein eigener wirtschaftlicher Wert zu, der um so größer sei, je stärker die Stellung des vorkaufsberechtigten Verkäufers ausgestaltet sei. Im vorliegenden Falle gehe es um einen höchstmöglichen Wert, da es sich um ein zeitlich unbegrenztes dingliches Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle handele, das vererblich und übertragbar sei. Ein Käufer, der diese Beschränkung hinnehme, gebe über den Kaufpreis hinaus eine weitere selbständige Leistung, die zu bewerten sei. Im übrigen spreche auch für einen eigenen wirtschaftlichen Wert des Vorkaufsrechts und für eine zusätzliche Bewertung jener Umstand, daß dieses Vorkaufsrecht in besonders starker Ausgestaltung auch dem am Verkauf der Eigentumswohnung wirtschaftlich nicht beteiligten Ehegatten der Verkäuferin eingeräumt worden sei. Der Notar beantragt, seine Kostenberechnung als berechtigt anzuerkennen.

Der Präsident des Landgerichts beantragt, die Kostenrechnung des Notars hinsichtlich der Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO dahingehend abzuändern, daß diese nur aus einem Geschäftswert von 165.000 DM zu erheben sei.

Der Präsident des Landgerichts hat sich der Stellungnahme der Notarkasse angeschlossen. Diese vertritt unter Hinweis auf die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung, daß ein im Kaufvertrag dem Verkäufer oder ein auf Verlangen des Verkäufers einem Dritten eingeräumtes Vorkaufsrecht nicht zusätzlich zu bewerten sei. Ausnahmsweise sei eine Bewertung des Vorkaufsrechtes nur dann möglich, wenn das Vorkaufsrecht nicht im Zusammenhang mit einem Verkauf stehe, sondern eindeutig als selbständige Leistung anzusehen sei. Für einen solchen Ausnahmefall ließen sich aus den Vereinbarungen des Kaufvertrages aber keine hinreichenden Anhaltspunkte ableiten.

Aus den Gründen:

Der gemäß § 156 Abs. 5 KostO zulässige Antrag ist unbegründet.

Das Vorkaufsrecht kann bei der verfahrensgegenständlichen notariellen Urkunde nicht als zusätzlicher Bewertungsfaktor anerkannt werden.

Es sind zwar Fälle denkbar, in denen das Vorkaufsrecht einen echten wirtschaftlich verwertbaren Gegenwert hat, so daß § 20 Abs. 2 KostO anwendbar ist (vgl. Düsseldorf VersR 1981, 768). Wenn ein Verkäufer für sich selbst ein Vorkaufsrecht einräumen läßt, dann liegt nur eine Beschränkung der dem Käufer überlassenen Grundbesitzrechte vor. Diese Sicherung soll persönlichen oder allgemeinen Zwecken dienen. Es soll insbesondere verhindert werden, daß mißliebige Personen Eigentümer des Grundstücks werden können. Wird dem Verkäufer ein bedingtes Wiedererwerbsrecht eingeräumt, so ist der Erwerb durch andere beschränkt. Solche dinglich gesicherten Rechte haben in der Regel keinen eigenen wirtschaftlichen Wert (vgl. Frankfurt RPflegler 1959, 286, *Korintenberg/Ackermann/Lappe* — KAL — Rdnrn. 25, 36 zu § 20 KostO). Sie werden in der Regel auch nicht als eigene wirtschaftliche Werte weiter veräußert, sondern als Entgegenkommen des Käufers, das keinen eigenen Wirtschaftswert darstellt, anzusehen sein. Aus den Bestimmungen des notariellen Vertrages vom 16.3.1981 lassen sich keine hinreichenden Kriterien für eine Ansicht der Vertragsparteien gewinnen, daß im Vorkaufsrecht ein eigener wirtschaftlicher Wert gesehen werden soll. Das Vorkaufsrecht, das somit nur einen Teil der Kaufbedingungen darstellt, hat daher kostenrechtlich unberücksichtigt zu bleiben (vgl. *Hartmann* 3 A zu § 20 KostO; *Rohs/Wedewer* — RoWe — III b zu § 20 KostO mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen in Fußnote 21).

Diese Beschränkung der Erwerberrechte kann nicht wesentlich anders gesehen werden, wenn das Vorkaufsrecht nicht ausschließlich dem Verkäufer selbst vorbehalten wird, sondern dessen Ehegatten oder einem Dritten zur gemeinschaftlichen oder zur alleinigen Ausübung von Anfang an überlassen wird. So ist es für den Erstkäufer unerheblich, ob der Verkäufer selbst ein naher Verwandter des Verkäufers oder ein sonstiger begünstigter Dritter ein Vorkaufsrecht erhält und geltend macht. Auch aus der Sicht des Verkäufers, der im Kaufvertrag ein Vorkaufsrecht durchsetzt, ist regelmäßig kein eigener gesonderter wirtschaftlicher Wert erkennbar, wenn er nicht sich selbst, sondern an seiner Stelle einem begünstigten Dritten ein Vorkaufsrecht einräumt.

Die Einräumung des Vorkaufsrechtes an einen Ehegatten ist auch nicht wesentlich anders zu werten als die Vererblichkeit eines Vorkaufsrechtes. Es ist nämlich unerheblich, ob der begünstigte Dritte sein Recht noch zu Lebzeiten oder erst nach dem Tode des Verkäufers geltend macht oder ausüben darf.

Die Nachprüfung der von der Dienstbehörde gegebenen Anweisung hat deren sachliche Berechtigung ergeben und macht eine Neuberechnung unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von insgesamt 165.000 DM erforderlich.

Aus dem Prüfungsbericht der Notarkasse ist zu entnehmen, daß die vom Notariat bisher berechneten Gebühren bereits bezahlt sind. Gemäß § 157 Abs. 2 Satz 1 KostO ist aber über die Verpflichtung zur Rückzahlung nur auf Antrag des Kostenschuldners zu entscheiden. Es wird zwar die Meinung vertreten, daß im Falle einer Bezahlung auch auf Rückzahlung der zuviel erhobenen Kosten zu erkennen sei (KAL Rdnr. 62 zu § 156; DNotZ 1944, 72). Diese Fundstelle bezieht sich aber nur auf eine Beschwerde des Kostenschuldners, nicht auf das Verfahren gemäß § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO. In dem Verfahren auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde kann der Kostenschuldner den Antrag aus § 157 Abs. 1 Satz 1 KostO stellen; nur wenn der Kostenschuldner dies tut, ist auch ein Ausspruch über die Rückerstattung zuviel gezahlter Kosten gemäß § 157 KostO möglich (vgl. KAL Rdnrn. 16, 18 zu § 157).

II.

Beschluß vom 30.1.1984

1. Der Notar X. wird verurteilt, den gemäß Beschluß des LG Würzburg vom 2.12.1983 abgesetzten Betrag von 240 DM an Herrn und Frau W. [Kostenschuldner] zurückzuerstatten.
2. Das Verfahren ist gebührenfrei; außergerichtliche Auslagen der Kostenschuldner werden Notar X. auferlegt.

Aus den Gründen:

Auf den beim LG Würzburg am 12.12.1983 eingegangenen Antrag der Kostenschuldner war der Notar X. nach dessen Anhörung auch im Verfahren auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde gem. § 156 Abs. 5 KostO zu verurteilen, den überhöhten Betrag von DM 240 zurückzuerstatten. Auf die Ausführungen des rechtskräftigen Beschlusses des LG Würzburg vom 2.12.1983 wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Eine Verzinsung des Rückerstattungsbetrages (Prozeßzinsen gem. § 291 BGB) ist nicht beantragt. Das Verfahren ist gebührenfrei (KAL Anm. 21 zu § 157 KostO). Außergerichtliche Kosten des Notars sind nicht erstattungsfähig (KAL Anm. 26 zu § 157 KostO). Die den früheren Kostenschuldnern entstandenen außergerichtlichen Kosten waren gemäß § 13 a S. 1 FGG dem Notar aufzuerlegen.

Die Entscheidung ist gemäß §§ 704 ff. ZPO vollstreckbar (§ 157 Abs. 2 S. 2 KostO). Eine weitere Beschwerde bezüglich der vorliegenden Entscheidung wird nicht zugelassen (§§ 156 Abs. 2 Satz 2, 157 KostO).

16. KostO §§ 26, 79; AktG § 195 (*Geschäftswert für Eintragung eines Beschlusses über bedingte Kapitalerhöhung*)

Die Eintragung des Beschlusses der Hauptversammlung über eine bedingte Kapitalerhöhung in das Handelsregister ist eine solche mit bestimmtem Geldbetrag. Die Höchstsumme der vorgesehenen Kapitalerhöhung stellt den Geschäftswert dar.

BayObLG, Beschluß vom 16.3.1984 — BReg. 3 Z 29/84 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

17. KostO § 44 (*Gegenstandsgleichheit von Eigentümergrundschuldbestellung und Haftungsübernahme für den Fall der Abtretung*)

Beurkundet der Notar in der gleichen Urkunde die Bestellung einer Eigentümergrundschuld sowie die Erklärung des Eigentümers, er übernehme für den Fall der Abtretung der Grundschuld dem künftigen Gläubiger gegenüber — auf dessen Verlangen — die persönliche Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages, so fördert die Haftungsübernahme die Abtretung der Grundschuld; sie hat somit den gleichen Gegenstand wie deren Bestellung.

BayObLG, Beschluß vom 3.2.1984 — BReg. 3 Z 113 u. 114/83 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Zu Urkunden des beteiligten Notars vom 31.3.1980 bestellte die Beteiligte zu 2) an einem ihr gehörenden Grundstück je eine Eigentümergrundschuld zu 500 000 DM. Sie übernahm für den Fall der Abtretung dieser Grundschulden an die B. Bank — auf deren Verlangen — die persönliche Haftung dieser Bank gegenüber für die Zahlung eines Geldbetrages, dessen Höhe den Grundschulden (Kapital und Nebenleistungen) entspricht, und unterwarf sich hinsichtlich dieser Haftung der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen mit der Maßgabe, daß sie schon vor der Vollstreckung in den belasteten Grundbesitz in Anspruch genommen werden kann.

2. Der Notar war der Auffassung, daß die Erklärungen der Beteiligten zu 2) den gleichen Gegenstand betreffen und berechnete für jede Beurkundung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO einmal die Gebühr des § 36 Abs. 1 KostO vom Grundschuldbetrag in Höhe von 500 000 DM.

Der Präsident des Landgerichts nahm demgegenüber an, die Erklärungen der Beteiligten zur Grundschuldbestellung und Haftungsübernahme beträfen verschiedene Gegenstände, so daß nach § 44 Abs. 2 lit. a KostO die Gebühr des § 36 Abs. 1 KostO aus den zusammengerechneten Werten beider Erklärungen von je 500 000 DM, mithin aus einem Betrag von 1 000 000 DM zu berechnen sei. Auf seine Anweisung beantragte der Notar die Entscheidung des Landgerichts. Dieses änderte die Kostenberechnungen des Notars ab und setzte je eine Gebühr von 1575 DM aus 1 000 000 DM fest; die weitere Beschwerde wurde zugelassen. Gegen die ihr am 28.5.1983 zugestellte Entscheidung richtet sich die am 10.6.1983 eingegangene weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2).

Aus den Gründen:

1. ...

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg, da das Landgericht zu Unrecht die Vorschrift des § 44 Abs. 2 lit. a KostO angewandt und die Kostenberechnungen des beteiligten Notars abgeändert hat (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO). Der Wert der Beurkundungen bestimmt sich hier, wie der Notar zu Recht angenommen hat, nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO, da die mehreren beurkundeten Erklärungen kostenrechtlich denselben Gegenstand betreffen.

a) Daß die — wörtlich nicht übereinstimmenden — Urkunden mehrere rechtlich selbständige Erklärungen enthalten, die mit der Bestellung der Eigentümergrundschuld und der Begründung einer zusätzlichen persönlichen Haftung des Eigentümers je auf einen selbständigen rechtlichen Erfolg gerichtet sind, steht der Anwendung des § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht entgegen. Die Verbindung mehrerer rechtlich selbständiger Erklärungen in einer Urkunde ist vielmehr gerade Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift; sind nämlich alle abgegebenen Erklärungen Bestandteil desselben Rechtsgeschäfts, so liegt nur eine Erklärung im Sinne des Kostenrechts vor (OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 378; Rohs/Wedewer § 44 Anm. II a; Korintenberg/Ackermann/Lappe — KAL — KostO 9. Aufl. § 44 Rdnr. 12; Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling — BKB — KostO 5. Aufl. § 44 Anm. 3).

b) Zu der — im Gesetz nicht geregelten — Frage, wann mehrere selbständige Erklärungen, die materiellrechtlich nicht identisch sein und den gleichen Gegenstand haben können, kostenrechtlich zur Einsparung von Kosten dennoch als Erklärungen mit demselben Gegenstand anzusehen sind, hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum eine ganz einhellige Meinung entwickelt. Danach betreffen alle Erklärungen, die der Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Urkundsbeteiligten dienen, einschließlich aller Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte auch seitens dritter Personen oder zugunsten dritter Personen den gleichen Gegenstand (statt vieler BayObLGZ 1980, 271/274 [= MittBayNot 1980, 221]; 1982, 96/100 [= MittBayNot 1982, 85/86] je m.w.Nachw.). Dabei hebt sich in der Regel ein sog. Hauptgeschäft heraus, zu dem die übrigen Erklärungen in einem inneren Zusammenhang stehen und deshalb kostenrechtlich begünstigt werden sollen (OLG Düsseldorf aaO; BKB § 44 Anm. 6).

c) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt:

Als Hauptgeschäft der Beurkundung stellt sich die Erklärung der Beteiligten zu 2) über die Bestellung der Eigentümergrundschuld dar; sie bildet den tatsächlichen und rechtlichen Ausgangspunkt, ohne den die weiteren Erklärungen nicht denkbar wären. Der Übertragung des durch dieses Hauptgeschäft begründeten Rechtsverhältnisses dient die Übernahme der persönlichen Haftung.

Es mag zwar sein, daß die Übernahmeerklärung, verbunden mit der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung, unmittelbare rechtliche Wirkungen erst zugunsten des Zessionars der Eigentümergrundschuld entfaltet (vgl. hierzu KG Rpfleger 1975, 371 [= MittBayNot 1975, 271]; OLG Frankfurt MittBayNot 1981, 121) und damit der Sicherung der durch die Abtretung entstehenden Fremgrundschuld, nicht aber der vorher bestehenden Eigentümergrundschuld dient. Darauf kommt es hier aber nicht, jedenfalls nicht in erster Linie an. Wie dargelegt, haben den gleichen Gegenstand wie eine zur Begründung eines Rechtsverhältnisses abgegebene Erklärung — hier die Bestellung der Eigentümergrundschuld — nicht nur solche Erklärungen, die dessen Sicherung dienen, sondern auch diejenigen Erklärungen, die der Übertragung des Rechtsverhältnisses förderlich sind. Um eine solche handelt es sich hier.

Die Übernahme der persönlichen Haftung sowie die insoweit erklärte Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung sollen — unbeschadet ihrer rechtlichen Einordnung (vgl. BayObLG JurBüro 1970, 510/512 [= DNotZ 1970, 505/507])

— unmittelbar den Eingang des Grundschuldbetrages sichern; sie verstärken somit die Rechte des Grundschuldgläubigers und erweitern die Verpflichtung des Grundschuldbestellers (BayObLGZ 1979, 376/379 [= MittBayNot 1979, 245]; 1952, 205/206; OLG Frankfurt aaO; Kolbenslag DNotZ 1965, 205/206). Da die künftige Zessionarin gerade diese rechtliche Gestaltung als Vorbedingung der beabsichtigten Abtretung forderte, wurde diese durch die von der Beteiligten zu 2) abgegebenen Erklärungen überhaupt erst möglich.

Mithin förderten sie die Abtretung der Eigentümergrundschuld und hatten daher den gleichen Gegenstand wie deren Bestellung. Dem steht nicht entgegen, daß die Abtretung nicht mitbeurkundet wurde (OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 378/379) und die Übernahmeerklärung nicht ausschließlich den Interessen der an der Beurkundung allein beteiligten Eigentümerin, sondern auch denen der künftigen Gläubigerin diene (OLG Hamm JurBüro 1970, 598/599 [= DNotZ 1970, 546]).

Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob es sich bei der Eigentümer- und Fremdgrundschuld um dasselbe Rechtsverhältnis handelt.

Die Erklärung der Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bleibt kostenrechtlich außer Betracht, da sie zur Übernahme der persönlichen Haftung entweder gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 KostO) ist oder aber den gleichen Gegenstand wie diese hat (BayObLGZ 1960, 124/127 [= DNotZ 1960, 398]). Der Notar hat somit für die Beurkundung der Grundschuldbestellung und der Haftungsübernahme, die einseitige Erklärungen darstellen, zu Recht die Gebühr aus § 36 Abs. 1 KostO einmal von dem Grundschuldbetrag berechnet.

3. Nach alledem war die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Kostenberechnungen des Notars, die auch im übrigen einen Fehler nicht erkennen lassen, zu bestätigen (Rohs/Wedewer § 156 Anm. VI 9, V 5).

18. KostO §§ 147, 149 (Keine gesonderte Gebühr für die Beachtung eines Treuhandauftrages im Rahmen der Kaufpreishinterlegung)

Dem Notar, der damit betraut worden ist, den in einem Grundstückskaufvertrag vereinbarten Kaufpreis in Empfang zu nehmen, zu verwahren und u. a. daraus Grundpfandrechte abzulösen, erwächst neben der Gebühr des § 149 KostO für das Verwahrungsgeschäft nicht auch eine Gebühr aus § 147 KostO, wenn er im Zusammenhang mit der Befriedigung eines Grundpfandgläubigers dessen Weisungen über den Gebrauch einer Löschungsbewilligung befolgt.

OLG Köln, Beschluß vom 22.8.1983 — 17 W 124/83 —

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2) hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Senat hat allein über die Frage zu entscheiden, ob der Notar, der im Auftrag der Parteien eines Grundstückskaufvertrages — die Beteiligte zu 1) ist der Verkäufer — den Kaufpreis verwahrt hat, für die Erfüllung der ihm von der Grundschuldgläubigerin gemachten Auflage, die von ihr erteilte Löschungsbewilligung erst nach Sicherstellung der Überweisung des gesamten Kaufpreises an sie zu verwen-

den, eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO von der Beteiligten zu 1) verlangen kann; die Beteiligte zu 1) hat sich durch eine im Rahmen des Kaufvertrages abgegebene Erklärung zur Tragung der Kosten der Löschung nicht übernommener Belastungen verpflichtet. Nur diese Tätigkeit hat der Notar in seiner Kostenrechnung vom 17.1.1983 abgerechnet, die Gegenstand seines Antrages auf Entscheidung gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO ist.

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, daß dem Beteiligten zu 2) keine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO für die Beachtung der Auflage zusteht, die die Bank als Grundpfandgläubigerin ihm im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung der Löschungsbewilligung erteilt hat. Diese Tätigkeit ist abgegolten mit der Hebegebühr des § 149 KostO, die der Notar für die Verwahrung des Kaufpreises verdient hat.

Für die im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Tätigkeit kann der Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO nur verlangen, wenn für diese Tätigkeit eine besondere Gebühr nicht bestimmt ist und sie, soweit sie ein Geschäft vorbereitet und fördert, nicht schon als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolgslose Verhandlungen (§ 57 KostO) zustehende Gebühr abgegolten wird (§ 147 Abs. 2 KostO). Diese Vergütungsvorschrift hat also subsidiären Charakter. Sie gilt für Tätigkeiten des Notars, für die nicht schon andere Gebührenregelungen getroffen sind. Soweit für ein Hauptgeschäft bereits eine Gebührenregelung getroffen ist, gilt diese auch die Nebengeschäfte, d. h. die das Hauptgeschäft vorbereitenden oder fördernden Tätigkeiten ab.

Für die Tätigkeit des Notars, die die Verwahrung und Auszahlung von in seiner Verfügungsmacht befindlichen Geldern betrifft, wird die Vergütung in § 149 KostO besonders geregelt. Der Abgeltungsbereich der Gebühr nach § 149 KostO umfaßt die gesamte mit der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes verbundene Tätigkeit und Verantwortung des Notars. Dazu gehört auch die Befolgung von insoweit gegebenen Weisungen sowie die Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen (allgemeine Meinung; vgl. beispielsweise OLG Hamm Rpfleger 1965, 185; KG DNotZ 1975, 753; DNotZ 1980, 59; OLG Schleswig JurBüro 1981, 915; Rohs/Wedewer, § 149 KostO, Anm. III e; Göttlich/Mümmler, 7. Aufl., Stichwort „Hebegebühr“, Anm. I. 5; Korintenberg/Ackermann/Lappe, 9. Aufl. § 149 KostO, Rdnr. 15; Hartmann, 21. Aufl., § 149 KostO, Anm. 2). Der Verwahrungsauftrag ist regelmäßig mit Weisungen und Bedingungen für die Auszahlung verbunden. Die Befolgung dieser Weisungen und die Feststellung der Auszahlungsvoraussetzungen bereiten die Ablieferung des Geldes vor und sind damit untrennbar mit dem Verwahrungsgeschäft verbunden.

Soweit die Kaufvertragsparteien den Notar angewiesen haben, den bei ihm hinterlegten Kaufpreis ganz oder teilweise zur Löschung von Grundpfandrechten nur gegen Übergabe der Löschungsunterlagen durch den Gläubiger an ihn auszu zahlen, fällt die Durchführung dieser Weisung nach den vorstehenden Ausführungen unter den Abgeltungsbereich der Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO (KG DNotZ 1975, 752; Göttlich/Mümmler, a.a.O.; Rohs/Wedewer, a.a.O.). Verlangt der Grundpfandgläubiger seinerseits, daß der Notar von den ihm zu treuen Händen überlassenen Löschungsunterlagen nur nach Zahlung des Ablösungsbetrages Gebrauch macht, begründet die Beachtung dieser Erklärung keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 147 Abs. 1 KostO (Göttlich/Mümmler, a.a.O.; Rohs/Wedewer, a.a.O.). Die Befolgung der von den Kaufvertragsparteien einerseits und dem

Grundpfandrechtsgläubiger andererseits bezüglich der Ablösung gegebenen Weisungen stellt ein einheitliches Geschäft; nämlich die von ihnen übereinstimmend gewünschte Ablieferung des Geldes Zug um Zug gegen Übergabe der Lösungsunterlagen dar, die nur eine Gebühr nach § 149 KostO auslöst.

Entgegen der Ansicht des Notars liegt die Befolgung der Weisung der Grundsuldgläubigerin nicht deshalb außerhalb des Abgeltungsbereiches des § 149 KostO, weil die Gläubigerin als am Verwahrungsgeschäft unbeteiligte Dritte hinzugetreten ist. Dem Wesen des Verwahrungsgeschäfts ist es nicht fremd, daß der Notar im Rahmen der Ausführung des Geschäfts auch zu Dritten in Beziehung tritt. Dies gilt insbesondere gerade immer dann, wenn er vom Auftraggeber — wie hier — die Weisung erhalten hat, das hinterlegte Geld ganz oder teilweise an einen Dritten auszuzahlen. Häufig darf dies aufgrund der Weisungen des Auftraggebers nur Zug um Zug gegen eine Leistung des Dritten geschehen. Gibt der Dritte eine damit korrespondierende Weisung zur Zug-um-Zug-Abwicklung, macht er also die Auflage, daß seine Leistung nur Zug um Zug gegen Zahlung des hinterlegten Geldes bzw. eines Teils davon an den Berechtigten ausgehändigt werden dürfe, so fällt die Beachtung dieser Weisung durch den Notar nicht aus dem Rahmen des Verwahrungsgeschäfts heraus, mag der Dritte auch nicht dessen Auftraggeber sein. Daß der Notar dem Dritten gegenüber für die ordnungsgemäße Erfüllung der von diesem erteilten Weisung verantwortlich ist und sich möglicherweise schadensersatzpflichtig macht, wenn er die Weisung nicht oder nicht in der gebotenen Weise beachtet, ändert nichts daran, daß die Ablieferung des Geldes Zug um Zug gegen Entgegennahme der Gegenleistung gebührenrechtlich ein einheitlicher Vorgang ist.

Die von der Bank im vorliegenden Fall an die Verwendung der Löschungsbewilligung geknüpfte Bedingung hatte keinen vom Inhalt des Kaufvertrages abweichenden Inhalt. Daß die Bank die Verwendung der Löschungsbewilligungen von der Zahlung nicht nur des im Grundbuch angegebenen Nominalbetrages der Grundschulden, sondern des gesamten Kaufpreises von 6,6 Millionen DM abhängig machte, entsprach dem Willen der Kaufvertragsparteien. Im Kaufvertrag war die tatsächliche Höhe der Forderung nicht festgelegt, vielmehr bestimmt worden, daß sie von der Bank erst noch berechnet werden solle. Dabei lag es nicht außerhalb ihrer Erwartungen, daß die Gläubigerin den gesamten Kaufpreis für sich verlangen werde, denn die Ablösung der Grundpfandrechte sollte nach Ziffer II des Vertrages unter anderem davon abhängen, daß der Kaufpreis hierzu ausreiche.

19. KostO §§ 154, 156 (Zu den Anforderungen an die notarielle Kostenberechnung)

1. Der Notar muß die seine Kosten rechtfertigenden Kostenvorschriften in der Kostenberechnung vollständig angeben. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und eventuelle weitere Untergliederungen aufzuführen.

2. Das Zitiergebot des § 154 KostO gilt nicht nur für die Gebühren des Notars, sondern auch für seine Auslagen.

3. Entspricht eine Kostenberechnung nicht den Erfordernissen, die sich aus § 154 KostO ergeben, so kann sie nicht

Grundlage für eine gerichtliche Nachprüfung sein. Das Landgericht hat die Kostenberechnung vielmehr aufzuheben.

BayObLG; Beschluß vom 13.3.1984 — BReg. 3 Z 165 und 166/83 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Kostenschuldner beteiligten sich an der Bauherrengemeinschaft R. Namens des Käufers, Treugebers und Vollmachtgebers sind vor einem anderen Notar unter Genehmigungsvorbehalt bereits drei Urkunden errichtet worden:

- a) Grundstückskaufvertrag über Miteigentumsanteile,
- b) Grundschuldbestellung und
- c) Treuhandvertrag.

Am 10.9.1981 beurkundete der beteiligte Notar je gleichlautende Willenserklärungen der Kostenschuldner, wonach diese die unter Genehmigungsvorbehalt abgegebenen Erklärungen genehmigten. Außerdem erteilten die Kostenschuldner der Firma X. Treuhand GmbH umfassende Vollmachten.

2. Der beteiligte Notar erteilte den Kostenschuldnern folgende gleichlautende Kostenberechnungen:

	„Werte:	
a) Kauf		10 955
b) Grdsch.		281 723
c) Treuhandvertr.		281 723
d) Vollmacht		281 723
	Sa.	856 124

	Gebühren	
KostO		
§ 38 II Nr.		682,50 DM
§ 136 Schreibauslagen		24 DM
§§ 152, 153, 137 Auslagen		4 DM
Summe der Gebühren:		710,50 DM"

3. Der Präsident des Landgerichts wies den Notar an, die Entscheidung des Landgerichts wegen der beiden Kostenberechnungen herbeizuführen, da die beurkundeten Genehmigungen und Vollmachten gegenstandsgleich im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO seien. Der Notar stellte daraufhin beim Landgericht den Antrag, daß das Gericht die Kostenrechnung überprüfe und deren Richtigkeit feststellen solle. Er nahm hierzu insbesondere auf die Ausführungen in MittBayNot 1982, 159 ff. Bezug. Die angehörte Notarkasse vertrat die Auffassung, daß dem Notar jeweils aus einem Geschäftswert von 281 723 DM nach § 38 Abs. 2 Nrn. 1 und 4 KostO eine 5/10 Gebühr zustehe.

Das Landgericht hob am 26.8.1983 die Kostenrechnung teilweise auf und ließ die weitere Beschwerde zu.

4. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Notar mit seiner am 28.9.1983 eingegangenen weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

1.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) nicht stand. Das Landgericht hat nicht beachtet, daß die Kostenberechnungen des Notars nicht den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO entsprechen.

a) Der Notar ist verpflichtet, in der Kostenberechnung u. a. die Gebührevorschriften anzugeben (§ 154 Abs. 2 Satz 1 KostO). Diese sind genau und vollständig mitzuteilen (BayObLGZ 1962, 281/287 [= DNotZ 1964, 48/50 f.]; 1963, 141/146 f. [= DNotZ 1964, 552 ff.]; BayObLG JurBüro 1980, 1058/1059; Rohs/Wedewer KostO 2. Aufl. § 154 Anm. II a 2; Rohs Die Geschäftsführung der Notare 8. Aufl. S. 257; Schneider Die Notarkosten-Beschwerde S. 11). Ihre Rechtfertigung findet diese Formstrenge in dem Umstand, daß die Kostenberechnung des Notars keine gewöhnliche Rechnung darstellt, sondern vom Notar selbst mit einer Vollstreckungsklausel

versehen werden kann (§ 155 KostO) und sodann einen vollstreckungsfähigen Titel bildet. Der Schuldner muß daher — ähnlich wie bei einem Urteil — genau erfahren und nachprüfen können, auf Grund welcher gesetzlichen Bestimmungen er zur Zahlung verpflichtet ist (BayObLG JurBüro aaO). Dabei hat die Angabe des Geschäftswertes und der angewendeten Gebührenschriften die Bedeutung einer denkbar kurz gefaßten Begründung für den geltend gemachten und in der Kostenberechnung festgestellten Zahlungsanspruch (KG Rpfleger 1962, 456 = DNotZ 1963, 346; OLG Hamm MittRhNotK 1981, 16/18). Aus all dem folgt, daß alle gebührenbegründenden Vorschriften in der Kostenberechnung vollständig angegeben werden müssen. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und evtl. weitere Untergliederungen in der Kostenberechnung aufzuführen (KG DNotZ 1962, 428; OLG Hamm JurBüro 1981, 419; OLG Zweibrücken Rpfleger 1981, 34 = DNotZ 1982, 579; OLG Köln JurBüro 1982, 1876 = MittRhNotK 1982, 180; OLG Düsseldorf JurBüro 1983, 1244 = MittRhNotK 1983, 200 unter Aufgabe seines gegenteiligen Standpunktes in DNotZ 1976, 253; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. Anm. 12 b, *Rohs/Wedewer* Anm. II a 2, *Hartmann* Kostengesetze 21. Aufl. Anm. 3 A b, je zu § 154; *Göttlich/Mümmier* KostO 8. Aufl. S. 725; *Rohs* aaO S. 257; a.A. KG DNotZ 1974, 505 = Rpfleger 1974, 241; OLG Braunschweig MDR 1976, 411; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 10. Aufl. § 154 Rdnr. 8).

Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO gilt nicht nur für die Gebühren, sondern auch für Auslagen (OLG Düsseldorf DNotZ 1976, 253 = Rpfleger 1975, 266; OLG Köln MittRhNotK 1982, 180; *Hartmann* § 154 Anm. 3 A b; *Schneider* aaO S. 12).

b) Hier hat der Notar in den Kostenberechnungen als Gebührenschrift lediglich § 38 Abs. 2 KostO aufgeführt. Es hätte aber angegeben werden müssen, welche der sieben Nummern dieses Absatzes Grundlage für den Kostenansatz gewesen ist (*Rohs* aaO S. 257).

Nur unter Anführung des § 136 KostO sind Schreibaufwendungen in Höhe von 24 DM in Ansatz gebracht worden. Auch hier fehlt die Angabe, welche der Kostenvorschriften des § 136 Abs. 1 KostO gemeint war. Für 4 DM in Ansatz gebrachte Auslagen wurden als Rechtsgrundlagen die §§ 152, 153, 137 KostO angeführt. Auch insoweit bleibt unklar, welche der mehreren, den Auslagenersatz betreffenden Vorschriften gemeint waren. Sind tatsächlich Reisekosten angefallen, die nach § 153 Abs. 1 KostO berechnet werden konnten, so hätte dies getrennt angeführt werden müssen.

Die Notarkasse hat zwar in ihrer Stellungnahme vom 6.8.1982 die vom Notar nur unvollständig angeführten Gebührenschriften dahin ergänzt, daß jeweils eine 5/10 Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nrn. 1 und 4 KostO zu berechnen ist. Dies konnte die Fehler der Kostenberechnungen jedoch nicht mehr heilen (a.A. *Mümmier* JurBüro 1982, 119). Die Stellungnahme ist im übrigen den Kostenschuldnern nicht zugeleitet worden. Es verbleiben ohnedies die Mängel der Kostenberechnungen, welche die Auslagen betreffen.

Das Landgericht hätte den Notar darauf hinweisen müssen, daß seine Kostenberechnungen nicht dem Gesetz entsprechen. Wären dann dem § 154 Abs. 2 KostO entsprechende Berechnungen eingereicht und den Kostenschuldnern mitgeteilt worden, so hätte das Verfahren seinen Fortgang nehmen können, wenn sich die Weisungsverfügung auch auf diese neuen Berechnungen erstreckt hätte (vgl. BayObLGZ

1963, 141/147 [= DNotZ 1964, 552/553 f.]; OLG Hamm MittRhNotK 1981, 16). All das ist jedoch nicht geschehen.

c) Nur wenn die Kostenberechnung eines Notars dem § 154 KostO entspricht, kann ihr Inhalt im Verfahren nach § 156 KostO nachgeprüft werden (BayObLG JurBüro 1983, 1371 [= MittBayNot 1983, 193]). Fehlt es — wie hier — an dieser Voraussetzung, so ist die Kostenberechnung vom Landgericht ohne weitere Prüfung aufzuheben (BayObLG aaO; OLG Köln MittRhNotK 1982, 180; OLG Düsseldorf JurBüro 1983, 1244; *Rohs/Wedewer* § 156 Anm. 1 b). Das Verbot der Schlechterstellung kann in einem solchen Fall nicht eingreifen.

3. Die landgerichtliche Entscheidung ist aufzuheben, da eine dem § 154 KostO nicht entsprechende Kostenberechnung, wie ausgeführt, nicht Grundlage für eine gerichtliche Prüfung sein kann. Die vom Landgericht unterlassene Aufhebung der Kostenberechnungen des Notars hat der Senat nachzuholen.

4. Sofern gegen die neuen Kostenberechnungen erneut Weisungsbeschwerden erhoben werden, erscheinen folgende Hinweise angezeigt:

a) Vom Notar, der eine Weisungsbeschwerde einlegt, kann nicht verlangt werden, daß er einen Sachantrag stellt.

Die Anweisungsverfügung der vorgesetzten Dienstbehörde muß erkennen lassen, in welcher Hinsicht die Kostenberechnung für unrichtig angesehen wird und mit welchem Ziel die gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden soll (KG DNotZ 1943, 17; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* Rdnr. 41, *Rohs/Wedewer* Anm. IV a, je zu § 156). Den Inhalt der Weisungsverfügung muß der Notar dem Landgericht mitteilen (*Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* Anm. 4, *Rohs/Wedewer* Anm. IV b, je zu § 156). Die Beanstandungsverfügung steckt nämlich die Grenzen des gerichtlichen Verfahrens ab (OLG Celle Rpfleger 1960, 415 [= DNotZ 1961, 85]). In dem Verfahren der Weisungsbeschwerde unterliegen nur die in der Anweisungsverfügung beanstandeten Punkte der Nachprüfung des Gerichts (OLG Celle aaO). Die Anweisung kann nicht dahin gehen, daß der Notar eine bestimmte Rechtsauffassung vertritt (BGHZ 57, 351 [= MittBayNot 1972, 79]). Die Stellung eines bestimmten Antrags darf ihm nicht aufgegeben werden (OLG Bremen DNotZ 1966, 116 = Rpfleger 1966, 186); stellt der Notar gleichwohl einen Antrag, der sich mit dem Inhalt der Weisungsverfügung nicht deckt, so kommt es auf diesen Antrag nicht an (vgl. OLG Celle aaO).

b) Sollte in dem neuen Verfahren die Höhe der vom Notar angenommenen Geschäftswerte nachzuprüfen sein, so wird dieser sich nicht auf Rechtsausführungen beschränken können. Er wird vielmehr Tatsachen vortragen müssen, welche die Nachprüfung der von ihm angesetzten Geschäftswerte ermöglichen. Aus den von ihm errichteten Urkunden ergeben sich keinerlei Werte. Die Haupturkunden, welche die Kostenschuldner genehmigt haben, werden vorzulegen sein. Der Notar wird — wie dies bei Kostenbeschwerden üblich ist, die Bauherrenmodelle betreffen — die Grundstückskosten und die Gesamtbaukosten mitzuteilen haben. Der Vortrag in der Rechtsbeschwerde, für die Vollmachten sei der Höchstbetrag von 1 000 000 DM anzusetzen, ist durch nichts belegt (vgl. § 41 KostO). Soweit Zustimmungen beurkundet worden sind, wird der Anteilswert (§ 40 KostO) anzugeben sein.

D.
Steuerrecht

20. EStG § 4 Abs. 4, §§ 5, 6 Abs. 1 Nr. 1, § 9 (Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der Bauherrenmodell-Vermittlungsprovision)

1. Eine Provision, die ein Steuerpflichtiger für die Vermittlung des Beitritts zu einer Bauherrengemeinschaft schuldet, gehört zu den Anschaffungskosten des zu Miteigentum zu erwerbenden Grund und Bodens und zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten der hierauf in Form von Wohnungseigentum zu errichtenden Gebäude.

2. Provisionen, die eine KG für die Vermittlung des Eintritts von Kommanditisten schuldet, sind in der Regel weder in der Bilanz der KG noch in Ergänzungsbilanzen der Kommanditisten zu aktivieren, sondern sofort abzugsfähig.

BFH, Urteil vom 13.10.1983 — IV R 160/78 — BStBl 1984 II 101

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist eine KG; die Beigeladenen sind Kommanditisten der Klägerin.

Gegenstand des Unternehmens der Klägerin ist der Betrieb und die Verwaltung des „Ferienpark X“. Dieser ist wie folgt konzipiert:

Eine Bauherrengemeinschaft errichtet insgesamt 121 Bungalows und Appartements in der Form von Wohnungseigentum nach dem WEG; die Klägerin selbst errichtet ein Service-Zentrum zum Betrieb eines Bungalow- und Appartementshotels. Die Eigentümer (Bauherren) der Bungalows und Appartements vermieten diese an die Klägerin zum Zweck der hotelmäßigen Nutzung. Die Eigentümer (Bauherren) der Bungalows und Appartements beteiligen sich zugleich als Kommanditisten an der Klägerin in dem Verhältnis, in dem sie an der Wohnungseigentümergeinschaft (Bauherrengemeinschaft) beteiligt sind. Die Beteiligungen an der Wohnungseigentümergeinschaft (Bauherrengemeinschaft) und die Kommanditbeteiligungen an der Klägerin sind dergestalt voneinander abhängig, daß keine ohne die andere verändert oder übertragen werden kann.

Den Beitritt der einzelnen Bauherren zur Bauherrengemeinschaft und Kommanditisten zur Klägerin vermittelten Kapitalanlageberater. Diese erhielten dafür aufgrund mündlicher Vereinbarung Vergütungen, sog. Beratungsgebühren, nach Maßgabe bestimmter Hundertsätze der Gesamtkosten für die Wohnungseinheit und der Kommanditeinlage in Höhe von insgesamt 697 437,50 DM; davon wurden der Klägerin 115 942,10 DM und den Bauherren (Kommanditisten) 581 495,40 DM belastet.

Die Klägerin behandelte bei der Ermittlung ihres Betriebsergebnisses für 1975 sowohl die von ihr selbst als auch die von ihren Kommanditisten (Bauherren) geschuldeten Beratungsgebühren als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben bzw. Sonderbetriebsausgaben.

Das beklagte Finanzamt ging demgegenüber im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung 1975 unter Hinweis auf ein Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 30.3.1976 (BStBl I 1976, 283) davon aus, daß die Beratungsgebühren der Sache nach Vermittlungsprovisionen und als solche als Anschaffungskosten für immaterielle Wirtschaftsgüter zu aktivieren seien.

Die Klage hatte teilweise Erfolg. Das Finanzgericht entschied, daß die von der Klägerin selbst geschuldeten Beratungsgebühren als Betriebsausgaben sofort abzugsfähig seien. Hingegen seien die für Rechnung der Kommanditisten (Bauherren) gezahlten Beratungsgebühren als Teil der Anschaffungs- und Herstellungskosten der zum Sonderbetriebsvermögen gehörigen Eigentumswohnungen (Grund und Boden und Gebäude) in Sonderbilanzen der Kommanditisten zu aktivieren. Die Entscheidung des Finanzgerichts ist in EFG 1979, 12 veröffentlicht.

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerin als auch das Finanzamt Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin und die Revision des Finanzamts sind unbegründet.

A. Revision der Klägerin

Der Senat pflichtet der Vorentscheidung darin bei, daß die als „Beratungsgebühren“ bezeichneten Vermittlungsprovisionen in Höhe von zusammen 581 495,40 DM, die die Beigeladenen in ihrer Eigenschaft als „Bauherren“ der zu errichtenden Bungalows und Appartements den Anlageberatern persönlich schuldeten, zu den (vorbereitenden) Anschaffungskosten des später zum Miteigentum erworbenen Grund und Bodens und zu den (vorbereitenden) Anschaffungs- und Herstellungskosten der hierauf in Form von Wohnungseigentum errichteten Gebäude gehören und deshalb in Sonderbilanzen der Beigeladenen als Aufwendungen für notwendiges Sonderbetriebsvermögen zu aktivieren sind.

1. Anschaffungskosten sind alle Aufwendungen, die geleistet werden, um ein Wirtschaftsgut zu erwerben und in einen dem angestrebten Zweck entsprechenden, z. B. betriebsbereiten Zustand zu versetzen. Dazu gehören der Anschaffungspreis und die Anschaffungsnebenkosten, d. h. alle Aufwendungen, die im Zusammenhang mit dem Erwerb des Wirtschaftsguts (und der Versetzung in einen zweckentsprechenden Zustand) stehen, soweit diese Aufwendungen dem Wirtschaftsgut einzelnen zugeordnet werden können, wie z. B. Gebühren für die Beurkundung eines Kaufvertrages, Vermittlungsgebühren und die Grunderwerbsteuer (vgl. z. B. Beschluß des BFH vom 12.6.1978, BFHE 125, 516, 525 bis 526, BStBl II 1978, 620, m. w. N.; vgl. auch § 260 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches i. d. F. des Entwurfs eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes, BR-Drucks. 257/83).

Dabei ist für die Zuordnung von Aufwendungen zu den Anschaffungskosten insbesondere ihr Zweck maßgebend, also der zu dem Zeitpunkt, in dem die Aufwendungen anfallen, mit ihnen „angestrebte Erfolg und Zustand“ (BFHE 125, 516, 526, BStBl II 1978, 620).

Herstellungskosten sind alle Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten für die Herstellung eines Wirtschaftsguts entstehen (vgl. § 260 Abs. 3 Satz 1 HGB i. d. F. des Entwurfs eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes, BR-Drucks. 257/83). Danach gehören zu den Herstellungskosten sowohl die Kosten, die unmittelbar der Herstellung dienen, als auch Aufwendungen, „die zwangsläufig im Zusammenhang mit der Herstellung des Wirtschaftsgutes anfallen“ oder „mit der Herstellung in einem engen wirtschaftlichen Zusammenhang stehen“ (BFH-Beschluß vom 22.4.1980, BFHE 130, 391, 397, BStBl II 1980, 441 [= MittBayNot 1980, 130]). Auch für die Zuordnung von Aufwendungen zu den Herstellungskosten kommt der Zweckrichtung der Aufwendungen als finales Element entscheidende rechtliche Bedeutung zu (Döllner, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1976/77, 196, 202).

Nach der Rechtsprechung des BFH setzt die Aktivierung von Aufwendungen als Herstellungskosten eines materiellen Wirtschaftsgutes allerdings voraus, daß am Bilanzstichtag bereits ein aktivierungsfähiges Wirtschaftsgut „vorliegt“, d. h. daß am Bilanzstichtag bereits mit der Herstellung des materiellen Wirtschaftsgutes begonnen ist. Dabei ist aber zu beachten, daß z. B. bei der Errichtung von Gebäuden die Herstellung des Gebäudes regelmäßig schon beginnt, bevor mit den eigentlichen Bauarbeiten angefangen wird (BFH-Urteil vom 11.3.1976, BFHE 119, 240, BStBl II 1976, 614).

Auch für die Aktivierung von Aufwendungen als Anschaffungskosten eines materiellen Wirtschaftsgutes ist Voraussetzung, daß mit der Anschaffung durch vorbereitende Maß-

nahmen begonnen ist; nicht erforderlich ist hingegen, daß der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut bereits in dem Sinne „angeschafft“ hat, daß er das rechtliche oder zumindest das wirtschaftliche Eigentum an dem Wirtschaftsgut erlangt hat und deshalb bilanzrechtlich das Wirtschaftsgut als solches nicht mehr dem Veräußerer, sondern bereits dem Erwerber zuzurechnen ist (*Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 19. Aufl., § 6 EStG Rz. 279, 282). Danach kann z. B. nicht zweifelhaft sein, daß die mit Abschluß eines Kaufvertrags über ein Grundstück gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entstandenen und fällig gewordenen Maklergebühren auch dann als Anschaffungskosten des gekauften Grundstücks zu aktivieren sind, wenn am Bilanzstichtag der Kaufvertrag beiderseits noch nicht erfüllt, insbesondere das Grundstück noch nicht aufgelassen und noch nicht übergeben ist (und der Kaufvertrag somit bilanzrechtlich noch ein schwebendes Geschäft darstellt). Für die Pflicht zur Aktivierung von Aufwendungen, deren Zweck der Erwerb (Erlangung des rechtlichen oder zumindest wirtschaftlichen Eigentums) eines bestimmten Wirtschaftsguts ist, muß es gemäß dem finalen Gehalt des Begriffs der Anschaffungskosten notwendigerweise genügen, daß am Bilanzstichtag mit der Anschaffung „begonnen“ ist, z. B. durch Abschluß eines Kaufvertrags über ein bestimmtes Wirtschaftsgut oder durch die Erteilung eines Auftrags und einer Vollmacht zum Abschluß eines derartigen Kaufvertrags. Die gegenteilige Auffassung, daß eine Aktivierung von Aufwendungen für die den eigentlichen Erwerb vorbereitenden Maßnahmen als Anschaffungskosten erst möglich ist, wenn der Steuerpflichtige am Bilanzstichtag bereits rechtlicher oder zumindest wirtschaftlicher Eigentümer des Wirtschaftsguts ist und dieses ihm daher bilanzrechtlich zuzurechnen ist, müßte zu dem systemwidrigen Ergebnis führen, daß die Aufwendungen zunächst als Betriebsausgaben den Gewinn mindern, in der Folgezeit dann aber unter Rückgängigmachung der früheren Gewinnminderung, also gewinnerhöhend, als Anschaffungskosten zu aktivieren sind (vgl. die insoweit sinngemäß gültigen Erwägungen des Senats zu den Planungskosten eines Gebäudes im Urteil in BFHE 119, 240, 242, BStBl II 1976, 614).

2. Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den Streitfall ergibt, daß die von den Beigeladenen geschuldeten Vermittlungsprovisionen anteilig als Anschaffungskosten für den später zum Miteigentum erworbenen Grund und Boden und als Anschaffungs- oder Herstellungskosten für die hierauf in Form von Wohnungseigentum errichteten Gebäude in Sonderbilanzen der Beigeladenen zu aktivieren sind.

a) Die Leistung des Anlageberaters gegenüber dem einzelnen Beigeladenen bestand darin, diesem die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags mit dem sog. Treuhänder zu vermitteln, in dem sich der einzelne Beigeladene als Treugeber verpflichtete (so der Wortlaut des vorgedruckten „Auftrags“), „der Bauherrengemeinschaft Ferienpark X beizutreten“ und dem Treuhänder „Treuhandauftrag mit Vollmacht zum Abschluß der dort genannten Verträge“ zu erteilen, wobei Vollmacht und Treuhandauftrag zum Gegenstand haben „den Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück sowie die Errichtung des/der ... Appartement(s) Nr. ..., Bungalow(s) ...“. Zur Erreichung dieses Ziels waren Auftrag und Vollmacht des Treuhänders insbesondere gerichtet auf a) „Gründung der Bauherrengemeinschaft ...“, b) „Abschluß eines Kauf- und Auflassungsvertrags über einen oder meh-

tere Miteigentumsanteile an obigem Grundbesitz“, c) „Abgabe der auf die Errichtung von Wohnungs- und Teileigentum ... gerichteten Erklärungen“, d) „Abschluß eines Baubetreuungsvertrags“, e) „Abschluß des Generalbauunternehmervertrags“, f) Abschluß des Finanzierungsvermittlungsvertrags“ ...

Wie der Wortlaut des vorgedruckten „Auftrags“ an den Treuhänder augenfällig macht, war aus der Sicht des einzelnen Beigeladenen alleiniger wirtschaftlicher Sinn und Zweck des Vertragsabschlusses mit dem Treuhänder und der vom Treuhänder im Namen und im Auftrag des einzelnen Beigeladenen als Treugeber abgeschlossenen Verträge der „Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück“ und „die Errichtung“ eines bestimmten Apartments oder Bungalows. Nur um dieses Endzieles willen haben die Beigeladenen die Belastung mit einer „Beratungsgebühr“ zugunsten des jeweiligen Anlageberaters in Kauf genommen. Der Beitritt zu einer „Bauherrengemeinschaft“, die zivilrechtlich möglicherweise als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu qualifizieren ist, war nur Mittel zum oben bezeichneten Zweck, und nicht etwa, wie die Revision der Klägerin offenbar geltend machen will, Primärziel und Selbstzweck.

Wenn aber der mit den Aufwendungen für die sog. Beratungsgebühren „angestrebte Erfolg und Zustand“ der Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück und die Errichtung eines Apartments oder Bungalows war, müssen die sog. Beratungsgebühren notwendigerweise den Anschaffungs- oder Herstellungskosten für die einzelnen Gebäude zugeordnet werden. Dabei kann der Senat offenlassen, ob die vom Treuhänder im Namen der Beigeladenen abzuschließenden Verträge „ein einheitliches auf den Erwerb von fertigem Wohnraum gerichtetes Vertragswerk“ bildeten (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 23.6.1982, BFHE 136, 427, BStBl II 1982, 741 [= MittBayNot 1982, 271]) mit der Folge, daß die Beigeladenen die Apartments und Bungalows nicht selbst herstellten, sondern anschafften. Denn die Begriffe der aktivierungspflichtigen Anschaffungs- oder Herstellungskosten stimmen in ihren finalen Elementen überein. Der von der Revision wiederholt in Frage gestellte Zusammenhang zwischen den Vermittlungsprovisionen und dem Grundstücks- und Gebäudeerwerb der Beigeladenen erscheint jedenfalls nicht geringer als z. B. der Zusammenhang zwischen den Aufwendungen für den Erwerb eines zum Abbruch bestimmten Gebäudes und der Herstellung eines neuen Gebäudes an seiner Stelle.

Es wäre auch widersprüchlich anzunehmen, die Aufwendungen stünden zwar in (unmittelbarem) Zusammenhang mit den später im Bereich des Sonderbetriebsvermögens erzielten Einkünften der Beigeladenen (und seien deshalb betrieblich veranlaßt), sie stünden aber nicht in (unmittelbarem) Zusammenhang mit der Anschaffung oder Herstellung der Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens, mit deren Hilfe die Einkünfte erzielt werden sollten.

b) Entgegen den Ausführungen der Revision ist es nicht möglich, die Vermittlungsprovisionen als Teil sofort abzugsfähiger „Gründungs- und Finanzierungskosten“ zu werten. Eine Zuordnung zu „Gründungskosten“, womit die Revision offenbar die Gründung einer Bauherrengemeinschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts meint, scheidet schon daran, daß die möglicherweise als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu qualifizierende Gesamtheit der Bauherren als solche keine Einkünfte erzielte und erzielen wollte.

Mit Finanzierungskosten, wie Gebühren für die Vermittlung eines Kredits, sind die von den Bauherren geschuldeten Provisionen ebensowenig zu vergleichen wie z. B. die im Zusammenhang mit dem Abschluß eines Grundstückskaufvertrags anfallenden Maklergebühren.

Der Einwand der Klägerin, die Zuordnung der Vermittlungsprovisionen zu den Herstellungskosten sei abwegig, weil für einen Bau keine Vermittlungsprovisionen gezahlt würden, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die vom Treuhänder im Namen der Beigeladenen abzuschließenden Verträge im wirtschaftlichen Ergebnis auf den Erwerb eines fertigen Gebäudes gerichtet waren und deshalb typischen Kaufverträgen wirtschaftlich mindestens nahestanden.

Wenn die Revision schließlich geltend macht, die von der Bauherrengemeinschaft aufgewendeten „Vertriebsgebühren“ müßten ebenso behandelt werden wie die von der Klägerin geschuldeten „Vertriebsgebühren“, weil ein „einheitliches Betriebsvermögen“ vorliege und ein „einheitlicher Gewinn“ zu ermitteln sei, so verkennt die Revision, daß unterschiedliche zivilrechtliche Gegebenheiten und insbesondere eine unterschiedliche Zwecksetzung von Aufwendungen einerseits der Beigeladenen und andererseits der Klägerin eine verschiedenartige einkommensteuerrechtliche Behandlung der im Bereich des Sonderbetriebsvermögens der Mitunternehmer und im Bereich des Gesellschaftsvermögens der Mitunternehmerschaft anfallenden Aufwendungen gebieten können.

B. Revision des Finanzamts

Der Senat folgt der Vorentscheidung auch darin, daß die der Klägerin in Rechnung gestellten Vermittlungsprovisionen in Höhe von 115 942,10 DM sofort abzugsfähiger betrieblicher Aufwand der Klägerin sind.

1. In tatsächlicher Hinsicht ist auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils davon auszugehen,

a) daß insoweit allein die Klägerin, also die KG, und nicht etwa die Kommanditisten persönlich zivilrechtlich aus den Vermittlungsaufträgen (§ 652 BGB) mit den Anlageberatern berechtigt und verpflichtet waren und demnach die Provisionen nur die Klägerin schuldeten, und

b) daß die von der Klägerin mit den Provisionen honorierte Leistung der Anlageberater die Vermittlung des Abschlusses eines Aufnahmevertrages zwischen dem eintretenden Kommanditisten und den bisherigen Gesellschaftern (vgl. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., S. 389) in der Form einer „Beitrittserklärung“ war, mit dem sich der Eintretende u. a. verpflichtete, eine Kommanditeinlage in bestimmter Höhe zu leisten.

2. Zu Recht hat das Finanzgericht entschieden, daß der Provisionsaufwand der Klägerin in ihrer Handelsbilanz nicht aktiviert werden darf und deshalb auch in ihrer Steuerbilanz nicht aktiviert werden muß.

a) Der Provisionsaufwand gehört nicht zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten bestimmter von der Klägerin angeschaffter bzw. anzuschaffender oder hergestellter bzw. herzustellender materieller Wirtschaftsgüter ihres Gesellschaftsvermögens.

Das Finanzamt macht mit seiner Revision geltend, ebenso wie die für die Vermittlung der Bauherren gezahlten Beratungsgebühren Teil der Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Eigentumswohnungen seien, müßten auch die für Rechnung der Klägerin gezahlten Beratungsgebühren den

Anschaffungs- und Herstellungskosten der von der Klägerin im Rahmen des sog. Service-Centers angeschafften und hergestellten materiellen Wirtschaftsgüter wie Grund und Boden, Gebäude usw. zugerechnet werden. Dem kann der Senat nicht folgen.

Gegenstand der Vermittlungsleistungen der Anlageberater war nicht der Abschluß von Verträgen der Klägerin mit Dritten über den Erwerb von Grund und Boden und den Erwerb oder die Herstellung von Gebäuden, sondern der Abschluß gesellschaftsrechtlicher Aufnahmeverträge mit der für die Klägerin wesentlichen Verpflichtung des neu Eintretenden Gesellschafters, eine Kommanditeinlage in bestimmter Höhe zu leisten. Unmittelbarer und primärer Zweck der Aufwendungen der Klägerin war somit die Beschaffung von Eigenkapital. Allerdings war auch die Ansammlung von Eigenkapital für die Klägerin nicht Selbstzweck, sondern lediglich eine der Voraussetzungen für die Durchführung der von der Klägerin geplanten und u. a. mit Hilfe dieses Eigenkapitals zu finanzierenden Investitionen für eine gewerbliche Betätigung. Wenn aber die Kosten für die Beschaffung von Fremdkapital nicht zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten der hieraus finanzierten Investitionen zu rechnen sind (z. B. BFH-Urteil vom 24.5.1968, BFHE 92, 400, BStBl II 1968, 574 m.w.N.; vgl. aber auch § 260 Abs. 4 HGB i.d.F. des Entwurfs eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes, BR-Drucks. 257/83), können auch die Kosten über die Beschaffung von Eigenkapital im Regelfalle nicht zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten entsprechender Investitionen gehören.

b) Die zu a) dargestellten Erwägungen schließen auch aus, den Provisionsaufwand zu den Herstellungskosten selbsthergestellter immaterieller Wirtschaftsgüter zu rechnen, so daß insoweit das Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG gar nicht erst zum Tragen kommt.

3. Schließlich ist der Vorentscheidung auch darin beizupflichten, daß der Provisionsaufwand der Klägerin nicht in Ergänzungsbilanzen der Beigeladenen zu aktivieren ist. (Wird ausgeführt).

21. EStG 1975 § 10 Abs. 1 Nr. 1, §§ 13, 13 a (*Einkommensteuerrechtliche Behandlung von Altenteilsleistungen*)

1. In der Land- und Forstwirtschaft ist der Nutzungswert der Altenteilerwohnung auch bei dinglich gesichertem Wohnungsrecht bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft des Altenteilsverpflichteten anzusetzen, dem der Hof unentgeltlich übergeben worden ist.

2. Die unentgeltliche Überlassung der Wohnung an die Altenteiler stellt eine Sachleistung im Rahmen der Altenteilsleistungen dar, die als dauernde Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1975 abzugsfähig sind.

BFH, Urteil vom 28.7.1983 — IV R 174/80 — BStBl 1984 II 97
Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Eheleute, die zusammenveranlagt werden. Beide sind auch als Arbeitnehmer tätig. Der Kläger erwarb teils im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von seiner Mutter und teils von einer Erbengemeinschaft, der er selbst angehörte, im Wege der Erbauseinandersetzung durch Vertrag vom 23.4.1976 das landwirtschaftliche Anwesen X mit Grundbesitz und dem dazugehörigen Betrieb als Alleineigentum. Er räumte seiner Mutter durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit am Wohngrundstück, die in das Grundbuch eingetragen worden ist, das ausschließliche lebenslange Wohnungsrecht an den Räumlichkeiten des Erdgeschosses ein. Die Kosten für die Behelzung der Wohnung sowie die Kosten für den Strom- und Wasserverbrauch hat der Kläger zu tragen. Außerdem verpflichtete sich der Kläger, seiner Mutter neben weiteren

Sachleistungen sowie Dienst- und Naturalleistungen ein monatliches Taschengeld von 150 DM zu zahlen. Dieses Taschengeld sollte, falls sich der vom Statistischen Bundesamt festgesetzte Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte um mehr als 8 v. H. erhöht oder ermäßigt, auf Antrag neu festgesetzt werden.

Außerdem räumte der Kläger seinem Bruder auf die Dauer dessen Ledigenstandes das unentgeltliche Wohnungsrecht in einem Zimmer im Obergeschoß des Hauses ein, das ebenfalls als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Hausgrundstück im Grundbuch eingetragen wurde.

In der Einkommensteuererklärung für 1976 machte der Kläger Instandhaltungsaufwendungen für das Wohnhaus, Schuldzinsen, Geldbeschaffungskosten, Grundsteuer und sonstige Hausunkosten, Beiträge zu Hausversicherungen sowie Absetzungen für Abnutzung (AfA), insgesamt 16 432 DM, als Aufwand geltend. Er ging davon aus, daß von diesem Betrag unter Ausscheidung des auf seinen eigenen Wohnanteil entfallenden Anteils (38,24 v. H.) die auf die Wohnung der Mutter und des Bruders entfallenden 10 142 DM (61,76 v. H.) als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig seien.

Mit Einkommensteuerbescheid vom 4.1.1978 setzte das beklagte Finanzamt die Einkommensteuer auf 7 262 DM fest. Es ermittelte dabei die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft nach § 13 a EStG mit 1 937 DM. In diesem Betrag ist der Nutzungswert der Wohnung der Kläger anteilig mit 236 DM enthalten (Wohnungswert lt. Einheitswertbescheid 4 262:18). Die aufgrund des Auseinandersetzungsvertrages von dem Kläger übernommenen Sachleistungen sowie die Taschengeldzahlung berücksichtigte das Finanzamt zunächst mit dem Betrag von 1 930 DM als Sonderausgaben (dauernde Last).

Dagegen erhoben die Kläger Klage, mit der sie vortrugen, die Aufwendungen für den von der Mutter und dem Bruder bewohnten Gebäudeteil seien steuerlich in voller Höhe abzugsfähig.

Das Finanzgericht hielt die Klage teilweise für begründet und setzte die Einkommensteuer für 1976 auf 6 100 DM herab.

Hiergegen richtet sich die Revision des Finanzamts und die Anschlußrevision der Kläger.

Aus den Gründen:

Die Revision des Finanzamts ist begründet.

1. Zurechnung des Nutzungswertes der Wohnung der Mutter des Klägers und des Bruders

Im Vordergrund des Rechtsstreits steht die Zurechnung des Nutzungswertes der Wohnung, deren lebenslängliche Nutzung sich die Mutter des Klägers durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dinglich sichern ließ; ebenso die Zurechnung des Nutzungswertes der Wohnung des Bruders. Denn von diesen Zurechnungen hängt es zunächst ab, ob und bei welchen Einkünften der Kläger von den insgesamt geltend gemachten 16 432 DM für Instandhaltungsaufwendungen des Hauses und für sonstige Hausunkosten den begehrten Teil von 10 142 DM, das sind der auf die Wohnung der Mutter und des Bruders entfallende Anteil von 61,76 v. H., als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abziehen kann.

a) Wie der Senat im Urteil vom 17.1.1980 (BFHE 129, 543, BStBl II 1980, 323) näher ausgeführt hat, gehört beim land- und forstwirtschaftlichen Betrieb das Wohnhaus mit der Wohnung des Betriebsinhabers zum notwendigen Betriebsvermögen. Die sachliche Rechtfertigung dieser Zurechnung liegt darin, daß das Wohngebäude wegen seiner Nutzung durch den Betriebsinhaber und dessen Familienangehörige, die von hier aus ihre wechselnde Tätigkeit im landwirtschaftlichen Betrieb unmittelbar ausüben und diesen ständig überwachen können, ein notwendiger Bestandteil der in der Regel geschlossenen Einheit des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt. Das Bewertungsgesetz geht in § 34 Abs. 3 davon aus, daß auch der Wohnanteil, der den Altenteilern zu Wohnzwecken dient, zum land- und forstwirtschaftlichen Betrieb gehört. Im Urteil in BFHE 129, 543, BStBl II 1980, 323 hat der Senat den Standpunkt vertreten,

daß diese bewertungsrechtliche Zuordnung zum Betriebsvermögen in der Regel auch für das Einkommensteuerrecht gilt. An dieser Auffassung, die durch die in der Landwirtschaft überwiegend noch vorhandene, auf gegenseitige Hilfe angewiesene Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen Betriebsinhaber und Altenteiler begründet ist, hält der Senat fest. Wohnung des Betriebsinhabers und Wohnung der Altenteiler sind im Rahmen der Landwirtschaft in der Regel eine betriebliche Einheit, durch die die üblichen Altenteilsleistungen als ein Inbegriff von dinglich gesicherten Nutzungen sowie von Sach-, Natural-, Dienst- und Geldleistungen erst verständlich und in ihrer tatsächlichen Wahrnehmung erst möglich werden. Diese Zuordnung der Wohnung der Altenteiler zum Betriebsvermögen mit der Begründung, daß sie mit dem Wohnanteil des Betriebsinhabers neben dem Wirtschaftsteil eine zweite betriebliche Einheit innerhalb des Betriebes darstellt, legt es nahe, auch den Nutzungswert dieser Wohnung sozusagen als Teil des Nutzungswertes der Wohnung des Betriebsinhabers nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 13 a Abs. 2 Nr. 5 EStG 1975 (jetzt § 13 a Abs. 3 Nr. 4 EStG) zu den Einkünften des Betriebsinhabers und Altenteilsverpflichteten aus Land- und Forstwirtschaft zu rechnen. Für die Durchschnittsgewinnermittlung ergibt sich dies unmittelbar aus § 13 a Abs. 7 EStG (bzw. § 13 a Abs. 2 Nr. 5 EStG 1975), wonach der Nutzungswert der Wohnung des Betriebsinhabers mit einem Achtzehntel des im Einheitswert des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes besonders ausgewiesenen Wohnungswertes anzusetzen ist, weil in diesem im Einheitswert besonders ausgewiesenen Wohnungswert gemäß § 34 Abs. 3 BewG der Wert der Altenteilerwohnung mitenthalten ist.

Die Finanzverwaltung und überwiegend auch das Schrifttum gehen allerdings davon aus, daß aufgrund der Rechtsprechung des VIII. Senats des BFH zum dinglichen Wohnungsrecht bei privaten Wohngrundstücken der Nutzungswert der den Altenteilern überlassenen Wohnung in den Fällen beim Betriebsinhaber und Altenteilsverpflichteten im Rahmen der Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft oder aus Vermietung und Verpachtung zu erfassen sei, in denen den Altenteilern lediglich ein schuldrechtliches Wohnungsrecht eingeräumt worden ist, hingegen bei einem dinglichen Wohnungsrecht der Nutzungswert den Altenteilern als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zugerechnet werden müsse (vgl. Urteile vom 20.11.1973, BFHE 110, 561, BStBl II 1974, 163 [= MittBayNot 1974, 111]; vom 28.2.1974; BFHE 112, 139, BStBl II 1974, 457; vom 11.4.1978, BFHE 125, 155, BStBl II 1978, 493, und vom 13.5.1980 BFHE 131, 216, BStBl II 1981, 299; Verfügung der OFD Koblenz vom 17.12.1976 S 2230 A/St 322, Steuererlasse in Karteiform — STEK —, § 13 EStG Nr. 267, Stichwort Altenteilsleistungen; *Felsmann*, Einkommenbesteuerung der Land- und Forstwirte, Abschn. A Rdnr. 35 d).

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob er sich dieser Auffassung außerhalb der Land- und Forstwirtschaft anschließt. Der unterschiedlichen steuerlichen Zurechnung von nur schuldrechtlichen Nutzungsrechten einerseits und dinglich gesicherten Nutzungsrechten andererseits fehlt an sich eine sachliche Rechtfertigung. Für das Wohnungsrecht der Altenteiler, also von nahen Familienangehörigen im Bereich der Land- und Forstwirtschaft jedenfalls, ist der Senat der Auffassung, daß es allein durch die dingliche Sicherung keine andere rechtliche Natur erhalten kann, als ihm schuldrechtlich zukommt. Auch aufgrund der Zurechnungsvorschriften der §§ 13 Abs. 2 Nr. 2 und 13 a Abs. 3 Nr. 4 und Abs. 7 EStG bedarf das Wohnungsrecht der Altenteiler in

der Land- und Forstwirtschaft gegenüber Wohnungsrechten im privaten Bereich einer eigenständigen Beurteilung. Der Senat geht daher davon aus, daß auch der Nutzungswert einer dinglich gesicherten Altenteilerwohnung gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 und § 13 a Abs. 3 Nr. 4 EStG beim Nutzungswert der Wohnung des Inhabers des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes mitzuerfassen ist.

Für die Berechnung des Nutzungswertes gelten dieselben Grundsätze wie bei der Berechnung des Nutzungswertes der Wohnung des Betriebsinhabers selbst. Das bedeutet im Rahmen des § 13 a EStG 1975, daß auch der Nutzungswert der Altenteilerwohnung mit einem Achtzehntel des im Einheitswert des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes besonders ausgewiesenen Wohnungswertes bei den Einkünften des Betriebsinhabers und Altenteilsverpflichteten aus Land- und Forstwirtschaft erfaßt und abgegolten ist. Ein gesonderter Ansatz der auf diesen Wohnteil gemachten Aufwendungen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten ist daher nicht möglich. Davon ist das Finanzgericht beim Kläger zutreffend ausgegangen.

b) Auch hinsichtlich der Zurechnung des Nutzungswertes des dinglich gesicherten unentgeltlich erlangten Wohnungsrechtes des Bruders, der nicht zum Haushalt des Klägers gehörte, folgt der Senat nicht der angeführten Rechtsprechung des VIII. Senats, nach der durch die Einräumung dieses Nutzungsrechtes beim Bruder der Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 Abs. 2 EStG begründet würde. Auch diese Zuordnung würde den besonderen Verhältnissen im land- und forstwirtschaftlichen Familienbetrieb nicht gerecht.

Die Einräumung des Wohnungsrechtes für die ledigen Geschwister des Hofübernehmers bis zu ihrer Verheiratung, die allgemein üblich ist, hat ihre Wurzel in dem einem Wohnheitsrecht gleichkommenden Brauch zumindest im ländlichen Bereich, daß auch erwachsene Kinder bis zu ihrer Verheiratung bei den Eltern wohnen können und ihrem Haushalt angehören. Ziehen sich Eltern unter Übergabe des landwirtschaftlichen Hofes auf das Altenteil zurück, so muß deshalb neben der eigentlichen Altenteilerwohnung der Eltern auch den ledigen Geschwistern bis zur Verheiratung ein Wohnungsrecht eingeräumt werden, damit sie weiter bei den Eltern leben können. Derartige Wohnungsrechte sind von der Sache her ein notwendiges Anhängsel des Altenteils der Eltern; sie sind Teil dieses Altenteils. Der Senat hält unter diesen Umständen eine steuerliche Gleichbehandlung in der Zurechnung des Nutzungswertes der Wohnung des Bruders mit dem Nutzungswert der Altenteilerwohnung der Mutter für sachgerecht. Ob in Einzelfällen eine andere Beurteilung notwendig sein kann, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Da in dem im Einheitswert besonders ausgewiesenen Wohnungswert von 4 262 DM auch das Zimmer des Bruders miterfaßt ist, sind beim Kläger im Rahmen des § 13 a Abs. 2 Nr. 2 EStG alle mit diesem Wohnteil (8,27 v. H.) zusammenhängenden Aufwendungen mit einem Achtzehntel des im Einheitswert besonders ausgewiesenen Wohnungswertes bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft erfaßt und abgegolten.

2. Die Altenteilsleistungen des Klägers

Der generelle Ansatz des Nutzungswertes der Altenteilerwohnung der Mutter (und der Wohnung des Bruders) beim Nutzungswert der Wohnung des Betriebsinhabers und Altenteilsverpflichteten als Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, der durch die betrieblich-familiär bedingte Zusam-

mengehörigkeit beider Wohnungen im land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen seine Rechtfertigung findet, kann jedoch nichts an der Tatsache ändern, daß die tatsächliche Überlassung der Nutzung der Altenteilerwohnung bzw. die Einräumung des lebenslänglichen Wohnungsrechtes einen Teil der Sachleistungen innerhalb der Altenteilsleistungen darstellt, die der Kläger als Hofübernehmer gegenüber seiner Mutter zu erbringen hat und daher mit diesen gleichzubehandeln sind.

a) Die für die Übertragung des Hofes vom Kläger übernommenen Altenteilsverpflichtungen sind — wie schon ausgeführt — ein Inbegriff von dinglich gesicherten Nutzungen sowie Sach-, Natural-, Dienst- und Geldleistungen, die der Kläger als Reallast (Leibgeding) des übernommenen Hofes seiner Mutter als Versorgungsleistungen zu gewähren hat (vgl. dazu *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, § 759 Anm. 2 b).

Diese Versorgungsleistungen kann der Kläger nicht als Betriebsausgaben bei seinen Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft abziehen. Betriebsausgaben wären sie nur, wenn sie entweder den Charakter einer betrieblichen Veräußerungsrente oder den einer betrieblichen Versorgungsrente hätten. Beides trifft nicht zu.

Die Rechtsprechung geht von dem Grundsatz aus, daß eine nur in Ausnahmefällen widerlegbare Vermutung für die Unentgeltlichkeit und außerbetriebliche Natur der im Zusammenhang mit der Übertragung eines Betriebes zwischen Eltern und Kindern vereinbarten Versorgungsleistung spricht, d. h. daß es sich um eine private Versorgungsrente handelt. Die Vermutung kann zugunsten einer betrieblichen Veräußerungsrente nur durch den Nachweis widerlegt werden, daß sich die Beteiligten bei der Bemessung der Rentenhöhe übereinstimmend von dem Gedanken einer angemessenen Gegenleistung für die erworbenen Wirtschaftsgüter (Leistungsaustausch) leiten ließen und daher von der Gleichwertigkeit beider Leistungen ausgegangen sind. Daran fehlt es im Streitfall schon deshalb, weil es sich um einen Erwerb im Wege der Erbauseinandersetzung und der vorweggenommenen Erbfolge, also um einen Erbvorgang handelt, und die Beteiligten offenbar weder den Wert des übertragenen Anwesens noch den der übernommenen Versorgungsleistungen zum Gegenstand des Vertrages gemacht haben.

Auch eine betriebliche Versorgungsrente scheidet nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien aus. Sie läge nur vor, wenn die Versorgungsleistungen eindeutig aus betrieblichen Erwägungen heraus gewährt würden und als nachträgliche Vergütung für eine früher geleistete betriebliche Tätigkeit anzusehen wären. Ob für die Versorgung des Berechtigten betriebliche oder außerbetriebliche Erwägungen maßgebend waren, ist dabei stets vom Standpunkt des Verpflichteten aus zu beurteilen (vgl. BFH-Urteile vom 27.4.1977, BFHE 122, 275, BStBl II 1977, 603, und vom 22.9.1982, BFHE 136, 527, BStBl II 1983, 99). Im Streitfall wird weder behauptet noch liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß die Altenteilsleistungen eine nachträgliche Vergütung für die früher geleistete betriebliche Tätigkeit sein sollen. Daß Altenteilsleistungen in der Land- und Forstwirtschaft vorwiegend außerbetrieblichen familiären Charakter haben, ergibt sich im übrigen schon aus der Art dieser Leistungen, die in dieser Form an einen Fremden kaum erbracht würden.

Die Bejahung des privaten Charakters der Altenteilsleistungen entspricht dem BFH-Urteil vom 16.9.1965 (BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706), nach dem der Übernehmer eines land-

wirtschaftlichen Betriebes Altenteilsleistungen und Ihnen wirtschaftlich gleichstehende Versorgungsleistungen nicht als Betriebsausgaben abziehen kann, sondern nur ein Abzug als Sonderausgaben nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Betracht kommt, weil sie privaten Charakter haben. Ein Abzug als Sonderausgaben käme nur dann nicht in Betracht, wenn es sich dabei um freiwillige oder auf einer freiwillig begründeten Rechtspflicht beruhende Zuwendungen sowie Zuwendungen an gesetzlich unterhaltsberechtigte Personen handeln würde, die nach § 12 Nr. 2 EStG weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden können. Zuwendungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG sind Leistungen, denen keine oder nur eine geringfügige Gegenleistung gegenübersteht. Altenteilsleistungen stellen keine freiwilligen Zuwendungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG und auch keine bloßen Unterhaltsleistungen dar, weil ihnen immerhin ein Wert — wenn auch nicht als angemessene oder gleichwertige Gegenleistung —, nämlich das übertragene Vermögen des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes, gegenübersteht, ohne daß es sich deshalb um ein Veräußerungsgeschäft handeln würde. Vielmehr handelt es sich um eine besondere Art von privaten Versorgungsleistungen, die durch die Betriebsübergabe notwendig geworden sind. Die Vorschrift des § 12 Nr. 2 EStG könnte nur dann Anwendung finden, wenn die Versorgungszusage aus privaten Gründen und ohne nennenswerten Gegenwert gegeben wird. Ein Anhaltspunkt dafür wäre nach Abschn. 123 Abs. 3 EStR gegeben, wenn der Wert des unentgeltlich übertragenen Vermögens bei überschlägiger und großzügiger Berechnung weniger als die Hälfte des kapitalisierten Wertes der Altenteilsleistungen ausmachen würde. *Josten* weist mit Recht darauf hin, daß dies in der Land- und Forstwirtschaft nie der Fall ist. In aller Regel liegt der Wert des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes wesentlich über dem Altenteilswert (vgl. Die Information über Steuer und Wirtschaft — Inf — 1976, 395 ff.).

Der Senat ist daher der Auffassung, daß die vom Kläger an seine Mutter zu erbringenden Natural-, Sach- und Geldleistungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1975 als Sonderausgaben abzugsfähig sind.

b) Der Senat folgt dem angeführten Urteil in BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706 auch darin, daß die auf Lebenszeit eingeräumten Versorgungsleistungen des Betriebsübernehmers, wenn sie zu einem nicht unerheblichen Teil aus gleichbleibenden Geldleistungen bestehen, insoweit als Leibrenten (§ 10 Abs. 1 Nr. 1, § 22 Nr. 1 a EStG 1975), im übrigen als dauernde Lasten zu behandeln sind.

Was die Geldleistungen betrifft, so vertritt zwar die Finanzverwaltung die Auffassung, daß in der Land- und Forstwirtschaft Rentenzahlungen (Altenteilsleistungen) aufgrund von Hofübergabeverträgen zwischen Eltern und Kindern oder aufgrund des Hofübergangs durch Erbfolge ihrer Natur nach regelmäßig den Zweck haben, den den jeweiligen Verhältnissen entsprechenden Lebensbedarf sicherzustellen und daß deshalb auch die Barleistungen im allgemeinen in vollem Umfang dauernde Lasten darstellen (vgl. EStR 1981 Abschn. 167 Abs. 1 Nr. 2 c). Es entspricht jedoch ständiger Rechtsprechung, daß in den Fällen, in denen Versorgungsleistungen aus Sach-, Natural- und Geldleistungen bestehen, getrennt zu prüfen ist, ob die Leistungen Leibrenten oder dauernde Lasten sind. Nur bei geringen Geldleistungen können sämtliche Leistungen einheitlich als dauernde Lasten beurteilt werden (vgl. BFH-Urteil vom 1.8.1975, BFHE 116, 501, BStBl II 1975, 881). Die Geldleistungen von monat-

lich 150 DM können im Streitfall gegenüber den Naturalleistungen und den Sachleistungen nicht als gering bezeichnet werden. Da die Geldrente auch nicht von der Leistungsfähigkeit des Hofes oder der Bedürftigkeit der Altenteilerin abhängig gemacht wurde, wie im Falle des Urteils vom 2.12.1980 (BFHE 132, 270, BStBl II 1981, 263), stellt sie eine Leibrente dar und ist daher nur mit dem Ertragsanteil als Sonderausgabe abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 i.V.m. § 22 Nr. 1 Buchst. a EStG 1975). Obwohl das Finanzamt den vollen Betrag von 150 DM monatlich als Sonderausgaben anerkannt hat, ist eine Änderung unter Berücksichtigung der Anträge der Beteiligten nicht veranlaßt (Verbot der *reformatio in peius*).

Hingegen sind die vom Kläger zu erbringenden Natural- und Sachleistungen als wiederkehrende Leistungen dauernde Lasten i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1975, die in voller Höhe als Sonderausgaben abziehbar sind und beim Berechtigten Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen nach § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG darstellen.

Das gilt auch für die Sachleistung der Wohnungsüberlassung, deren jährlicher Nutzungswert ebenfalls als dauernde Last bei den Sonderausgaben abgezogen werden kann. Es handelt sich im Bereich der Land- und Forstwirtschaft bei der Einräumung des dinglichen Wohnungsrechtes nicht um eine einmalige Vermögenszuwendung, wovon z. B. das BFH-Urteil vom 6.7.1966 (BFHE 86, 650, BStBl III 1966, 650) im privaten Bereich ausgegangen ist, sondern um eine dauernde Überlassung der Nutzung eigenen Betriebsvermögens durch den Betriebsinhaber und Altenteilsverpflichteten. Davon geht auch die Finanzverwaltung — allerdings nur bei obligatorischen Nutzungsrechten — aus (vgl. die angeführte Verfügung der OFD Koblenz vom 17.12.1976, STEK, § 13 EStG Nr. 267).

Bei Landwirten mit Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen (§ 13 a EStG) gebietet es jedoch — entgegen der Meinung des Finanzgerichts — der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und damit auch der Gerechtigkeit, daß der als Sonderausgabe abziehbare Nutzungswert — wie bei den Landwirten, die ihren tatsächlichen Gewinn versteuern — nicht höher ist als der bei den Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft als Teil des land- und forstwirtschaftlichen Gewinns angesetzte korrespondierende Nutzungswert der Altenteilerwohnung; das ist also ein Bruchteil von einem Achtzehntel des im Einheitswert des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes besonders ausgewiesenen Wohnungswertes (im Streitfall sind das für die Wohnung der Mutter und des Bruders 61,76 v. H. von 236 DM). Auch der Rechtsgedanke, der der Bestimmung zugrunde liegt, daß nur die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten als Sonderausgaben abzugsfähig sind, die nicht mit Einkünften im wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, muß bei dauernden Lasten, die mit Einkünften aus einer Nutzung im Zusammenhang stehen, die nur mit einem minimalen Pauschbetrag der Einkommensbesteuerung unterliegen, entsprechend dazu führen, daß die Überlassung dieser Nutzung als dauernde Last bei den Sonderausgaben nicht höher bewertet werden kann als mit diesem Pauschbetrag. Der Ansatz des tatsächlichen Wertes der überlassenen Wohnungsnutzung als Sonderausgabe würde für die Landwirte mit Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen durch die Diskrepanz zwischen Gewinnansatz des Nutzungswertes und seinem Sonderausgabenansatz eine zusätzliche Vergünstigung darstellen, die nicht vertretbar wäre.

Damit erweist sich auch die Anschlußrevision der Kläger als unbegründet, für die Wohnungsüberlassung statt des vom Finanzgericht anerkannten Betrages von 918 DM vom tatsächlichen Aufwand für die Wohnung im Streitjahr 53,49 v. H. = 8 295 DM als dauernde Last anzuerkennen.

Keine als Sonderausgaben abzugsfähigen dauernden Lasten stellen die vom Kläger zu erbringenden Dienstleistungen für die Mutter dar. Die Dienstleistungen fallen nach herrschender Meinung nicht unter die dauernden Lasten, da sie keine Aufwendungen i. S. der §§ 9, 10 EStG darstellen (vgl. *Jansen/Wrede*, Renten, Raten, dauernde Lasten, 7. Aufl., 1980 S. 58).

Soweit das Finanzgericht die im obigen Betrag von 16 432 DM enthaltenen Schuldzinsen von 1 369 DM (1 369 DM ./ 114 DM = 1 255 DM) nach § 13 a Abs. 2 Satz 2 EStG 1975 in tatsächlicher Höhe als Betriebsausgaben anerkannt hat, bestehen dagegen keine Bedenken.

22. UStG 1967 § 15 Abs. 1 Nr. 1 (Zum Vorsteuerabzug für Pkw eines Sozietätsmitglieds)

1. Erwirbt ein Rechtsanwalt, der einer Anwaltssozietät angehört, einen Pkw zu Eigentum, so kann die Anwaltssozietät die dem Rechtsanwalt als Käufer gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer bei sich nicht als abzugsfähige Vorsteuer i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 behandeln.

2. Werden die Unterhaltungskosten des Pkw zunächst vom Rechtsanwalt getragen und danach in Höhe des betrieblichen Anteils als Sonderbetriebsausgaben bei der Gewinnfeststellung berücksichtigt, kann die hierauf entfallende (und dem Rechtsanwalt gesondert in Rechnung gestellte) Umsatzsteuer ebenfalls nicht von der Anwaltssozietät als abzugsfähige Vorsteuer i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 behandelt werden.

BFH, Urteil vom 26.1.1984 — V R 65/76 — BStBl 1984 II 231

Aus dem Tatbestand:

Klägerin ist eine Anwaltssozietät, zu der sich die Rechtsanwälte und Notare W. und A. zusammengeschlossen haben. In das Jahr 1969 fiel der Ankauf eines Pkw durch den Rechtsanwalt A. Dieser setzte in diesem und im Folgejahr 1970 den in seinem Eigentum stehenden Pkw im erforderlichen Umfang im Rahmen seiner Tätigkeit als Mitglied der Sozietät ein. Sowohl der Kaufpreis als auch die für den Betrieb des Pkw erforderlichen Mittel wurden von ihm getragen.

Die Klägerin hat diesen Sachverhalt in den für die Jahre 1969 und 1970 abgegebenen Umsatzsteuererklärungen als einen Leistungsbezug für ihr Unternehmen behandelt. Demgemäß hat sie die auf den Anschaffungsvorgang des Rechtsanwalts A. entfallende und diesem gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer bei sich als abzugsfähige Vorsteuer i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 behandelt und damit korrespondierend einen Selbstverbrauch i.S. des § 30 UStG 1967 angenommen. Im Umfang der privaten Nutzung des Pkw durch Rechtsanwalt A. hat sie einen Eigenverbrauchsvorgang i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b UStG 1967 der Besteuerung unterworfen. Soweit Rechtsanwalt A. den Pkw unternehmerisch im Bereich des Sozietätsgeschäfts eingesetzt hat, sind die hierdurch bei ihm entstandenen Kosten einkommensteuerrechtlich als Sonderbetriebsausgaben behandelt worden. Die hierauf entfallende Umsatzsteuer ist von der Klägerin als abzugsfähige Vorsteuer beurteilt worden.

Die hiervon abweichende Steuerfestsetzung des Finanzamts für die Jahre 1969 und 1970 geht davon aus, daß der von Rechtsanwalt A. käuflich erworbene Pkw nicht für das Unternehmen der Sozietät angeschafft worden ist. Dementsprechend verneinte das Finanzamt die Steuerpflicht bezüglich Eigenverbrauch und Selbstverbrauchsteuer. Ferner hielt es die aus Anschaffung und Nutzung des Pkw angefallene Umsatzsteuer nicht für nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 abzugsfähig. Der Einspruch der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der Klage begehrt die Klägerin eine abweichende Festsetzung der Umsatzsteuer 1969 und 1970, und zwar unter Berücksichtigung der Vorsteuer, die auf Anschaffung und Nutzung des von Rechtsanwalt A. erworbenen Pkw ruht.

Das Finanzgericht hat die Klage abgewiesen (EFG 1976, 425). Mit der hiergegen gerichteten Revision wiederholt die Klägerin im wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

1. Neben anderen Voraussetzungen erfordert die Berechtigung zum Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967, daß die steuerpflichtigen Leistungen an einen Unternehmer erbracht werden. Die Unternehmereigenschaft einer Anwaltssozietät als einem nach außen auftretenden Zusammenschluß zweier oder mehrerer Rechtsanwälte zu gemeinschaftlicher Berufsausübung steht außer Frage und entspricht allgemeiner Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung (vgl. bereits RFH-Urteil vom 13.2.1931, RFHE 28, 99, RStBl 1931, 470; zuletzt BFH-Urteil vom 27.8.1970, BFHE 100, 146, BStBl II 1970, 833). Die Klägerin ist demgemäß als Unternehmer i.S. des § 2 Abs. 1 UStG 1967 zu beurteilen und erfüllt damit diese von § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 geforderte Voraussetzung.

2. Weitere Voraussetzung für die Vorsteuerabzugsberechtigung nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967 auf der Leistungsbezugsseite ist, daß der Unternehmer die ihm von anderen Unternehmern erbrachte Leistung für sein Unternehmen bezogen hat und ihm dementsprechend die auf die (steuerpflichtige) Leistung entfallende Umsatzsteuer gesondert in Rechnung gestellt worden ist. Dies ist bezüglich des im Jahre 1969 durch den Rechtsanwalt A. getätigten Kaufs eines Pkw zu verneinen. Nicht die Klägerin (als Anwaltssozietät), sondern Rechtsanwalt A. ist als Käufer des Pkw aufgetreten. Der Pkw wurde ihm übereignet und verblieb in seinem Eigentum. In Vollzug des Kaufvertrages hat der Verkäufer nicht der Klägerin, sondern dem Rechtsanwalt A. die auf die entgeltliche Pkw-Lieferung entfallende Umsatzsteuer gesondert in Rechnung gestellt.

3. Die Klägerin trägt demgegenüber sinngemäß vor, bei Personenzusammenschlüssen, die zwar umsatzsteuerrechtlich, aber nicht zivilrechtlich als Rechtssubjekt beurteilt würden, sei jeder der am Personenzusammenschluß Beteiligten selbst Unternehmer. Seine Anschaffungen müßten jedenfalls insoweit, wie sie im wirtschaftlichen Ergebnis für die unternehmerische Betätigung des (zivilrechtlich nicht-rechtsfähigen) Personenzusammenschlusses bestimmt seien, als Anschaffungen des umsatzsteuerrechtlich als selbständiges Rechtssubjekt anerkannten Personenzusammenschlusses behandelt werden. Bei der Einkommensteuer würden auch Aufwendungen eines Gesellschafters, die im vorgezeichneten Rahmen für den Zusammenschluß getätigt würden, als Sonderbetriebsausgaben im Rahmen der einheitlichen Gewinnfeststellung berücksichtigt. Dem hier sichtbar werdenden Rechtsgedanken müsse auch bei der Umsatzsteuer Rechnung getragen werden.

Dieser Auffassung kann in Übereinstimmung mit dem Finanzgericht nicht gefolgt werden. Der vom Finanzgericht gegebenen Begründung, daß umsatzsteuerrechtlich streng zwischen der Personenvereinigung und ihren Mitgliedern geschieden werden müsse und bei Sonderbetriebsausgaben eine Vorsteuerabzugsberechtigung der Personenvereinigung nur dann entstehe, wenn sie Leistungsempfänger unter gesonderter Inrechnungstellung der Umsatzsteuer sei, ist das Folgende hinzuzufügen:

Der Zusammenschluß von Rechtsanwälten zu gemeinschaftlicher Berufsausübung in einer Sozietät ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH die vertragliche Be-

gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts i.S. der §§ 705 ff. BGB, bei der sich die Beteiligten gegenseitig verpflichten, anwaltlich tätig zu sein, für die GbR Einkünfte zu erwerben und den Ertrag zu teilen (vgl. für das Außenverhältnis BGH-Urteil vom 6.7.1971, BGHZ 56, 355, und für das Innenverhältnis BGH-Urteil vom 27.9.1971, NJW 1972, 101).

Die Beitragspflicht der Gesellschafter (§§ 705, 706 BGB) besteht (bei Fehlen anderweitiger Abreden) im wesentlichen im Einsatz ihrer Arbeitskraft. Der Betrieb einer Anwaltskanzlei setzt aber die Vorhaltung anderer Arbeitskraft (Büropersonal) sowie sächlicher Mittel voraus (so neben Büromaschinen in der Regel auch einen Pkw.) Diesen Erfordernissen kann im Rahmen der Beitragspflicht (also abgesehen vom Erwerb durch die Geschäftsführung der Gesellschaft; § 718 BGB) in verschiedener Weise genügt werden. In Erfüllung der Beitragspflicht kann der Gesellschafter gehalten sein, bestimmte Gegenstände zu Eigentum der Gesellschaft einzubringen. Dieser Fall liegt bezüglich des von Rechtsanwalt A. erworbenen Pkws nicht vor.

Eine weitere Art der Einbringung stellt die Gebrauchsüberlassung durch den Gesellschafter dar. Hier soll der Gesellschaft nicht die Substanz der Sache zugewendet, sondern nur deren Gebrauch ermöglicht werden, wobei der Umfang der Nutzungsbefugnis (der Gesellschaft) durch den Gesellschaftszweck begrenzt wird (vgl. *Ulmer* in MünchKomm. zum BGB, § 706 Rdnr. 10; *Schulze-Wenck* in *Erman*, BGB 7. Aufl., § 706 Rdnr. 7). In dieser Weise ist Rechtsanwalt A. mit dem von ihm erworbenen Pkw verfahren, denn er hat ihn der Sozietät in dem Rahmen zur Verfügung gestellt, wie dies die betrieblichen Zwecke der Sozietät erforderten. Belegt wird diese Wertung dadurch, daß Rechtsanwalt A. die auf die betriebliche Nutzung entfallenden Aufwendungen festgehalten und als Sonderbetriebsausgaben bei der Gewinnermittlung berücksichtigt hat.

4. Es kann der Klägerin allerdings nicht darin zugestimmt werden, daß die ertragsteuerliche Behandlung der Sonderbetriebsausgaben für eine Berücksichtigung der mit ihnen angefallenen Umsatzsteuern als abziehbare Vorsteuerbeträge bei der Gesellschaft spräche. Sonderbetriebsausgaben sind nicht Aufwand der Gesellschaft selbst. Sie sind vielmehr Aufwendungen des einzelnen Gesellschafters, die

durch seine Beteiligung an der Gesellschaft ausgelöst werden und die die Einkünfte des Gesellschafters mindern. Es handelt sich bei ihnen um persönliche Aufwendungen des Gesellschafters, die unmittelbar das Ergebnis der Gesellschaft nicht berühren, sondern in eine Sonderbilanz des Gesellschafters eingehen.

Für die Umsatzsteuer ist an dieser Behandlung von Bedeutung, daß es sich bei den Sonderbetriebsausgaben um persönlichen Aufwand des Gesellschafters handelt; hieran ändert ihre spätere Berücksichtigung bei der Gewinnermittlung der Gesellschaft nichts. Die Sonderbetriebsausgaben verlieren dadurch ihren Charakter als persönlicher Aufwand auf das Sonderbetriebsvermögen nicht. Es liegt kein betrieblicher Aufwand der Gesellschaft vor, den sie selbst ausgelöst hat. Bei dieser Sachlage kann aus der ertragsteuerlichen Behandlung nicht abgeleitet werden, umsatzsteuerrechtlich müsse der Leistungsbezug des Gesellschafters als solcher der Gesellschaft behandelt werden.

5. Der Beitrag eines Gesellschafters durch Gebrauchsüberlassung ist auch kein zum Vorsteuerabzug führender Leistungsbezug der Gesellschaft, sondern ist aus der Sicht des Beitragspflichtigen ein auf Leistungsvereinigung gerichteter Vorgang (vgl. zuletzt BFH-Urteil vom 17.7.1980, BFHE 131, 114, BStBl II 1980, 622). Derartige nichtsteuerbare Vorgänge sind auf seiten des Leistungsempfängers (der Personenvereinigung) kein Leistungsbezug i.S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG 1967. Auch eine Vorsteuerabzugsberechtigung des Gesellschafters könnte hier nur entstehen, wenn ein Unternehmer seine Beteiligung im Rahmen seiner unternehmerischen Betätigung hielt. Da dies nach dem Berufsrecht für Rechtsanwälte schlechthin nicht vorstellbar ist, eröffnet sich der Zugang zum Vorsteuerabzug nur bei der Sozietät und hier bezüglich des Erwerbs eines unternehmerisch genutzten Gegenstandes (bzw. einer sonstigen Leistung) nur durch einen Erwerbsvorgang im Rahmen der Geschäftsführung der Gesellschaft nach § 718 BGB (zur gesamten Hand). Wollen Rechtsanwälte aus Erwägungen, die sie für zweckmäßig halten, Eigentum und Verfügungsbefugnis über einen teils privat, teils unternehmerisch genutzten Gegenstand nicht aus der Hand geben, müssen die dargestellten nachteiligen Folgen für den Vorsteuerabzug hingenommen werden.

IV.

Hinweise für die Praxis

1. Makler- und Bauträgerverordnung;

hier: Kombination der Sicherungsmaßnahmen nach § 3 und § 7 MaBV

Gemäß § 16 Abs. 1 MaBV haben sich Gewerbetreibende i.S. des § 34 c Abs. 1 GewO auf die Einhaltung der sich aus den §§ 2 bis 14 MaBV ergebenden Verpflichtungen prüfen zu lassen.

Bei solchen Prüfungen ist beanstandet worden, daß in Bauträgerverträgen vereinbart worden war, daß die „nach vollständiger Fertigstellung“ fällige (letzte) Kaufpreisrate vom Käufer zusammen mit der „nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe“ fälligen (vorletzten) Kaufpreisrate zur Zahlung fällig ist, vorausgesetzt, der Bauträger übergibt dem Käufer gleichzeitig eine Bürgschaft, mit welcher die Erfüllung der vollständigen Fertigstellung (nicht nur die Vorauszahlung in Höhe von 3,5% des Kaufpreises = letzte Rate!) gesichert wird.

Das Landratsamt als Gewerbeaufsicht hat daraufhin dem Bauträger die Einleitung eines Bußgeldverfahrens angedroht, wenn weiterhin Verträge mit solchen Klauseln abgeschlossen werden. Nun wandte sich der Bauträger vorwurfsvoll an den Notar, der diese Vereinbarung beurkundet hatte, ohne auf die Unzulässigkeit hingewiesen zu haben. Der Notar berief sich auf diesbezügliche positive Äußerungen im Schrifttum, die jedoch vom Landratsamt nicht anerkannt wurden. Die Landesnotarkammer Bayern, die den Notar unterstützen wollte, hat die umstrittene Regelung dem Verordnungsgeber zur Stellungnahme vorgelegt. Der Bundesminister für Wirtschaft hat in seinem Antwortschreiben vom 5.5.1983 folgende Auffassung vertreten:

„Bauträger, die ihren Auftraggebern Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen haben, können deren Abschlagszahlungen entweder nach § 3 oder nach § 7 MaBV absichern.

Schon vor Jahren ist Einvernehmen erzielt worden, daß eine Vermischung beider Sicherungsarten, z. B. in der Weise, daß zwar § 3 Abs. 1 eingehalten, jedoch von den Höchstbeträgen des § 3 Abs. 2 abgewichen und die Differenz durch eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 abgesichert werden soll, unzulässig ist, da § 7 Abs. 1 die Absicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers vorschreibt. Zu unterscheiden hiervon ist der Wechsel von einer Sicherungsart zur anderen. Mit ihm hat sich das AG Bremen in seinem Urteil vom 6. Februar 1981 (GewA 82, 58) auseinandergesetzt. Ich halte ihn für zulässig.

Ein Grenzfall liegt vor, wenn ein Vertrag zunächst nach § 3 abgewickelt, jedoch kurz vor Bezugsfertigkeit des Vertragsgegenstandes auf § 7 umgestellt werden soll, um zu Gunsten des Gewerbetreibenden die Fälligkeit der letzten Rate auf den Zeitpunkt vor vollständiger Fertigstellung vorzulegen. Zugrunde liegt hier die Überlegung, daß die letzte Rate, sofern der Vertrag nach § 3 abgewickelt wird, erst nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens fällig wäre, während die Sicherungspflicht des Gewerbetreibenden nach § 7 Abs. 1 Satz 3 schon mit der Bezugsfertigkeit des Vertragsobjektes endet. Ein Wechsel der Sicherungsart kann daher bei einer derartigen Vertragsgestaltung überhaupt nicht mehr stattfinden, die Abrede ist m. E. als unzulässige Umgehung des § 3 zu werten.

Für den von Ihnen geschilderten Sachverhalt möchte ich folgende Schlußfolgerungen ziehen:

1. Sofern die von Ihnen erwähnte Bürgschaft, mit welcher die Erfüllung der vollständigen Fertigstellung gesichert werden soll, umfassend i. S. des § 7 Abs. 1 Satz 1 ist, also nicht nur den Betrag der letzten Rate abdeckt, und darüber hinaus den in Satz 3 vorgesehenen Endtermin auf freiwilliger Basis hinausschiebt, dürfte ein zulässiger Wechsel der Sicherungsarten im obigen Sinne vorliegen. Ich habe allerdings Zweifel, ob eine derartige Vertragsgestaltung tatsächlich üblich ist, da sie die Vertragspartner wegen der Verpflichtung, die gesamte Vertragssumme abzusichern, mit erheblichen Kosten belastet.
2. Eine unzulässige Vermischung läge dagegen vor, wenn lediglich für den Betrag der letzten Rate eine Bürgschaft geleistet würde. Wenn auch diese Schlußfolgerung unbillig erscheint, so muß man sich doch vor Augen halten, daß der Bau auch in einem derart fortgeschrittenen Stadium noch „steckenbleiben“ kann, so daß dem Auftraggeber daran gelegen ist, seine Mittel in vollem Umfang zurückzuerhalten. Im übrigen hätte die Billigung dieser Konstruktion präjudizielle Wirkung für die vorangehenden Raten.
3. Als unzulässige Umgehung des § 3 wäre es m. E. endlich nach den obigen Ausführungen zu werten, wenn die Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 — entgegen dem von Ihnen geschilderten Sachverhalt — nicht auf die vollständige Fertigstellung des Bauvorhabens, sondern, wie es in § 7 Abs. 2 Satz 3 vorgesehen, auf die Bezugsfertigkeit abstellt.“

Anmerkung der Schriftleitung:

Vergleiche hierzu auch: *Marcks*, „*Makler- und Bauträgerverordnung*“, 3. Aufl. 1983, S. 60 f., sowie *Sche/ter* in seiner Anmerkung zu OLG Nürnberg, *MittBayNot* 1983, 213, 216 f.

2. Einkommensteuer;

hier: Anwendung des § 21 a EStG bei Miteigentumsanteilen an Gebäuden

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 20.2.1984 — Az.: 31 b — S 2254 — 19/26 — 13 048 — sowie der OFD München vom 2.4.1984 — Az.: S 2254 — 19/3 St 21 —

Im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den obersten Finanzbehörden der anderen Länder nehme ich zu Fragen der Anwendung des § 21 a EStG bei Miteigentumsanteilen an einem Gebäude wie folgt Stellung:

Der erweiterte Schuldzinsenabzug nach § 21 a Abs. 4 EStG bezieht sich nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift auf das ganze Haus. In den Fällen des Miteigentums an einem Haus können deshalb gezahlte Schuldzinsen über den anteiligen Grundbetrag hinaus nur bis zur Höhe des dem Miteigentumsanteil entsprechenden Teils von 10.000 DM abgezogen werden.

Bei der Nutzung eines Hauses durch einen oder mehrere Miteigentümer des Hauses zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken ist § 21 a EStG bei allen Miteigentümern anzuwenden, wenn der zu diesen Zwecken genutzte Teil des Hauses weniger als 33 1/3 vom Hundert der gesamten Nutzfläche des Hauses beträgt (§ 21 a Abs. 1 Satz 3 EStG).

§ 21 a EStG ist auch anzuwenden, wenn das selbstgenutzte Haus im Miteigentum mehrerer Steuerpflichtiger steht (Abschn. 164 b Abs. 18 EStR). Da bei dem Erwerb eines Anteils an einem Haus (Miteigentum) der Anteil am Haus dem Haus gleichsteht, ist somit auf einen nach dem 29. Juli 1981 — außer im Fall des § 21 a Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 EStG — erworbenen Miteigentumsanteil an einem selbstgenutzten Haus § 21 a Abs. 1 Satz 2 EStG anzuwenden.

Dieses Schreiben entspricht dem Schreiben des Bundesministers der Finanzen gleichen Datums IV B 1 — S 2254 — 10/84, das im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht wird.

3. Gesellschaftsteuer;

hier: Übertragung aller Kommanditanteile auf die Komplementärin einer GmbH & Co KG

Zum FMS vom 14.1.1980 — Az.: 37 — S 5105 — 8/19 — 87 236/79*

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 9.2.1984 — Az.: 37 — S 5110 — 6/38 — 6564 — sowie der OFD München vom 16.2.1984 — Az.: S 5105 — 6/5 St 334 —

Nach dem Bezugsschreiben ist der ermäßigte Steuersatz gem. § 9 Abs. 2 Nr. 3 KVStG bei der Übertragung aller Kommanditanteile auf die Komplementärin einer GmbH & Co. KG beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur anzuwenden, wenn die Komplementärin vermögensmäßig an der KG nicht beteiligt ist. Diese Rechtsauffassung kann nicht mehr aufrecht erhalten werden. Der BFH hat in dem nach Rücknahme des Antrages auf mündliche Verhandlung als Urteil wirkenden Vorbescheid vom 9.3.1983 II R 142/82 ausgeführt, daß infolge der Übertragung der Kommanditanteile das gesamte Vermögen der KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Komplementärin übergehe. Auch diese Anwachsung sei ein „Übertragen“ im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 3 KVStG. Er hat daher entschieden, daß die Steuerermäßigung nach § 9 Abs. 2 Nr. 3 KVStG in diesen Fällen auch zu gewähren ist, wenn die Komplementär-GmbH am Vermögen der KG beteiligt ist.

* *MittBayNot* 1980, 92.

V. Standesnachrichten

A. Personaländerungen

1. Verstorben:

Hans Herrmann, Notar a.D., Justizrat, Edenkoben
gest. am 28.3.1984

Dr. Adolf Gerard, Notar a.D., Speyer
gest. am 5.4.1984

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung ab 1.7.1984:
Notar Richard Rothmeyer, Erding

Mit Wirkung ab 1.7.1984:
Notar Heinz Meisch, Fürstenfeldbruck

Mit Wirkung ab 1.10.1984:
Notar Rudolf Ganse, Lichtenfels

Mit Wirkung ab 1.8.1984:
Notar Dr. Friedrich Schoetensack, Bad Tölz

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.1984:
Neuburg a.d. Donau dem Notar Udo Leitenstern,
bisher in Zusmarshausen

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.5.1984:
Gerhard Regel, Landstuhl (Notarstelle Herb)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Heinrich Kreuzer, Landsberg a. Lech (Notarstelle Dr. Walter) ab 26.3.1984 in München (Notarstelle Dr. Eschrich)

Notarassessor Lothar Walter Lederer, Aichach (Notarstelle Diez) ab 1.3.1984 in Rosenheim (Notarstelle Krause)

Notarassessorin Ingrid Siller, Garmisch-Partenkirchen (Notarstelle Dr. Schwarz) ab 26.3.1984 in München (Notarstelle Dr. Gantzer)

Notarassessor Dr. Rüdiger Behmer, Landshut (Notarstelle Dr. Ring) ab 1.4.1984 in München (Notarstelle Dr. Lichtenberger)

Notarassessorin Ingeborg Ritz, Passau (Notarstelle Dr. Keilbach) ab 1.5.1984 in Landshut (Notarstelle Dr. Ring)
Notarassessor Dr. Ottmar Fleischer, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Bengel) wurde mit Wirkung vom 2.3.1984 promoviert.

Notarassessorin Maria Thurnreiter, Bayreuth, führt nach Verehelichung nunmehr den Namen „Lauckner“.

Oberamtsrat i.N. Alois Uhl, Schongau (Notarstellen Ohr/Dr. Senft) ist mit Wirkung vom 1.4.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Amtsärztin i.N. Margot Pietzsch, Augsburg (Notarstelle Hofmiller) ist mit Wirkung vom 1.4.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Oberamtsrätin i.N. Brunhilde Czisch, Lauf/Pegnitz (Notarstelle Dr. Lindner) ist mit Wirkung vom 1.4.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Amtmann i.N. Robert Mock, Münnerstadt (Notarstelle Elstner) ist mit Wirkung vom 1.4.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Oberamtsrat i.N. Hans Hafner, Bad Reichenhall (Notarstelle Dr. Dauberschmidt) ist mit Wirkung vom 1.5.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Amtmann i.N. Therese Auer, Mühldorf (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier) ist mit Wirkung vom 1.5.1984 in den Ruhestand versetzt worden.

Oberamtsrat i.N. Rolf Forkel, Coburg (Notarstellen Dr. Gerstner/Dr. Kirchner) ist mit Wirkung vom 1.5.1984 beurlaubt worden.

Oberinspektor i.N. Hans Daffner, Regensburg (Notarstelle Kreuzer) ist mit Wirkung vom 1.5.1984 beurlaubt worden.

Oberinspektor i.N. Ernst Eichl, Vohenstrauß (Notarstelle Dr. Kutter) ist mit Wirkung vom 1.5.1984 beurlaubt worden.

Inspektor i.N. Johann Aicher, Rosenheim (Notarstellen Krause/Schiebel) ab 1.5.1984 in Hengersberg (Notarstelle Freiherr von Oefele)

6. Neuübernahmen als Inspektor i.N.

Zum 1.4.1984:

Ulrike Huber, Rotthalmünster (Notarstellen Dr. Schmidt/Meier-Kraut)

Günter Zellmer, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Eiswirth/Pfeiffer)

Herta Holzmann, Simbach a. Inn (Notarstelle Dr. Lemberger)

Günther Schiedermeier, Mitterfels (Notarstelle Döbereiner)

Ursula Scharf, geb. Dodel, Erlangen (Notarstellen Hartmann/Dr. Kamlah)

Gertrud Braunmüller, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Gruner)

Cornelia Glockner, Lauf a.d. Pegnitz (Notarstelle Dr. Lindner)

Josef Simeth, Neukirchen b. Hl. Blut (Notarstelle Kling)

Johann Aicher, Rosenheim (Notarstellen Krause/Schiebel)

Theresia Reinbrecht, geb. Maier, München (Notarstellen Dr. Thalhofer/Jungsberger)

Rüdiger Seifarth, München (Notarstellen Dr. Cieslar/Dr. Reiß)

B.

Stellenausschreibung

Nachstehend aufgeführte Notare haben um die Ausschreibung offener Regelstellen gebeten:

Füger/Hartmann	Augsburg
Hofmiller	Augsburg
Dr. Korschan/Dr. Jerschke	Augsburg
Dr. Weigel/Laue	Augsburg
Dauberschmidt	Bad Reichenhall