

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

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

Heft 2

MittBayNot

März/April 1990

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

Wirksame und unwirksame Vereinbarungen über Erschließungs- und Ausbaubeiträge und sonstige kommunale Abgaben

Aktuelle Probleme in der Rechtsprechung*

von *Franz Guttenberger*, Richter am Verwaltungsgericht Regensburg

A.

Die folgenden Ausführungen stehen im Kontext mit den Vorschriften des Baugesetzbuches (BauGB) über die Erhebung und Ablösung von Erschließungsbeiträgen für die erstmalige Herstellung von Erschließungsstraßen (§§ 127 ff BauGB) und mit den Vorschriften des Bayer. Kommunalabgabengesetzes (BayKAG), welches die Möglichkeit der Erhebung von Beiträgen für den Ausbau vorhandener Erschließungsstraßen und für die Herstellung leitungsgebundener Einrichtungen (Kanal, Wasser) bietet (Art. 5 BayKAG). Der Inhalt beschränkt sich in letzterer Hinsicht nicht ausschließlich auf bayerische Verhältnisse, da die Bundesländer in Grundzügen ähnliche Kommunalabgabengesetze erlassen haben.

Daß das in seinem Anwendungsbereich bereits schwierige Beitragsrecht durch Abweichungen von gesetzlichen und satzungsmäßigen Regelungen noch zusätzlich kompliziert wird, ist vorwiegend auf die vermeintlich gebotene Rücksichtnahme von Gemeinden auf spezielle Interessen einzelner Bürger zurückzuführen. Die gemeindliche Praxis des Verzichts auf durch Bescheide festsetzbare kommunale Abgaben ist durch vielerlei Motivationen bestimmt. So verzichten einmal die kommunalen Verwaltungen auf die Erhebung

von Beiträgen für neuerschlossenes Bauland, um von ansiedlungswilligen Gewerbebetrieben — mit der entsprechenden Anzahl von Arbeitsplätzen — den Zuschlag zu bekommen¹, zum anderen werden oft „günstige“ Ablösungsvereinbarungen getroffen, um insbesondere im Umkreis von Großstädten der eigenen Gemeinde den notwendigen Einwohnerzuwachs (durch billiges Bauland) zu sichern². Schließlich will der Bürgermeister einer Gemeinde oft auch nicht den stets unpopulären und mitunter auch langwierigen Weg³ der Enteignung oder Zwangsbelastung von Grundstücken für Erschließungsanlagen gehen. Er verzichtet vielmehr großzügig auf künftige Beiträge und erreicht somit mehr oder weniger problemlos die notwendige Straßengrundabtretung⁴. Daß mitunter auch das Bestreben nach kalkulierbaren betrieblichen Investitionskosten (und damit einhergehenden Ablösungsvereinbarungen) einen „seriösen“ Hintergrund für eine vom Ortsrecht (Erschließungsbeitragssatzung, Kanalherstellungsbeitragssatzung, Rohrnetz-kostenbeitragssatzung) abweichende Abgabenvereinbarung bildet, verringert die zahlreichen Rechtsfragen nicht, die mit der Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens im Zusammenhang stehen.

Diese Probleme im ersten Angriff und kurzfristig zu bewältigen, ist Aufgabe der Notare, die im Rahmen von Grundübereignungen auch einen Beitragsverzicht oder eine Ablösungsvereinbarung zu beurkunden haben, wobei derartige

* Um den im öffentlichen Recht weniger geübten Praktikern den Zugang zu den zitierten Fundstellen zu erleichtern, seien die nachfolgend verwendeten Abkürzungen erklärt:

BayGT: Bayerischer Gemeindetag

BayVBl.: Bayerische Verwaltungsblätter

Buchholz: Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Buchholz

DÖV: Die öffentliche Verwaltung

DVBl.: Deutsches Verwaltungsblatt

KStZ: Kommunale Steuer-Zeitschrift

NVwZ: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

UPR: Umwelt- und Planungsrecht

VwRspr.: Verwaltungsrechtsprechung

ZfBR: Zeitschrift für Baurecht

¹ Dieser Sachverhalt liegt der Entscheidung des BVerwG v. 31.1.1969, Buchholz 406:11, § 127 BBauG Nr. 6 zugrunde.

² Dieser Sachverhalt liegt der Entscheidung des BayVG v. 17.2.1983, BayGT 1983, 178 zugrunde.

³ Dabei bleibt unberücksichtigt, daß auch erheblich über dem Verkehrswert liegende Kaufpreise für Straßengrundstücke im Rahmen der „Erforderlichkeit“ von der Rechtsprechung noch akzeptiert werden, vgl. hierzu Guttenberger „Straßengrunderwerb und Erschließungsbeitrag“, BayVBl. 1988, 102.

⁴ Dieser Sachverhalt liegt der Entscheidung des BVerwG v. 18.11.1977, VwRspr. Bd. 29, 963 (= DÖV 1978, 611) zugrunde.

Zusätze oft entscheidenden Einfluß auf die Abtretungs-
bereitschaft und auf den Kaufpreis haben. Im anschließenden
Verwaltungsverfahren kommt es dann immer wieder vor, daß
sich Gemeinden auf die (angebliche) Nichtigkeit derartiger
zurückliegender Zusatzvereinbarungen berufen und gegen
ihre Vertragspartner die gesetzlich angefallenen Beiträge
festsetzen. Die folgenden Ausführungen befassen sich mit
Rechtsproblemen, die im Zusammenhang mit der notariellen
Beurkundung von Beitragsverzicht und Ablösungsverein-
barungen stehen. Anhand der nachfolgenden, beispielhaft
dargetanen notariellen Beurkundungsvorschläge, die in den
letzten Jahren Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen
waren, soll das „gefährliche Terrain“ der Ablösungsverein-
barung und des Beitragsverzichts aufgezeigt werden.

I. Ablösungsvereinbarungen

Fall 1: Ablösung der Erschließungskosten durch höheren
Grundstückskaufpreis aufgrund von generellen Ablösungs-
bestimmungen

Der Kläger, ein Kfz-Meister, erwarb von der Gemeinde ein im
„Industriepark-Nord“ — rechtsverbindlicher Bebauungsplan —
gelegenes, 4.000 qm großes Grundstück zu einem Preis von
11,— DM/qm. Im notariellen Kaufvertrag vom 20.7.1976 ist u. a. fol-
gendes beurkundet:

„XI.

Ergänzung zu Ziff. III.

Mit dem unten vereinbarten Kaufpreis sind die Straßenerschlie-
bungskosten im Sinne des Bundesbaugesetzes für die Erwerbs-
fläche abgegolten. Der Käufer hat also solche an die Verkäuferin
nicht mehr zu leisten.“

Bereits 1972 hatte der Gemeinderat die Verwaltung ermächtigt, im
Gebiet des Industrieparks Ablösungsvereinbarungen abzuschließen.
Wegen größtenteils in Aussicht gestellter staatlicher Zuwendungen
sollten die noch offenen Erschließungskosten mit 1,— DM/qm in
Ansatz gebracht werden.

Die Erschließungsmaßnahme wurde erst in den 80er Jahren in An-
griff genommen. Mit Bescheid vom 14.9.1988 forderte die Gemeinde
vom Kläger einen Erschließungsbeitrag in Höhe von 23.396,91 DM.
Sie beruft sich — nachdem die erwarteten Zuschüsse ausblieben —
auf die Nichtigkeit der Ziffer XI. der notariellen Urkunde.

Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Kläger Klage⁵.

Fall 2: Teilweise Rückzahlung des ohne generelle Ablö-
sungsbestimmungen vereinbarten Ablösungsbetrages
wegen geringeren tatsächlichen Erschließungsbeitrages

Der Kläger beantragte im Mai 1972 eine Baugenehmigung. Die Stadt
wandte sich daraufhin an ihn wegen nunmehr „fälliger Vorausleistun-
gen auf den Erschließungsbeitrag“. Am 7.6.1972 schlossen die Betei-
ligten einen notariellen Vertrag, in dem sich der Kläger u. a. verpflichtete,
„statt der Vorausleistung den Vorausleistungsbetrag als
endgültige Ablösung des Erschließungsbeitrages zu erbringen“. Ablö-
sungsbestimmungen waren im Stadtgebiet nicht vorhanden.

Nachdem die Stadt 1977 die Erschließungsanlage gebaut und gegen-
über anderen Anliegern abgerechnet hatte, erwies sich, daß der
Erschließungsbeitrag niedriger als der Ablösungsbetrag gelegen
hätte. Der Kläger klagte auf Rückzahlung des Differenzbetrages⁶.

Fall 3: Grundabtretung und Bestellung einer Grunddienst-
barkeit zur Ablösung von Straßenausbaubeiträgen

Mit notarieller Urkunde vom 22.8.1973 hat der Kläger aus seinem
Grundstück Flächen für den Ausbau des Stadtplatzes abgetreten
und zwar 200 qm zu einem Preis von 30,— DM/qm. Für weitere 180 qm
räumte der Kläger der Stadt — kostenfrei — eine Grunddienstbarkeit
„zum öffentlichen Begehen und zur öffentlichen Benutzung“ ein. Ein
vorausgegangenes, den Beteiligten bekanntes Wertgutachten hatte
einen Preis von 88,— DM/qm für am Stadtplatz abzutretende Flächen
ermittelt. Unter Ziffer II 4 der notariellen Urkunde ist folgendes ver-
einbart worden:

⁵ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des VG Regensburg v.
17.2.1989, RN 3 S 88 1887 entnommen.

⁶ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des OVG Münster v.
19.2.1981, DVBl. 1981, 834 entnommen.

„II.

4. ... Die Stadt ... stellt die Eheleute B. von Erschließungskosten
für den Ausbau des Gehweges und der Parkplätze entlang des Grund-
stückes B. am Stadtplatz frei ...“

Mit Bescheid vom 28.1.1982 zog die Stadt den Kläger zu einem
Straßenausbaubeitrag in Höhe von 32.965,01 DM heran. Die Stadt
beruft sich auf die Unwirksamkeit des Beitragsverzichts. Nach erfolg-
losem Widerspruch erhob der Kläger Klage⁷.

Fall 4: Ablösungsvereinbarung zwischen Gemeinde und
Bauträger zugunsten der Käufer (Kanalherstellungsbeitrag)

Der Kläger erwarb sein Reihenhaus von einem Bauträger. Dieser
hatte mit der Gemeinde einen Erschließungsvertrag geschlossen mit
der Zusage, sämtliche Erschließungseinrichtungen zu erstellen und
der Gemeinde zu übertragen. Unter § 8 Abs. 1. der notariellen Urkunde
wurde folgendes vereinbart:

„... Mit der Kostenübernahme durch die Unternehmerin sind die
Erschließungsbeiträge und die Beiträge nach der Wasserabgabe-
und der Entwässerungssatzung abgegolten ...“

Die Gemeinde beruft sich auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung
und setzt mit Bescheid vom 4.12.1981 einen Entwässerungsbeitrag
in Höhe von 3.235,— DM gegenüber dem Kläger fest. Nach erfolg-
losem Widerspruch erhob der Kläger Klage⁸.

II. Verzicht auf Beiträge

Fall 5: Verzicht auf Herstellungsbeiträge (Kanal) gegenüber
einem Unternehmen „zum Erhalt von Arbeitsplätzen“

Der Kläger betreibt eine Holzwarenfabrik, die 1977 wesentlich erwei-
tert wurde. Am 23.12.1971 hatte der Marktgemeinderat beschlossen,
er sei „bereit, für die im Ortsteil S. neu zu errichtenden Betriebs-
gebäude des Klägers auf die einmaligen Kanalanschlußgebühren zu
verzichten“. Diese Entscheidung wurde damit begründet, daß der
Marktgemeinderat an der Erhaltung der Arbeitsplätze interessiert
sei. Der Marktgemeinderatsbeschluß wurde dem Kläger schriftlich
bekanntgegeben.

Mit Bescheiden vom 5.8.1975 forderte der Markt einen Kanalherstel-
lungsbeitrag von 1.632,04 DM und einen Ergänzungsbeitrag für Ent-
wässerungseinrichtungen von 21.338,35 DM. Der Markt beruft sich
auf die Nichtigkeit des Verzichts. Nach erfolglosem Widerspruch
erhob der Kläger Klage⁹.

Fall 6: Verzicht auf Erschließungsbeiträge nur gegenüber
einem von mehreren Grundstückskäufern

Die Klägerin, ein bundesweit tätiges Tiefbauunternehmen, siedelte
sich mit einer Vielzahl anderer Gewerbe- und Industriebetriebe im
neuerschlossenen, an die Bundesautobahn angrenzenden Gewerbe-
gebiet der Gemeinde H. an. Mit notarieller Urkunde vom 16.1.1979
erwarb die Klägerin von der Gemeinde das Bauland und vereinbarte
unter Ziffer XXII folgendes:

„XXII.

Es wird berichtet und ergänzt:

Nach Versicherung des Verkäufers wird der Kaufgrundbesitz durch
die angrenzende Kreisstraße ... erschlossen, bezüglich derer keine
Erschließungskosten anfallen. Nach Versicherung des Verkäufers
wird in dem östlich der Kreisstraße gelegenen Gebiet keine Erschlie-
bungsstraße errichtet, so daß der Käufer insoweit auch keine
Erschließungskosten zu zahlen hat ...“

Die Kreisstraße wurde kurz darauf abgestuft; die Gemeinde baute sie
zur Erschließungsanlage aus und forderte mit Bescheid vom
27.12.1983 einen Erschließungsbeitrag in Höhe von 88.774,36 DM. Sie
hält Ziffer XXII der notariellen Vereinbarung für unbeachtlich. Nach
erfolglosem Widerspruch erhob die Klägerin Klage¹⁰.

⁷ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des VG Regensburg v.
16.1.1985, RO 3 K 83 A.650 entnommen.

⁸ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des BayVG v. 24.10.1986,
BayVBl. 1987, 335 entnommen.

⁹ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des BayVG v. 18.8.1981,
Nr. 23 B-410/79 entnommen.

¹⁰ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des VG Regensburg v.
20.7.1988, RN 3 K 87 0179 entnommen.

Fall 7: Verzicht auf Erschließungsbeiträge zur Vermeidung eines Enteignungsverfahrens

Zur erstmaligen Herstellung einer Erschließungsanlage (Gartenstraße) versuchte die Stadt Ende der 50er Jahre Vorgartenland für die Erweiterung des provisorischen Weges zu erwerben. Nach über fünf Jahre sich hinziehender schwieriger Verhandlungen trat der Kläger mit notarieller Urkunde vom 8.4.1964 96 qm zu einem Preis von 1.000,— DM ab. „Mit diesem Kaufpreis sind alle Ansprüche des Verkäufers aus dem heutigen Vertrage abgegolten...“ Unter Buchstabe F der notariellen Urkunde ist folgendes zusätzlich vereinbart worden:

„F.

Durch die heutige freiwillige Grundstücksüberlassung ist der Verkäufer gleichzeitig von allen sonstigen Verpflichtungen gegenüber der Stadt... die ihm beim Ausbau der Straße obliegen würden, befreit, insbesondere ist damit ein etwaiger Erschließungsbeitrag nach dem Bundesbaugesetz schon heute abgegolten. Die Stadt verzichtet auf die Geltendmachung jeglicher weiterer Forderungen und Ansprüche aus diesem Anlaß...“

Die Stadt stellte die Gartenstraße 1980 her und forderte vom Kläger mit Bescheid vom 12.10.1982 einen Erschließungsbeitrag in Höhe von 10.127,36 DM. Die Stadt beruft sich auf die Nichtigkeit des Buchstaben F der notariellen Vereinbarung. Nach erfolglosem Widerspruch erhob der Kläger Klage¹¹.

B.

1. Der Rechtsweg bei Streitigkeiten aus Ablösungs- und Verzichtvereinbarungen.

1. Manchen mit dem Zivilrecht verbundenen Praktiker mag bei einem Studium der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 1.2.1980¹² ein „Unwohlsein“ befallen, wenn dort ausgeführt wird, daß zwar „Verträge nicht von ein- und derselben Rechtsqualität sein müßten; in ihnen können sich vielmehr privatrechtliche und öffentlichrechtliche Bestandteile mischen... Es widerspricht aber dem Wesen des Vertrages, (wenn) für die Durchsetzung der Ansprüche verschiedene Rechtswege eröffnet würden...; daraus ergibt sich die öffentlichrechtliche Qualität des Vertrages in seiner Gesamtheit“.

Das Bundesverwaltungsgericht begründet diese Auffassung mit dem lapidaren Hinweis auf die erforderliche vertragstypische Waffengleichheit¹³, wobei das öffentliche Recht vorrangig sei. Für die obigen Beispielfälle 3 und 7 — Grundabtretung von Anliegern zur Straße gegen Verzicht auf die Erhebung eines Beitrages — hieße dies, daß eine Gemeinde den Vertragspartner auf Auffassung vor den Verwaltungsgerichten verklagen müßte, wenn dieser sich plötzlich weiger-

te, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Dasselbe gilt, wenn etwa der Vertrag wegen Gesetzeswidrigkeit der Gegenleistung (§ 134 BGB) rückabgewickelt werden müßte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dieser Entscheidung aber keinen Schlußpunkt gesetzt und sich der ganz überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht angeschlossen, daß das Vertragsgefüge derart gemischter Verträge ausschließlich öffentlichrechtlicher Natur sei¹⁴. Denn bereits mit Urteil vom 29.5.1981¹⁵ weicht das Bundesverwaltungsgericht von der Stringenz seiner ursprünglichen Aussage ab und teilt die Vertragsbeziehungen in solche privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Provenienz: „Gegenstand des Vertrages ist jedenfalls auch ein Rechtsverhältnis öffentlichrechtlicher Art... Für Streitigkeiten aus einem derartigen gemischt bürgerlich- und öffentlichrechtlichen Vertrag ist der Verwaltungsrechtsweg für den öffentlichrechtlichen Teil anzunehmen.“

Der Bundesgerichtshof lag mit seiner Rechtsprechung zu keiner Zeit auf einer Ausschließelinie. Er hebt vielmehr auf den „Schwerpunkt“ der Vereinbarung ab¹⁶. Angesichts der letztlich das Vertragsverhältnis aufspaltenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.5.1981 sah sich der Bundesgerichtshof auch zur Rechtsprechung dieses Bundesgerichts nicht im Widerspruch¹⁷, wenn er in der Entscheidung vom 9.12.1982¹⁸ den ordentlichen Rechtsweg für Schadensersatzansprüche aus einem gemischt privatrechtlich/öffentlichrechtlichen Vertrag eröffnet sieht. Einen vorläufigen Schlußpunkt setzt der Bundesgerichtshof mit der Entscheidung vom 12.11.1986¹⁹ — bei Verkauf eines Grundstückes sah die Gemeinde zusätzlich von der weiteren Erhebung grundstücksbezogener Beiträge ab —, wenn er bei der Rechtswegzuweisung erneut auf den jeweiligen Schwerpunkt der Vereinbarung abstellt²⁰: „Gibt das Bürgerliche Recht der Vereinbarung das Gepräge, so ist der ordentliche Rechtsweg gegeben“.

2. Privatrechtliche Verträge können öffentlichrechtlich bestimmte Rechtsverhältnisse nicht abändern. Ein Vertrag mit einem Beitragsverzicht oder einer Beitragsermäßigung kann daher nicht privatrechtlich sein; wäre dennoch eine privatrechtliche Abgabenvereinbarung beabsichtigt, so wäre sie auf einen rechtlich unmöglichen Erfolg gerichtet und demnach nichtig²¹. Enthält ein Vertrag privatrechtliche und öf-

¹¹ Der Sachverhalt ist der Entscheidung des VG Regensburg v. 30.4.1986, RO 3 K 85 A.0139 entnommen. Derartig notariell beurkundete Beitragsverträge im Anschluß an eine Straßengrundabtretung sind häufig, vgl. etwa die ähnlichen Sachverhalte in den Entscheidungen des VG Regensburg v. 9.6.1986 (RN 2 K 85 A.842 — Kanalherstellungsbeitrag) und v. 27.5.1983 (RO 3 S 82 A.2022 — Erschließungsbeitrag).

¹² NJW 1980, 2538 = DVBl 1980, 686 (im Rahmen eines Grundstückstausches verpflichtete sich die Gemeinde zur Änderung des Bebauungsplanes, was nach st. Rspr. die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge hat); diese Rechtsprechung des BVerwG zum Rechtsweg für Streitigkeiten aus gemischt privatrechtlich/öffentlichrechtlichen Verträgen war bereits durch seine Entscheidung v. 6.7.1973, NWJ 1973, 1895 und v. 30.4.1976, NJW 1976, 2360 vorgezeichnet.

¹³ Die Literatur — vgl. etwa Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54, Rdnr. 4.3 — begründet diese Ansicht u. a. damit, daß die strengen Bindungen des öffentlichen Rechts nicht von der privatrechtlichen Vertragsfreiheit unterspült werden dürfen; ähnlich auch Lange „Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag“, NVwZ 1983, 313, 319 „... öffentlichrechtliche Verpflichtungen können privatrechtlich nicht begründet werden und stehen somit nicht zur Disposition...“. Zweifelnd nunmehr BVerwG v. 1.12.1989 ZfBR 1990, 103 (= Mitt-BayNot 1990 Heft 3).

¹⁴ Vgl. etwa Driehaus „Erschließungs- und Straßenausbaubeiträge“, 2. A., Rdnr. 662, m. w. N. in Fn. 64; Wuttig „Gemeindliches Satzungsrecht“ III, Frage 22, Nr. 4.

¹⁵ DÖV 1982, 878 = Buchholz 406.11, § 1 BBauG, Nr. 22 auch diese Entscheidung befaßt sich mit einer nichtigen (notariell beurkundeten) Verpflichtungserklärung einer Gemeinde im Vorfeld einer Bauleitplanung.

¹⁶ Vgl. etwa BGH v. 22.11.1979, BGHZ 76, 16.

¹⁷ Ggf. hätte sonst eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte nach dem Rspr-EinhG herbeigeführt werden müssen, vgl. hierzu etwa die Entscheidung d. Gemeinsamen Senats v. 19.10.1971 zu § 131 RAO (zum Begriff der Unbilligkeit in Erlaßfällen).

¹⁸ UPR 1983, 264.

¹⁹ NJW 1987, 773.

²⁰ Gegen dieses Abstellen auf den Schwerpunkt des Vertrages wehrt sich weitgehend die Literatur, vgl. etwa Kopp, § 40 VwGO, Anm. 24 a. E.; Lange a. a. O. (Fn. 13). Dagegen aber wiederum BVerwG v. 22.8.1975, KStZ 1975, 229 „... der in Rede stehende Teil des Vertrages ist jeweils zu prüfen... denn zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Verträge lassen sich voneinander trennen...“.

²¹ Ebenso Gern „Der Verzicht auf Kommunalabgaben“, KStZ 1985, 81, 82, 1. Sp. o., m. w. N. in Fn. 4.

fentlichrechtliche Bestandteile, so hat man — schon definitionsgemäß — von einem gemischt privatrechtlich/öffentlichrechtlichen Vertrag auszugehen. Ein — dogmatisches — Mehr ist nicht erforderlich. Ob dann der Rechtsweg nach § 13 GVG — zu den Zivilgerichten — oder nach § 40 VwGO — zu den Verwaltungsgerichten — sich eröffnet, ist eine Frage des jeweiligen durch die Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner bestimmten vertraglichen Schwerpunktes.

Wird nun wie im Beispielfall 7 etwa eine Straßengrundabtretung gegen einen Kaufpreis von 1.000,— DM vereinbart und setzt man dem noch als Anhang eine Vereinbarung über einen Beitragsverzicht hinzu, so ist für eine Klage auf Auflassung des Grundstückes der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben; dasselbe gilt für eine evtl. Rückabwicklung des Vertrages, denn sowohl die Leistung wie auch ein nicht zu vernachlässigender Teil der Gegenleistung ist privatrechtlich bestimmt. Anders wäre es wohl, falls als alleinige synallagmatisch verbundene Gegenleistung ein Beitragsverzicht vereinbart worden wäre (etwa in Beispielfall 3 bezogen auf die unentgeltliche Bestellung der Grunddienstbarkeit). Hier wäre es u. U. vorstellbar (obergerichtliche Entscheidungen stehen hier zu aus), vor den Verwaltungsgerichten auf Auflassung zu klagen, die auch primär zu einer Entscheidung über den vertraglichen Schwerpunkt — die Zulässigkeit des öffentlichrechtlichen Beitragsverzichts — berufen wären²². Eine ausschließliche Zuweisung gemischt privatrechtlich/öffentlichrechtlicher Verträge an eine Gerichtsbarkeit ist nicht möglich²³.

II. Die Rechtslage bei Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes in Bayern (30.6.1961)

1. In zahlreichen Rechtsstreitigkeiten haben sich Anlieger einer nach 1961 neuerstellten Straße gegen die Erhebung von Erschließungsbeiträgen mit dem Argument gewandt, daß sie ihrer Beitragsverpflichtung bereits vor Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes im Jahre 1961 durch Zahlungen auf vertragliche Vereinbarungen mit der Gemeinde nachgekommen waren. Regelmäßig handelte es sich hierbei um Zahlungen, die als „Sicherung“ an die Gemeindekasse geleistet worden sind; oft wurden auch Bürgschaften bestellt bzw. Sicherungshypothenen zu Gunsten der jeweiligen Gemeinde in das Grundbuch eingetragen, wodurch künftige Straßenbaukosten bzw. deren „Rückersatz“ abgesichert werden sollten. Diese vertraglichen Vereinbarungen beruhten auf § 62 BayBO 1901. Die Bauwilligen waren dadurch gehalten — anderenfalls keine Baugenehmigung erteilt worden wäre —, vor Genehmigung des Bauvorhabens die für die Straßenerstellung notwendigen Flächen (regelmäßig entlang des Baugrundstückes in halber Straßenbreite) der Gemeinde abzutreten, die Straße ggf. selbst herzustellen²⁴ oder zumindest Sicherheit für ihre Herstellung zu leisten²⁵. Diese sog.

„Straßenkostensicherungsverträge“ stehen einer Beitrags-erhebung für nach Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes hergestellte Erschließungsanlagen nicht entgegen, da die hierauf erbrachten Leistungen nach dem eindeutigen Vertragsinhalt als Sicherheit, nicht aber zur Ablösung dienen sollten²⁶.

Ob man diese Sicherungsleistungen auf Jahrzehnte später geltend gemachte Erschließungsbeiträge etwa als Vorausleistungen (mit entsprechender Verzinsung) verrechnet²⁷ oder ob größere altrechtliche Sicherungsleistungen eine erhebliche Härte im Sinne eines Erlasses nach § 135 Abs. 5 BauGB (gegenüber einer späteren Heranziehung zu einem vollen Erschließungsbeitrag) indizieren²⁸, muß hier nicht entschieden werden. Verzinst man etwa die erbrachten Sicherungsleistungen mit jeweils 2% über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank — nach entschädigungsrechtlichen Grundsätzen (Art. 13 Abs. 3 Bayer. Enteignungsgesetz) —, so ist damit u. U. bereits der Anhaltspunkt für die Höhe eines etwaigen Erlasses vorgegeben. Verfahrensmäßig tun sich keine Unterschiede auf, da zum einen eine so erbrachte Vorausleistung den Beitrag unmittelbar mit dessen Entstehen anteilmäßig tilgt, zum anderen evtl. Erlaßgründe bereits im Heranziehungsverfahren zu berücksichtigen wären²⁹.

Im Zusammenhang mit der gesetzlich vorgesehenen unentgeltlichen Abtretung des angrenzenden Straßengrundes gemäß § 62 BayBO 1901 sind vor 1961 (und bisweilen auch noch später) aber auch Vereinbarungen beurkundet worden, wonach künftige Zahlungen (Rückersatz) für noch nicht hergestellte Erschließungsanlagen durch bereits jetzt erbrachte Leistungen abgegolten sein sollten. Derartige Abgeltungen waren nach altem Recht zulässig³⁰, doch mußte in den Verträgen eindeutig zum Ausdruck gebracht sein, daß spätere Zahlungsverpflichtungen dadurch für alle Zeiten abgelöst sein sollten. Dies hatte zur Folge, daß ein späteres Entstehen einer Erschließungsbeitragsforderung verhindert wurde³¹. Derartige Ablösungsvereinbarungen im Zusammenhang mit Straßengrundabtretungen betrafen im Regelfall nur den Erschließungsbeitrag für die erstmalige Herstellung der Straße. Weitere Erschließungskosten — Kanal, Wasser — waren von § 62 BayBO 1901 nicht erfaßt. Die jeweilige Benutzung dieser Anlagen wurde vielmehr durch Anschlußgebühren abgerechnet, die nach dem Gemeindeabgabengesetz (und entsprechenden Satzungen) aus dem Jahre 1938 (Art. 9) erhoben wurden.

2. Mit Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes änderte sich die Rechtslage von Grund auf. Die Erschließung, d. h. die Herstellung der Erschließungsanlage war primär nicht mehr Sache der jeweiligen Bauwerber, vielmehr wurde dies gemäß § 123 Abs. 1 BBauG ausschließlich Aufgabe der Gemeinde.

²² Ähnlich Meyer/Borgs, § 54 VwVfG, Anm. 22, 25; Stelkens-Bonk-Leonhardt, § 54 VwVfG, Anm. 36.

²³ Zu den weiteren Abgrenzungen nach der Zuordnungstheorie, Sonderrechtstheorie oder Interessentheorie, Eyer mann/Fröhler, § 40 VwGO, Rdrrn. 3 bis 5, Redeker/v. Oertzen, § 40 VwGO, Anm. 8, Wolff/Bachof, VwR I, S. 97 ff., Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 8 ff.

²⁴ Die Art und Weise der — meist auf die Gehwege bezogenen — Bauausführung war oft in ortspolizeilichen Vorschriften festgeschrieben — vgl. etwa §§ 7 und 9 der Vorschriften der Stadt Regensburg v. 3.9.1875 und 9.3.1909 (Pflasterung durch Anlieger) und § 3 Ziff. 6 der statutarischen Bestimmungen v. 27.8.1891.

²⁵ Englert-Mang, § 62 BayBO 1901, Anm. 1 b.

²⁶ BVerwG v. 29.5.1970, BVerwGE 35, 222; v. 21.5.1969, VwRspr. Bd 20, 951.

²⁷ Vgl. etwa VG Regensburg v. 14.3.1985, RN 3 S 85 A.0016.

²⁸ BVerwG v. 5.10.1984, BayGT 1985, 13 und v. 1.8.1986, NVwZ 1987, 601 — Im letzteren Fall erachtete das BVerwG bei ihm Jahre 1937 erbrachten altrechtlichen Sicherungsleistungen von 1.400,— RM einen Erlaß in Höhe von 50% des Erschließungsbeitrages (9.077,13 DM) für die erst 1978 hergestellte Erschließungsanlage für gerechtfertigt.

²⁹ BVerwG v. 5.10.1984 und 1.8.1986 a. a. O. (Fn. 28); ebenso BayVGH v. 29.10.1979, BayVBl. 1981, 116.

³⁰ Vgl. etwa BayVGH v. 28.10.1965, NJW 1966, 219; ausführlich Ludyga-Steiner, Anh. zu § 135 BBauG, Anm. 18 ff.

³¹ BVerwG v. 1.8.1986 a. a. O. (Fn. 28) und v. 29.5.1970 a. a. O. (Fn. 26).

§ 127 Abs. 1 BBauG legte den Gemeinden zudem die Pflicht auf, Erschließungsbeiträge zu erheben. Bundesrechtlich geboten war, entstandene Erschließungsbeiträge bis zu deren Erlöschen in vollem Umfang auszuschöpfen³².

Dasselbe gilt für die weiteren grundstücksbezogenen Beiträge gemäß dem zum 1.7.1974 in Kraft getretenen Bayerischen Kommunalabgabengesetz. Zwar geht Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BayKAG davon aus, daß die Gemeinden zur Deckung des Aufwands für die Herstellung ihrer Einrichtungen Beiträge erheben „können“ und nach Art. 5 Abs. 1 Satz 3 BayKAG „sollen“ für die Verbesserung von Ortsstraßen Beiträge erhoben werden. Dennoch liegt es nicht im Ermessen der Gemeinde, ob sie ihre Einrichtungen über Steuern oder über besondere Entgelte finanziert. Denn Art. 62 Abs. 2 BayGO normiert für die Einnahmenbeschaffung eine zwingende Reihenfolge. Demnach sind die besonderen Entgelte — die Einnahmen, für die die Gemeinde eine Gegenleistung in Form einer öffentlichen Einrichtung erbringt oder bereithält — vorrangige Einnahmeart vor kommunalen Steuern. Die jeweilige vorrangige Einnahmeart ist voll auszuschöpfen, bevor auf die nächste Einnahmeart zurückgegriffen werden darf. Erst subsidiär ist also die Einnahmebeschaffung durch die Erhebung von Steuern möglich³³. Ebenso folgt aus dem Grundsatz sparsamer Haushaltsführung die Verpflichtung zu Erhebung spezieller Entgelte für bereitgestellte Einrichtungen³⁴. Die Gemeinden sind demzufolge bei relevanter Bautätigkeit auch verpflichtet, Satzungen zur Erhebung von Beiträgen für die Herstellung von Kanälen und Rohrnetzleitungen³⁵ und für den Ausbau bzw. für Verbesserungen von Erschließungsstraßen³⁶ zu erlassen.

Öffentliche Abgaben dürfen bei geltender Rechtslage aus Gründen der Beitragsgleichheit und Beitragsgerechtigkeit grundsätzlich nur nach Maßgabe der Gesetze erhoben werden. Diese strikte Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist im Abgabenrecht von gesteigerter Bedeutung. Das Verbot der Abgabenerhebung aufgrund vertraglicher, von gesetzlichen Regelungen abweichender Vereinbarungen oder das Verbot einseitiger Verzichtserklärungen „sind für einen Rechtsstaat so fundamental und für jeden rechtlich Denkenden so einleuchtend, daß die Verletzung dieses Grundsatzes als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu betrachten ist, das Nichtigkeit zur Folge hat“³⁸.

Diese zum (Gewerbe-)Steuerverzicht entwickelten Grundsätze sind von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bis in die 70er Jahre mehr oder weniger undifferenziert auf den Beitragsverzicht übertragen worden³⁹. Erst in den Jahren danach entwickelten sich die heute geltenden Unterscheidungen.

³² BVerwG v. 18.3.1988, BayGT 1988, 101; BayVGH v. 17.2.1983, BayGT 1983, 178 und v. 10.10.1979 — Nr. 4 VI Ce-1482/79.

³³ Vgl. ausführlich Drieheas, Kommunalabgabenrecht, § 8 mit Benennung der einschl. Rspr. hierzu; ebenso Schleder/Happ, Art. 5 KAG, Bem. 1.1.

³⁴ BayVGH v. 18.8.1981 a. a. O. (Fn. 10).

³⁵ Drieheas a. a. O. (Fn. 14), Rdnr. 805; ders. a. a. O. (Fn. 33), § 8, Rdnr. 18 m. w. N.

³⁶ Die „Sollvorschrift“ des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 BayKAG ist grundsätzlich ebenso verbindlich wie eine „Mußvorschrift“, es sei denn, besondere Umstände erlauben — ausnahmsweise — ein Abweichen, BVerwG v. 27.1.1967, DVBl. 1968, 25 m. w. N.

³⁷ Vgl. hierzu generell BVerwG v. 14.11.1975, DVBl. 1976, 217.

³⁸ BVerwG v. 5.6.1959, BVerwGE 8, 329, 330 unter Bezugnahme auf Rspr. d. BFH.

³⁹ Vgl. etwa BVerwG v. 22.8.1975, KStZ 1975, 229.

III. Die Ablösungsvereinbarung

Der in einem Ablösungsvertrag von den Parteien vereinbarte Ablösungsbetrag ist gleichsam ein vorgezogener (der künftigen Forderung kalkulatorisch so weit wie möglich angenäherter) Beitrag und damit im weitesten Sinn eine dem materiellen Recht zugeordnete Abgabe, die in der notariellen Urkunde grundsätzlich neben dem Kaufpreis an sich zu beziffern ist (um dem Grundsatz der Beitragsgleichheit und Beitragsgerechtigkeit zu genügen, müssen die Ablösungsbeträge offenliegen)⁴⁰. Derartige Ablösungen können schon definitionsgemäß nur vor Entstehen der Beitragsforderung vereinbart werden; denn ist der Beitrag mit Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen erst entstanden, so kann er lediglich mehr in exakt berechneter Höhe beglichen werden. Bleibt eine Ablösung hinter dem errechneten Betrag zurück, so liegt eine solche nicht vor. Vielmehr ist dann ein teilweiser Beitragsverzicht gegeben, der nur in gesetzlich geregelten Fällen — etwa eines Erlasses — möglich ist. Ablösungsvereinbarungen bedürfen, da sie vom gesetzlichen Tatbestand abweichend Anliegern Erschließungskosten überbürden, einer gesetzlichen Regelung. Untrennbar verbunden mit der (vorausgehenden) Ablösung ist ein mehr oder weniger großes Schätzungsrisiko, d. h. ein Grundstückseigentümer nimmt sich im Falle einer Ablösung — sei es, daß er eine Geldleistung erbringt oder gleiche Sachwerte zur Verfügung stellt — die Möglichkeit, bei niedriger ausfallenden endgültigen Beiträgen die Überzahlung zurückfordern zu können, andererseits verliert die Gemeinde das Recht zu einer Nacherhebung.

1. Die Ablösungsvereinbarung nach dem Baugesetzbuch

Das zum 1.7.1987 in Kraft getretene Baugesetzbuch hat in § 133 Abs. 3 Satz 5 die bereits in § 133 Abs. 3 Satz 2 BBauG enthaltene Regelung übernommen, wonach eine „Gemeinde über die Ablösung des Erschließungsbeitrags im Ganzen vor Entstehen der Beitragspflicht Bestimmungen treffen kann“. Diese Verknüpfung von „Ablösung“ und „zu treffenden Bestimmungen“ ist derart zu verstehen, daß von der Ablösung nur Gebrauch gemacht werden kann, wenn zuvor Ablösungsbestimmungen getroffen worden sind. Hiermit soll wiederum — den Grundsatz der Abgabengleichheit und Abgabengerechtigkeit beachtend — eine möglichst gleichmäßige Handhabung aller Ablösungsfälle sichergestellt werden. Die Bestimmungen, deren Inhalt sich auf Kriterien zur (schätzungsweisen) Ermittlung des künftigen Erschließungsaufwands und dessen Verteilung beschränken können, müssen nicht in Satzungsform getroffen werden, da die Ablösungsbestimmungen an die Stelle der Erschließungsbeitragssatzung treten⁴¹. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre aber eine Übernahme der Ablösungsbestimmungen in die Erschließungsbeitragssatzung — auf deren Verteilungsmaß sie sich beziehen könnten — sicherlich präferenswert⁴².

⁴⁰ BVerwG v. 27.1.1982, DVBl. 1982, 550. — Zum Zwang der getrennten Ausweisung (vom eigentlichen Kaufpreis abgeordnet) des Ablösungsbetrages in der notariellen Urkunde, BVerwG v. 1.12.1989 a. a. O. (Fn. 13).

⁴¹ Die Entscheidung über Ablösebestimmungen ist kein Geschäft der laufenden Verwaltung i. S. v. Art. 37 BayGO. Vgl. hierzu auch OVG Münster v. 10.3.1975, DÖV 1975, 718.

⁴² Zum weiteren Inhalt von Ablösungsbestimmungen (etwa zur Unzulässigkeit von Teilablösungen) Drieheas a. a. O. (Fn. 33), Rdnrn. 161, 162; Schmidt, Handbuch des Erschließungsrechts, 5. Aufl., S. 579 ff. — Mustersatzungen enthalten meist keine ins Detail gehenden Ablösungsbestimmungen, sie verweisen oft — „Ablösungsvereinbarungen sind zulässig“ — lediglich auf die Gesetzeslage.

Werden nun Ablösungsvereinbarungen ohne oder ohne ausreichende Ablösungsbestimmungen getroffen, so ist dieser Vertrag wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot von Vereinbarungen über Erschließungsbeiträge (Art. 20 Abs. 3 GG) nichtig⁴³. Dies folgt aus Art. 59 des Bayer. Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG). Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind zwar dem Grunde nach auf Kommunalabgaben nicht anwendbar — Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG —, weil über Art. 10, 13 BayKAG in Beitragssachen weitgehend die Vorschriften der Abgabenordnung (AO) Anwendung finden⁴⁴. Da der Abgabenordnung aber eine Abgabenvereinbarung in Form eines öffentlichrechtlichen Vertrages unbekannt ist, sind die Vorschriften des BayVwVfG über die Wirksamkeit öffentlichrechtlicher Verträge (ggf. analog) heranzuziehen⁴⁵. Nach Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG ist ein öffentlichrechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt. Verstößt also eine Ablösungsvereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot, so ist § 134 BGB einschlägig mit der Folge der Nichtigkeit der Abmachung.

2. Die Ablösungsvereinbarung nach dem Bayer. Kommunalabgabengesetz

Geht man im Erschließungsbeitragsrecht davon aus, daß Ablösungsvereinbarungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, so entspricht diesem bundesrechtlichen Erfordernis nur das Baden-Württembergische und das Niedersächsische Kommunalabgabengesetz (§ 10 Abs. 7 KAG-BW/§ 6 Abs. 7 NKAG), die die Möglichkeit von Ablösungsvereinbarungen — mit den notwendigen „Bestimmungen“ — vorsehen. Im BayKAG fehlt die entsprechende Regelung. Dennoch werden Ablösungsverträge im landesrechtlichen Bereich auch bei Fehlen gesetzlicher Bestimmungen für zulässig erachtet, da es sich bei der Abgeltung um ein „allgemein geltendes beitragsrechtliches Rechtsinstitut“ handelt⁴⁶. Nach bayerischem Landesrecht ist ein Ablösungsvertrag jedenfalls dann wirksam, wenn die gewollte Ablösung keine von der gesetzlichen (satzungsmäßigen) Regelung abweichende Beitragserhebung enthält, wobei — wenn die Ablösung nicht in Geld erfolgt — eine angemessene (äquivalen-

te) Gegenleistung, wie es zur Wirksamkeit öffentlichrechtlicher Austauschverträge erforderlich ist (Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG), erbracht werden muß⁴⁷.

Diese bayerische Handhabung der Ablösung für kommunale Abgaben nach Art. 5 BayKAG war bereits durch die Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe vorgezeichnet; hierbei wird neben der Ablösung von Beiträgen auch eine solche von Gebühren für zulässig erachtet. So geht das OVG Münster⁴⁸ davon aus, daß ein vereinbarter Verzicht auf Kanalbenutzungsgebühren dann nicht nichtig ist, wenn der Abgabeschuldner eine andere, seiner Benutzung der öffentlichen Einrichtung äquivalente Gegenleistung erbringt, wobei die Gegenleistung dem Gebührenhaushalt der Gemeinde zugute kommen muß (um die Benachteiligung anderer Benützer auszuschließen)⁴⁹. Ebenso erachtet der Hess. Verwaltungsgerichtshof unbegrenzte Gebührenverzicht für zulässig, wenn der Abgabepflichtige eine äquivalente Gegenleistung erbringt, wobei es an der Äquivalenz fehlt, wenn der Abgabepflichtige etwa lediglich auf strittige Schadensersatzansprüche verzichtet⁵⁰.

3. Die obigen (A. Ziff. I) Beispiele zu den Ablösungsvereinbarungen (Fälle 1 bis 4) sind demnach folgendermaßen zu werten:

Fall 1: Ablösung der Erschließungskosten durch höheren Grundstückskaufpreis aufgrund von generellen Ablösungsbestimmungen

Der Klage ist unter Aufhebung des Beitragsbescheides vom 14.9.1988 stattzugeben. Die notarielle Beurkundung der Ablösung ist nicht zu beanstanden. Der Ablösungsbetrag (1,— DM/qm) für den späteren Erschließungsbeitrag ist im Kaufpreis (11,— DM/qm) enthalten, wobei zu unterstellen ist, daß der Ablösungsanteil dem Kläger bereits vorweg offengelegt war. Die Gemeinde hatte frühzeitig Ablösungsbestimmungen getroffen. Die Vereinbarung ist damit von § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB gedeckt. Daß der Ablösungsbetrag — unter Vertrauen auf später nicht gewährte staatliche Zuwendungen — mit 1,— DM/qm viel zu niedrig kalkuliert war, ist Sache der Gemeinde („Schätzungsrisiko“).

Fall 2: Teilweise Rückzahlung des ohne generelle Ablösungsbestimmungen vereinbarten Ablösungsbetrages wegen geringeren tatsächlichen Erschließungsbeitrags

Auch dieser Klage ist stattzugeben. Eine notarielle Beurkundung der Ablösung hätte nicht erfolgen dürfen. Der Kläger hat gegen die Stadt einen Erstattungsanspruch, und zwar in Höhe des Betrages, der den kraft Gesetzes entstandenen Erschließungsbeitrag übersteigt. Die Ablösungsvereinbarung betraf einen Erschließungsbeitrag. Um diesen abzulösen, hätte es vorheriger Ablösungsbestimmungen bedurft, § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB. Da diese fehlten, war die Vereinbarung unwirksam (nichtig).

Fall 3: Grundabtretung und Bestellung einer Grunddienstbarkeit zur Ablösung von Straßenausbaubeiträgen

Dieser Klage ist unter Aufhebung des Ausbaubeitragsbescheides vom 28.1.1982 stattzugeben. Die notarielle Beurkundung über die Beitragsfreistellung vom 22.8.1973 durfte erfolgen. Das Fehlen vor-

⁴³ BVerwG v. 25.11.1988, BayGT 1989, 54 und v. 27.1.1982 a. a. O. (Fn. 40); BayVGh v. 17.2.1983 a. a. O. (Fn. 32).

⁴⁴ So BVerwG v. 27.9.1989, BayVBI 1990, 89, wonach Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 BayVwVfG in Abgabensachen jegliche Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausschließt (ebenso OVG Münster v. 7.3.1979, KStZ 1979, 151). — Bejaht man aber mit der h. M. die Zulässigkeit öffentlichrechtlicher Abgabenvereinbarungen für kommunale Beiträge — vgl. ausführlich Heun „Die Zulässigkeit öffentlichrechtlicher Verträge im Bereich der Kommunalabgaben, DÖV 1989, 1053, 1060 ff. — und kann auf den Regelungsinhalt der Art. 54 ff. BayVwVfG nicht verzichtet werden, so müssen diese Vorschriften entweder analog angewendet werden (so Heun a. a. O.) oder man greift auf „allgemeine Grundsätze“ zurück. Es wäre letztlich Sache des Landesgesetzgebers, diese Regelungslücke zu beheben.

⁴⁵ BayVGh v. 24.10.1986 a. a. O. (Fn. 8) und v. 12.2.1982, BayVBI. 1983, 439 — zur Frage, ob die Nichtigkeitsfolge des Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG schon bei schlichter Inkongruenz von Vertrag und Gesetzeslage, oder nur bei „qualifizierten“ Rechtsverstoßen Platz greift, Kopp, § 59 VwVfG, Rdnr. 7; Knack, § 59 VwVfG, Nr. 3.1; Meyer/Borgs, § 59 VwVfG, Rdnr. 18 ff.; vgl. auch OVG Münster v. 19.2.1981, DVBl. 1981, 834.

⁴⁶ OVG Koblenz v. 15.1.1976, KStZ 1977, 33; BayVGh v. 24.10.1986 a. a. O. (Fn. 8); ebenso Gern in KStZ 1979, 161.

⁴⁷ BayVGh v. 24.10.1980 a. a. O. (Fn. 8) und v. 28.11.1989, Nr. 23 B 87.2930.

⁴⁸ Urt. v. 22.11.1971, KStZ 1972, 72. Vgl. zu dieser Rspr. auch Heun a. a. O., S. 1060 ff. (Fn. 44).

⁴⁹ Ähnlich auch OVG Saarland v. 18.8.1982, KStZ 1983, 76 unter Verweisung auf BayVGh v. 28.5.1975, KStZ 1976, 15 — „keine Sonderregelung zu Lasten anderer Abgabeschuldner“.

⁵⁰ Urt. v. 29.3.1979, KStZ 1980, 111; vgl. hierzu auch Knobloch „Spezielle Fragen bei der Erhebung von Kanalbenutzungsgebühren“, KStZ 1975, 205 — a. A. (unter Ablehnung der Zulässigkeit von Ablösungsvereinbarungen außerhalb eines gesetzlichen Rahmens — dies auch bei äquivalenter Gegenleistung) OVG Rheinland-Pfalz v. 9.9.1985, KStZ 1985, 233.

heriger Ablösungsbestimmungen ist unschädlich, da es sich im vorliegenden Falle um keinen Erschließungsbeitrag, sondern um einen Ausbaubeitrag nach Art. 5 BayKAG handelt. Für die Wirksamkeit dieser Vereinbarungen ist auf die Äquivalenz der Gegenleistung abzustellen. Diese ist gegeben. Der Kläger hatte 200 qm — bewußt — weit unter Wert abgetreten (30,— DM/qm statt der bekannten 88,— DM/qm des Wertgutachtens). Weitere 180 qm stellte er kostenlos und unwiderruflich dem öffentlichen Verkehr in Form einer Grunddienstbarkeit zur Verfügung. Ausgehend von einem Quadratmeterpreis von 88,— DM erbrachte der Kläger damit im Jahre 1973 an die Stadt eine Leistung von 27.440,— DM (180 qm x 88,— DM; 200 qm x 58,— DM). Verzinst man diesen Betrag bis Bescheiderlaß (1982) nach entschädigungsrechtlichen Grundsätzen, so wird die Summe des geforderten Ausbaubeitrags überschritten.

Fall 4: Ablösungsvereinbarung zwischen Gemeinde und Bauträger zugunsten der Käufer (Kanalherstellungsbeitrag)

Auch dieser Klage ist unter Aufhebung des Herstellungsbeitragsbescheides vom 4.12.1981 stattzugeben. Die notarielle Beurkundung — ein Erschließungsvertrag nach § 123 Abs. 2 BauGB zwischen einem Bauträger und der Gemeinde, der mit seiner Abgeltungsvereinbarung zugunsten der jeweiligen Käufer (hier des Klägers) wirkt, § 328 BGB — ist nicht zu beanstanden. Die Äquivalenz der Gegenleistung ist wie im Falle 3 durch die Erstellung sämtlicher Erschließungseinrichtungen durch den Bauträger gewahrt. Insbesondere geht diese Vereinbarung nicht zu Lasten anderer beitragspflichtiger Kanalanschließer. Die Gemeinde beruft sich zu Unrecht auf die Unwirksamkeit der Ablösung des Kanalherstellungsbeitrags.

IV. Der Beitragsverzicht

Ist also die Ablösung von der Überlegung bestimmt, daß — zum Vorteilsausgleich — der Grundstückseigentümer eine dem späteren Beitrag möglichst entsprechende Gegenleistung erbringt, so soll durch einen Verzicht der Beitragsanspruch oder ein Teil dessen bewußt zum Erlöschen gebracht werden, § 47 AO. Demzufolge ist eine fehlgeschlagene Ablösungsvereinbarung (etwa wegen nicht vorhandener Äquivalenz der Gegenleistung oder bei fehlenden Ablösungsbestimmungen nach § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB) stets dahingehend zu überprüfen, ob nicht eine von Erlaßvorschriften gedeckte Verzichtsabrede vorliegt⁵¹. Verzicht bedeutet in erster Linie Erlaß eines Abgabeanpruches, wobei zu unterscheiden ist, ob der Anspruch vor Entstehen der Beitragsforderung bereits erlassen werden soll, sog. Vorausverzicht oder Vorauserlaß, oder ob der Erlaß erst mit Entstehen des Anspruchs (oder später) wirksam werden soll. Das Bundesverwaltungsgericht⁵² differenziert bei Verzichtsabreden zwischen der Zusage eines künftigen Abgabeverzichts und einem Abgabevorausverzicht; letzterer ist im Regelfall nur als Festsetzungserlaß nach § 163 AO denkbar (im Gegensatz zum Zahlungserlaß nach § 227 AO).

Aus dem bereits dargestellten grundsätzlichen Zwang zur Abgabenerhebung ergibt sich wiederum die grundsätzliche Verzichtsfreudigkeit kommunaler Beiträge und Gebühren⁵³. Welche Rechtsfolgen sich aus dem Verstoß gegen das Gebot, Abgaben nach Maßgabe der Gesetze zu erheben (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 61 Abs. 2, 62 Abs. 1 BayGO) ergeben (Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit), hängt von der jeweiligen Handlungsform der Gemeinde ab.

1. Beitragsverzicht als begünstigender Verwaltungsakt

Nach § 227 AO (diese Vorschrift ist nach Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 a BayKAG auf kommunale Abgaben anwendbar) kann die abgabeberechtigte Gemeinde auf Beiträge (oder Gebühren) verzichten, wenn deren Einziehung nach Lage des Einzel-

falles unbillig wäre. Für das Erschließungsbeitragsrecht enthält § 135 Abs. 5 BauGB eine Sonderregelung. Danach können Erschließungsbeiträge (teilweise) erlassen werden, wenn dies im öffentlichen Interesse oder zur Vermeidung unbilliger Härten im Einzelfall geboten ist. Mit Hilfe letzterer Regelung subventionieren Gemeinden immer wieder die Ansiedlung von Industriebetrieben. Das Bundesverwaltungsgericht⁵⁴ bejaht bei Industrie- und Gewerbeansiedlungen ohne nähere Begründung ein öffentliches Interesse an einem Beitragserlaß, weil Gemeinden erhebliche Vorteile aus kapitalkräftigen Betrieben ziehen. Diese Entscheidung darf aber nur auf den Einzelfall bezogen und keinesfalls verallgemeinert werden⁵⁵. Insbesondere geht es nicht an, daß Gemeinden bei Neuausweisung von Gewerbe- und Industriegebieten den ansiedlungswilligen Firmen generell die Beiträge erlassen⁵⁶. Noch restriktiver muß die Rechtslage gesehen werden, wenn etwa über § 135 Abs. 5 BauGB hinaus ansiedlungswilligen Betrieben auch noch Beiträge nach Art. 5 BayKAG erlassen werden sollen. Denn die Erlaßvorschrift des § 227 AO stellt allein auf die Unbilligkeit der Abgabenerhebung ab und bleibt damit hinter § 135 Abs. 5 BauGB mit dessen zusätzlicher Bezugnahme auf das öffentliche Interesse zurück. Rechtfertigt das Ansiedeln oder das Verbleiben eines Unternehmens in einer Gemeinde mit den einhergehenden steuerrechtlichen, wirtschaftlichen und arbeitsplatzerhaltenden Vorteilen regelmäßig schon keinen Verzicht, so kann darin auch keine äquivalente Gegenleistung für eine Ablösungsvereinbarung gesehen werden⁵⁷.

Verzichtet eine Gemeinde ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 135 Abs. 5 BauGB bzw. des § 227 AO durch den Erlaß eines Verwaltungsaktes auf eine Beitragserhebung oder sagt sie zu, einen künftig entstehenden Beitrag zu erlassen⁵⁸, so ist dies materiell-rechtlich rechtswidrig, aber doch wirksam. Für die Beantwortung der Frage, ob derartige Tun darüber hinaus die Nichtigkeit zur Folge hat, ist das einschlägige Landesverfahrensrecht heranzuziehen⁵⁹. Gemäß § 125 AO (infolge der Verweisung des Art. 13 Abs. 1 Nr. 3 b BayKAG eine landesrechtliche Vorschrift) ist ein Verwaltungsakt nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung offenkundig ist. Rechtfertigt der jeweilige Sachverhalt nicht die Annahme des Nichtigkeitstatbestandes, so ist

⁵⁴ Urt. v. 31.1.1969, Buchholz 406.11, § 127 BBauG, Nr. 6, S. 1, 2 f.

⁵⁵ Kritisch Schmidt a. a. O. (Fn. 42), S. 631 ff. Anerkannt ist, daß es im öffentlichen Interesse liegen kann, zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus (BVerwG v. 23.8.1974, KStZ 1975, 112) oder zur Förderung öffentlicher Einrichtungen — Kindergarten, Krankenhaus — (BVerwG v. 6.6.1975, DÖV 1975, 717) Erschließungsbeiträge nach § 135 Abs. 5 BauGB zu erlassen. Vgl. hierzu auch ausführlich Mäder „Zur Freistellung von der Erschließungsbeitragspflicht“, DVBl. 1974, 264, 265.

⁵⁶ Zur Nichtigkeit von Gewerbesteuerbefehlen im Zusammenhang mit Industrieansiedlungen BVerwG v. 18.4.1975, KStZ 1975, 211; BayVGh v. 5.4.1978, Nr. 119 IV 77.

⁵⁷ OVG Münster v. 22.11.1971 a. a. O. (Fn. 48).

⁵⁸ Auch eine Verzichtszusage ist ein Verwaltungsakt und unterliegt damit den Rücknahmeregelungen. Die frühere Rspr., wonach gegen das Gesetz verstoßende Zusagen unbeachtlich sind, hat mit Inkrafttreten der Abgabenordnung und der Verwaltungsverfahrensregeln im Jahre 1977 mit den entsprechenden gesetzlichen Regelungen eine Änderung erfahren, vgl. hierzu Gern. a. a. O. (Fn. 21), S. 84; ebenso BayVGh v. 18.8.1981 a. a. O. (Fn. 10). Zum Meinungsstand über den Verwaltungscharakter der Zusage Kopp, § 38 VwVfG, Anm. 6.

⁵⁹ BVerwG v. 21.10.1983 a. a. O. (Fn. 52) mit Ausführungen zu den nicht revisiblen, da (durch Verweisung) landesrechtlichen Vorschriften der §§ 125, 130 AO.

⁵¹ BVerwG v. 8.9.1972, DVBl. 1973, 499 und v. 25.11.1988 a. a. O. (Fn. 43).

⁵² Urt. v. 21.10.1983, DVBl. 1984, 192.

⁵³ Driehaus a. a. O. (Fn. 33), § 4 Anm. 16 m. w. N. der einschl. Rspr.

stets zu prüfen, ob der den Erlaß (oder die entsprechende Zusage) aussprechende Verwaltungsakt als eine den Betroffenen begünstigende Regelung nicht zurückgenommen werden kann, § 130 Abs. 2 AO. Die zu diesem Komplex bisher ergangene Rechtsprechung hat die Möglichkeit einer Rücknahme nach § 130 Abs. 2 AO stets ausgeschlossen; dies insbesondere deshalb, weil dem Begünstigten die Rechtswidrigkeit des Verzichts nicht bekannt war, § 130 Abs. 2 Nr. 4 AO⁶⁰. Auch die Voraussetzungen für die Annahme einer Nichtigkeit nach § 125 AO liegen nach der Rechtsprechung oft nicht vor, da die Offenkundigkeit des besonders schweren Rechtsverstoßes nicht immer gegeben ist. Stellt man nämlich mit der Rechtsprechung auf den Empfängerhorizont und damit auf die subjektive Rechtsauffassung des durch den Verzicht Begünstigten ab, so wird es an der Offenkundigkeit oft fehlen⁶¹. Nimmt man dagegen richtigerweise als Maßstab für die Offenkundigkeit eine verständige Würdigung des Sachverhalts durch Unbeteiligte Dritte⁶², so werden sich erhebliche Wertungsunterschiede auf tun. Letztlich läßt sich eine eventuelle Nichtigkeit immer nur auf der Grundlage der jeweiligen Umstände des Einzelfalles beurteilen.

2. Beitragsverzicht durch öffentlichrechtliche Vereinbarung

Ist eine durch § 135 Abs. 5 BauGB oder § 227 AO nicht gedeckte Zusage eines künftigen Erlasses (oder auch ein Vorausverzicht) in das Gegenseitigkeitsverhältnis eines Vertrages miteinbezogen, so tritt wiederum die „anfällige“ Regelung des (ggf. analog anzuwendenden) Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG zutage, wonach öffentlichrechtliche Vertragsbestimmungen nichtig sind, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften ergibt. Verstößt eine Gemeinde durch Nichterhebung von Beiträgen gegen das Gebot der Abgabenerhebung nach Maßgabe der Gesetze (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 61 Abs. 2, 62 Abs. 1 BayGO), so kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß lediglich unbeachtliche Divergenzen zwischen der Vertragslage und einem gesetzlichen Gebot vorliegen⁶³. Vielmehr ist dies ein qualifizierter Rechtsverstoß, der über § 134 BGB zu einer Nichtigkeit der Vereinbarung führt, Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG⁶⁴.

Diese Wirksamkeitsschwäche des öffentlichrechtlichen Vertrages in Abgabensachen versucht die Rechtsprechung mit-

unter zu umgehen, um auf den Einzelfall bezogen extreme Härten vermeiden zu können. Das OVG Lüneburg⁶⁵ geht z. B. davon aus, daß die Fehlerhaftigkeit der Berechnung eines Ablösungsbetrages nicht geeignet ist, zur Unwirksamkeit des Vertrages zu führen, weil es an der Schwere des Gesetzesverstoßes, also an einem qualifizierten Rechtsverstoß fehlt⁶⁶. Diese Aussage ist einer Verallgemeinerung aber nicht zugänglich. Denn selbst wenn sämtliche Voraussetzungen für eine Ablösung vorliegen würden, der vereinbarungsgemäß zu zahlende Betrag aber weit hinter der zutreffenden Ablösung zurückbliebe, so liegt kein Ablösungsvertrag mehr vor, sondern eine Verzichtsabrede, die sich wiederum am Gebot der Abgabenerhebung nach Maßgabe der Gesetze messen lassen muß. Der Bayer. Verwaltungsgerichtshof geht gar den Weg, die Verzichtsabrede aus dem vertraglichen Synallagma herauszulösen; er qualifiziert diese dann als einseitige Verzichtsverfügung der Gemeinde mit Verwaltungsaktcharakter, um diese dann an § 125 AO zu messen (wobei die Offenkundigkeit des schweren Rechtsverstoßes wegen des durch die notarielle Beurkundung bewirkten Vertrauensschutzes verneint wird); hierdurch gewinnt er die Rechtswidrigkeit und damit die Wirksamkeit der Verzichtsabrede⁶⁷.

Diesem Ansatz ist schon dem Grunde nach zu widersprechen, da das Gericht dadurch die Unterscheidung der beiden Handlungsformen der Verwaltung (Verwaltungsakt/ öffentlichrechtlicher Vertrag) aufgibt und zur eigenen Disposition stellt. Damit werden die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes überspielt, wonach eine Behörde entweder durch Verwaltungsakt eine Regelung trifft oder bei nicht entgegenstehenden Rechtsvorschriften durch öffentlichrechtlichen Vertrag ein Rechtsverhältnis schafft. Über diese im Ermessen der Verwaltung stehenden Handlungsformen kann nicht nach Belieben verfügt werden. Steht zudem eine Verzichtszusage in irgendeiner (auch weiteren) synallagmatischen Verbindung mit einer Gegenleistung, so kann diese nicht aus dem Vertrag herausgelöst und als einseitige hoheitliche Regelung aufgefaßt werden, ohne dadurch das Gleichgewicht und damit den Bestand des Vertrages insgesamt zu gefährden. Man wird folglich weiterhin dabei verbleiben müssen, daß in Beitragssachen Verzichtsvereinbarungen wegen der Schwere des Rechtsverstoßes grundsätzlich nichtig sind und Korrekturversuche hieran stets nur ergebnisbezogen gesehen werden können.

3. Die obigen (A. Ziff. II) Beispiele zum Beitragsverzicht (Fälle 5 bis 7) sind demnach folgendermaßen zu werten:

⁶⁰ OVG Münster v. 11.6.1985, DÖV 1986, 382 und v. 15.8.1985, zitliert bei Wuttig III, Frage 23, Anm. 2.1 a. E.; BayVGh v. 18.8.1981 a. a. O. (Fn. 10).

⁶¹ So ausdrücklich BayVGh v. 18.8.1981 a. a. O. (Fn. 10); ebenso OVG Münster v. 11.6.1985 a. a. O. (Fn. 60).

⁶² H. M. in der Literatur, vgl. etwa Koch, § 125 AO, Anm. 2; Tipke/Kruse, § 125 AO, Anm. 2; ebenso VG Regensburg v. 27.5.1983 a. a. O. (Fn. 11); ebenso noch BayVGh v. 14.3.1983, Nr. 6 C 82 A.2145 (der schwere Mangel war offenkundig, weil der Notar es ablehnte, die Erlaßvereinbarungen zu beurkunden).

⁶³ Vgl. oben Fn. 45 und BVerwG v. 1.12.1989 a. a. O. (Fn. 13), wobei bereits die bewußte Abweichung von bestehenden Ablösungsbestimmungen einen qualifizierten Rechtsverstoß bildet.

⁶⁴ Ständige Rspr., OVG Rheinland-Pfalz v. 9.9.1985 a. a. O. (Fn. 50); BVerwG v. 25.11.1988 a. a. O. (Fn. 43) und v. 14.11.1975 a. a. O. (Fn. 37); BayVGh v. 28.11.1989 a. a. O. (Fn. 47). — Die H. M. sieht in der Regelung des Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (OVG Münster v. 19.2.1981 a. a. O. — Fn. 45; kritisch Heun, S. 1064 a. a. O. (Fn. 44), der die §§ 54 ff. VwVfG analog anwendet). Verneint man daher (mit dem BVerwG — Fn. 44) generell eine Anwendung des VwVfG in Abgabensachen — so auch Gern, a. a. O. (Fn. 21), S. 84, Hein a. a. O., S. 1055 —, so kommt man (wegen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes) zu keinem abweichenden Ergebnis.

⁶⁵ Urt. v. 12.1.1988, KStZ 1988, 246 (dagegen die Revisionsentscheidung, BVerwG v. 1.12.1989 a. a. O. [Fn. 13]).

⁶⁶ So auch Driehaus a. a. O. (Fn. 33), § 4 Anm. 19 a. E. — unter Bezugnahme auf das Urt. d. OVG Münster v. 20.11.1979 (dort zitiert). Er geht davon aus, daß das Privileg der gesteigerten Unempfindlichkeit öffentlichrechtlicher Verträge gegenüber Gesetzesverletzungen auch im Bereich öffentlichrechtlicher Vereinbarungen über kommunale Abgaben gilt.

⁶⁷ Urt. v. 30.1.1989, Nr. 6 B 86 01745 — der BayVGh verneint die Nichtigkeit der Verzichtszusage aus für Notare höchst interessanten Gründen: „Schon der Gesichtspunkt, daß der Abgabenvorausverzicht vom Bürgermeister der Klägerin in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der notariellen Beurkundung ausgesprochen wurde, läßt es an der Offenkundigkeit fehlen. Denn § 14 Abs. 2 BNotO verbietet den Notaren, bei Handlungen mitzuwirken, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Hieraus resultiert eine Erwartungshaltung der Bürger gegenüber Notaren als unabhängigen Trägern eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), in der mit Recht eine sorgfältige und rechtskundige Beratung vorausgesetzt wird. ...“

Fall 5: Verzicht auf Herstellungsbeiträge (Kanal) gegenüber einem Unternehmen „zum Erhalt von Arbeitsplätzen“

Der Klage war unter Aufhebung des Kanalherstellungsbeitragsbescheides und des Ergänzungsbeitragsbescheides (wobei hier unterstellt wird, daß sich die Erlaßabrede auch auf den Ergänzungsbeitrag erstreckte) vom 5.8.1975 stattzugeben. Der durch § 227 AO nicht gedeckte Beitragsvorausverzicht war wegen Verstoßes gegen das Gebot zur Beitragserhebung (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 61, 62 BayGO) lediglich rechtswidrig (und damit wirksam), da die Nichtigkeitsvoraussetzungen des § 125 Abs. 1 AO nicht vorliegen. Dem Kläger (bzw. einem Dritt-Beobachter) war es bei vorliegender Fallkonstellation — die Marktgemeinde wollte dem Kläger bei der Betriebserweiterung zur Seite stehen — nicht offenkundig, daß der Beitragsverzicht auf einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet. In dem Erlaß der Beitragsbescheide vom 5.8.1975 kann auch nicht die konkludente Rücknahme des Verwaltungaktes über den bereits 1971 zugesagten Beitragsverzicht gesehen werden, da die Voraussetzungen des § 130 Abs. 2 AO nicht vorliegen (dem Kläger war die Rechtswidrigkeit des Beitragsverzichts nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt, § 130 Abs. 2 Nr. 4 AO). Da auch ein rechtswidriger Beitragsverzicht Wirksamkeit entfaltet, war eine spätere Heranziehung zu Beiträgen nicht mehr möglich.

Fall 6: Verzicht auf Erschließungsbeiträge nur gegenüber einem von mehreren Grundstückskäufern

Diese Klage erweist sich als unbegründet. Hierbei ist schon sehr zweifelhaft, ob die Gemeinde auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen durch Ziffer XXII der notariellen Urkunde vom 16.1.1979 überhaupt verzichtete bzw. zusagte, die Klägerin von künftigen Beiträgen freizustellen. Eine notarielle Beurkundung mit eben diesem Inhalt wäre auch nicht rechtswirksam gewesen, so daß letztlich eine Auslegung der Ziffer XXII offenbleiben kann. Denn auch ein vereinbarter Beitragsverzicht wäre von der gesetzlichen Regelung des § 135 Abs. 5 BauGB nicht gedeckt gewesen. Ein Beitragsverzicht liegt nämlich nicht im öffentlichen Interesse i. S. v. § 135 BauGB, wenn eine Gemeinde bei zahlreicher Ansiedelung von Gewerbe- und Industriebetrieben in einem Fall auf die Erhebung von Beiträgen verzichtet, während sie in einer Vielzahl gleichgelagerter Fälle auf der Erhebung von Erschließungsbeiträgen besteht. Ein dennoch vereinbarter vertraglicher Abgabeverzicht verstößt zudem gegen das Gebot der Abgabenerhebung nach Maßgabe der Gesetze (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 61, 62 BayGO). Der Verstoß gegen das gesetzliche Gebot führt zur Nichtigkeit der Vereinbarung (§ 134 BGB), was auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt, Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG (ggf. analog). Die Beitragserhebung erfolgte daher zu Recht.

Fall 7: Verzicht auf Erschließungsbeiträge zur Vermeidung eines Enteignungsverfahrens

Auch diese Klage erweist sich als unbegründet. Die notarielle Beurkundung des Abgabeverzichts (8.6.1964) hätte nicht erfolgen dürfen, da der vereinbarte Verzicht wie im Falle 6 gegen das Gesetz verstößt und damit nichtig ist, Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG (ggf. analog), § 134 BGB. Die Stadt erhebt daher zu Recht einen Erschließungsbeitrag. Daß die Nichtigkeit des Abgabeverzichts über § 139 BGB wohl zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt mit der Notwendigkeit dessen bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung, führt ggf. zu weiteren Rechtsstreitigkeiten, wobei — bei bereits erstellter Straße — nach § 818 Abs. 3 BGB lediglich mehr ein Wertersatz zurückzugewähren ist (was ggf. auf den vereinbarten Kaufpreis hinausläuft). Ist die Straße noch nicht erstellt (und damit die Herausgabe des abgetretenen Grundstücks möglich), so könnte die Gemeinde der Herausgabe ggf. durch Einleitung eines Enteignungsverfahrens begegnen.

Wollte man der (unzutreffenden) Ansicht des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs⁶⁸ folgen und aus dem gegenseitigen Vertragsgefüge den Buchstaben F der notariellen Vereinbarung vom 8.4.1964 herauslösen, um diesen als einseitigen Verwaltungsakt (Vorausverzicht) der Stadt zu werten, so ist das Ergebnis kein anderes. Ein derartiger Vorausverzicht wäre nach § 125 Abs. 1 AO nichtig; denn kann der Beitragsverzicht der Stadt erst nach mehrjährigen Verhandlungen und (trotz deren Hinweise auf die Beitragserhebungspflicht) abgerungen werden, so mußte auch dem Betroffenen der besonders schwerwiegende Fehler der Vereinbarung offenkundig sein⁶⁹. Im übrigen kommt es auf dessen Meinung nicht an, sondern auf den Eindruck, der sich einem unvoreingenommenen, verständigen Beobachter aufdrängen muß. Man braucht sich dabei nur vorzustellen, wie die Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Beitragserhebung verzerrt wird, wenn die wegen einer Straßengrundabtretung angesprochenen Grundstückseigentümer diesen mit mehr oder weniger Hartnäckig-

keit vom Erlaß des künftigen Erschließungsbeitrages (dessen Höhe zudem in diesem Zeitpunkt noch gar nicht feststeht) abhängig machen. Wegen der von ihnen erstrebten Vorteile ist der Blick der Abtretenden hierbei stets „getrübt“. Für den „aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachter“ ist die Fehlerhaftigkeit eines solchen Erlasses indes offenkundig⁷⁰.

V. Zusammenfassung

Die notarielle Beurkundung von Ablösungsvereinbarungen muß die unterschiedlichen Voraussetzungen beachten, die für die Ablösung von Erschließungsbeiträgen das Baugesetzbuch und für die Ablösung der weiteren kommunalen Beiträge (Kanal, Wasser, Straßenausbau) die Rechtsprechung zu Art. 5 BayKAG vorgeben.

Bei Ablösung eines Erschließungsbeitrages ist vor einer Beurkundung stets zu prüfen, ob die Erschließungsbeitragsatzung „Bestimmungen“ i. S. v. § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB über die Ablösung enthält oder ob derartige vorher bereits durch einen Gemeinderatsbeschluß getroffen worden sind. Fehlen Bestimmungen über die Ablösung, so darf eine Beurkundung nicht erfolgen; dasselbe gilt, wenn der Ablösungsbetrag nicht vom Kaufpreis selbst abgesetzt und damit offenkundig gemacht ist. Ablösungsbestimmungen müssen nicht vorliegen, wenn die Ablösung eines Beitrages nach Art. 5 BayKAG beurkundet werden soll. In diesem Fall muß ganz besonders auf die Äquivalenz der Gegenleistung geachtet werden. Fehlt es an deren Gleichwertigkeit, so wird eine nur in seltenen Ausnahmefällen mögliche (§ 227 AO) Verichtsvereinbarung beurkundet.

Verichtsvereinbarungen dürfen nur getroffen werden, wenn bei Erschließungsbeiträgen der Tatbestand des § 135 Abs. 5 BauGB und bei sonstigen Beiträgen der des § 227 AO gegeben ist. Es muß hier zu äußerster Zurückhaltung geraten werden. Insbesondere liegen bei Betriebsansiedlungen meist die Voraussetzungen eines Erlasses nicht vor. Einseitige Beitragsverzichte von Gemeinden, die trotz fehlender Erlaßvoraussetzungen möglicherweise nur rechtswidrig und damit wirksam sind, spielen für notarielle Beurkundungen meist keine Rolle, da die Gemeinden diese Regelungen durch einseitigen Verwaltungsakt treffen.

Daß Ablösung und Beitragsverzicht kein Geschäft der laufenden Verwaltung i. S. v. Art. 37 BayGO darstellen, sondern hierzu eine Beschlußfassung des Gemeinderats bzw. eines beschließenden Ausschusses (je nach Größe der Gemeinde) erforderlich ist, und daß auch die für Verpflichtungserklärungen⁷¹ erforderliche (und durch notarielle Beurkundungen bewirkte) Schriftform, Art. 38 Abs. 2 BayGO, zu beachten ist, versteht sich von selbst.

⁶⁸ BayVGH v. 30.1.1989 a. a. O. (Fn. 67).

⁶⁹ Die gegenteilige Ansicht des BayVGH v. 30.1.1989 a. a. O. (Fn. 67) ist in sich selbst schon widersprüchlich; denn einerseits löst der BayVGH die im Synallagma stehende Verichtsabrede aus dem Vertrag heraus und qualifiziert diese als einseitige Verichtsverfügung, um dann sofort aber bei Prüfung des § 125 AO wieder auf den Vertragsinhalt (Fehlen der Offenkundigkeit) zurückzugreifen.

⁷⁰ VG Regensburg v. 27.5.1983 a. a. O. (Fn. 11); vgl. hierzu auch BVerwG v. 18.11.1977 a. a. O. (Fn. 4) — der Wunsch, den Straßengrund im Wege des freihändigen Erwerbs und nicht durch Enteignung zu erlangen, rechtfertigt keinen Beitragsverzicht. Im Rahmen einer Ablösungsvereinbarung kann ein entsprechendes Entgegenkommen des Anliegers keinesfalls als äquivalente Gegenleistung betrachtet werden.

⁷¹ Ob auch Verfügungsgeschäfte der Schriftform bedürfen, ist strittig, vgl. Widmann-Grasser, Art. 38 GO, Anm. 6; Hölzl-Hien, Art. 38 GO, Anm. 3.

Bescheinigungen aus dem Handelsregister

Von Notar Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

In Rpfleger 1989, 142 hat sich Dr. Ulrich Mayer, Waldbronn, mit der Vertretungsbescheinigung des Notars (§ 21 BNotO) befaßt. Er meint, daß es sich um eine Zeugnisurkunde handle. Der Notar bezeuge in der Vertretungsbescheinigung, daß er das Handelsregister persönlich eingesehen habe. Wenn dies nicht der Fall ist, liege der Tatbestand der Falschbeurkundung (§ 348 StGB) vor¹. Dabei kennt Meyer sehr wohl den „von der Praxis bisher beschrittenen Weg, das Handelsregister durch Dritte einsehen zu lassen“. Er ist aber der Meinung, daß Abhilfe nur durch eine Änderung des § 21 BNotO geschaffen werden könne.

Daß der Ruf an den Gesetzgeber bei der Überlastung des Bundestags mit anderen Gesetzesvorlagen kaum Erfolg haben kann, ist offenkundig. Ein Einschreiten des Gesetzgebers ist aber m.E. nicht notwendig. Erforderlich ist es, auf das Wesen der „Bescheinigung“ näher einzugehen.

I.

Das Gesetz nennt drei Fälle von Bescheinigungen aus dem Handelsregister. Nach § 21 BNotO ist der Notar zuständig, „Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung“ auszustellen („Vertretungsbescheinigung“). § 22 a BNotO² sieht eine „Bescheinigung über das Bestehen oder den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, die Firmenänderung, Verschmelzung oder sonstige rechtserhebliche Umstände“ („Gesellschaftsbescheinigung“) vor. Schließlich hat der Notar eine Bescheinigung über die Vollständigkeit der Satzung einer Aktiengesellschaft (§ 181 AktG) oder des Gesellschaftsvertrags einer GmbH (§ 54 GmbHG) („Satzungsbescheinigung“) auszustellen³.

In all diesen Fällen wird die Bescheinigung auf der Grundlage des Handelsregisters erstellt. Dies ist in den §§ 21 und 22 a BNotO ausdrücklich vorgesehen; aber auch die Satzungsbescheinigung kann der Notar nur ausstellen, wenn er aus dem Handelsregister das Datum der letzten Satzungsänderung festgestellt hat.

II.

Wenn Mayer für den Fall der Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO (die beiden anderen Fälle erwähnt er nicht) die

¹ Man denke nur an den häufigen Fall, daß der Notar aufgrund einer Registereinsicht seines Sozios die Bescheinigung ausstellt, oder der Notarvertreter aufgrund einer Einsicht, die der vertretene Notar selbst vorgenommen hat. Niemand wird hier Bedenken haben, obwohl der Aussteller „persönlich“ das Register nicht eingesehen hat.

² Eingefügt durch das BeurkG vom 28.8.1969.

³ Eingefügt durch Gesetz zur Durchführung der 1. Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 15.8.1969; im einzelnen Röll DNotZ 1970, 337.

Auffassung vertritt, es liege eine Zeugnisurkunde vor, so verkennt er den Rechtscharakter der genannten Bescheinigungen. Die Ausstellung einer Vertretungsbescheinigung (§ 21) gehört zwar zur „Urkundstätigkeit“ des Notars; dafür gelten die Vorschriften der §§ 15 (Pflicht zur Amtsausübung), 16 (Befangenheit) und 17 BNotO (Armenrecht)⁴, sowie das Haftungsprivileg des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO. Diese Tätigkeit ist aber nicht „Beurkundung“. „Beurkundung“ ist die Errichtung einer Zeugnisurkunde als die schriftliche Niederlegung der vom Notar persönlich wahrgenommenen Tatsachen (insbesondere rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen): Das schriftliche Zeugnis des Notars tritt an die Stelle einer mündlichen Zeugenaussage. Nur in diesen Fällen gibt das Gesetz die Beweisvermutung der Wahrheit (§ 415 ZPO)⁵.

III.

In vielen Fällen sind dem Notar neben der Errichtung von Zeugnisurkunden auch andere Aufgaben übertragen. Als Teil der ihm obliegenden „Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege“ (§ 24 BNotO) kann der Notar auch Gutachten abgeben; er kann schriftliche Berichte erstellen tatsächlichen und rechtlichen Inhalts. Solche Berichte sind keine Zeugnisurkunde, weil sie nicht oder nicht ausschließlich auf eigenen Wahrnehmungen des Notars beruhen. Dafür ist der Ausdruck „Bestätigung“ üblich. Hier geht es nicht um die Wahrheit eines Zeugnisses, sondern um die inhaltliche Richtigkeit.

In der Praxis kommen solche Bestätigungen häufig vor, insbesondere auf dem Gebiet des Grundbuchverkehrs. Zunächst spielten „HGA-Bestätigungen“ eine große Rolle: In der Zeit, als der gute Glaube des Grundbuchs durch die öffentliche Last der Hypothekengewinnabgabe durchbrochen war, gewannen Bestätigungen des Notars über die Freiheit von der Hypothekengewinnabgabe außerordentliche Bedeutung. Heute haben insbesondere „Rangbestätigungen“ hervorragende praktische Bedeutung, nämlich Bestätigungen darüber, daß eine Eintragungsbewilligung über ein zu bestellendes Grundpfandrecht dem Grundbuchamt vorgelegt ist und keine Hindernisse ersichtlich sind, die der Eintragung entgegenstehen könnten. Hierher gehört auch die Bestätigung über die Voraussetzungen der Kaufpreisfälligkeit (Fälligkeitsmitteilung).

⁴ In § 15 BNotO (Pflicht zur Amtsausübung) sind als „Urkundstätigkeit“ die §§ 20–22 BNotO (nicht aber § 22 a) genannt, in §§ 16 und 17 BNotO die §§ 20 bis 22 a BNotO. Die Satzungsbescheinigung des § 54 GmbHG und des § 181 AktG sind in der BNotO nicht besonders erwähnt. Sie gehören zur notariellen Betreuungspflicht (§ 24 BNotO).

⁵ Im einzelnen Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege (1989) S. 96 ff.

Die Rangbestätigung ist ein „gesetzlich nicht vorgesehenes Rechtsinstitut“⁶. Sie kann zwar Feststellungen über vom Notar wahrgenommene Tatsachen enthalten, stellt aber überwiegend eine Beurteilung der Rechtslage (in Bezug auf etwa vorgehende Rechte oder Vollzugshindernisse) dar. Die Rangbestätigung wird daher als Ganzes nicht als Zeugniskunde, sondern als gutachtliche Stellungnahme aufgefaßt⁷.

IV.

Aus solchen formlosen „Bestätigungen“ hat sich die Notarbescheinigung entwickelt. Richtet sich die Bestätigung zunächst nur an den Auftraggeber, so geht die Bedeutung einer mit Unterschrift und Siegel versehenen „Bescheinigung“ darüber hinaus. Wegen der äußeren Ähnlichkeit mit einer Zeugniskunde vertraut der Rechtsverkehr ohne weiteres auf ihre Richtigkeit. Die Bescheinigung wird dem Rechtsverkehr als Mittel zur Kundbarmachung von Rechtsverhältnissen verwendet⁸.

Gegenstand der Bescheinigung ist ein anderer als der der Zeugniskunde. Gegenstand der Zeugniskunde ist in der Regel ein einmaliger Vorgang; es kann auch ein tatsächlicher Zustand bezeugt werden, den der Notar persönlich wahrgenommen hat. Die Wahrnehmung ist aber immer an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden. Die Zeugniskunde kann nur berichten, daß der bezeugte Zustand in einem bestimmten Zeitpunkt (dem der Wahrnehmung) bestand, niemals, daß der Zustand zur Zeit der Niederlegung des Berichts oder darüber hinaus noch andauert. Ein weitergehender Bericht ist immer auf Schlußfolgerungen aufgebaut, kann also nur den Inhalt einer „Bescheinigung“ bilden.

Der wichtigste Fall der Bescheinigung ist der Erbschein. Er bezeugt nicht die Wahrnehmung des ausstellenden Nachlaßgerichts, sondern berichtet über eine Rechtslage. Bescheinigungen der verschiedensten Art werden häufig von amtlichen Stellen abgegeben, sind aber selten so gut mit Beweisregeln abgesichert wie der Erbschein⁹.

Der Notar darf Bescheinigungen (im Gegensatz zu Bestätigungen) nur in den gesetzlich genannten Fällen erteilen. Das Beurkundungsgesetz hat diese Fälle erheblich erweitert durch die Einfügung der Gesellschaftsbescheinigung des § 22 a BNotO (wenn auch beschränkt auf den Gebrauch im Ausland) sowie durch die Erweiterung des § 21 BNotO: Die Einschränkung, daß die Vertretungsbescheinigung nur hinsichtlich der Vertretungsberechtigung „der bei einer Beur-

kundung oder Unterschriftsbeglaubigung Beteiligten“ ausgestellt werden darf, wurde durch das Beurkundungsgesetz gestrichen.

V.

Die vom Notar ausgestellte Bescheinigung ist eine amtliche Urkunde, weil sie nach ihrer Form (Siegel) als von einer Urkundsperson errichtet sich darstellt (§ 437 ZPO). Sie hat die Vermutung der Echtheit für sich. Sie ist aber keine Zeugniskunde; die Wahrheitsvermutung der §§ 415, 418 ZPO kommt nicht in Betracht. Es handelt sich nicht um die Wahrheit eines Zeugnisses, sondern um die Richtigkeit der Bescheinigung. Gesetzliche Beweisregeln bestehen nur für die Vertretungsbescheinigung (die Bescheinigung hat die gleiche Beweiskraft „wie ein Zeugnis des Registergerichts“) und für die Übersetzungsbescheinigung des § 50 BeurkG. Bescheinigungen, die von Notaren ausgestellt sind, genießen aber im Rechtsverkehr hohes Vertrauen, ohne daß gesetzliche Beweisregeln bestehen.

Weder für die Gesellschafterbescheinigung (§ 22 a BNotO) noch für die Satzungsbescheinigung gelten gesetzliche Beweisregeln; der Rechtsverkehr geht aber ohne weiteres von der Richtigkeit solcher Bescheinigungen aus.

Dies gilt im übrigen auch für Bescheinigungen ausländischer Notare. Hier gelten im deutschen Recht nur die Beweisregeln des § 438 ZPO: Die Unterschrift des ausländischen Notars hat, wenn sie mit Legalisation oder Apostille versehen ist, die Beweisvermutung der Echtheit für sich. Darüber hinaus vertraut der Rechtsverkehr¹⁰ auch auf die inhaltliche Richtigkeit solcher Notarbescheinigungen, obwohl hierüber keine gesetzlichen Beweisregeln bestehen^{10a}.

VI.

Das Verfahren der Ausstellung von Bescheinigungen ist gesetzlich nicht geregelt. In jedem Fall hat der Notar aber die zugrundeliegenden Tatsachen zu erheben, die rechtlichen Schlußfolgerungen zu treffen und das Ergebnis schriftlich niederzulegen.

Dabei ist der Notar grundsätzlich frei; er braucht insbesondere die zugrundeliegenden Tatsachen nicht selbst zu erheben, sondern kann sich einer Hilfsperson bedienen. Dies muß auch für die Vertretungsbescheinigung gelten. Etwas anderes ist auch aus § 21 Abs. 2 BNotO nicht zu entnehmen, der bestimmt, daß der Notar die Bescheinigung nur ausstellen darf, „wenn er zuvor das Register oder eine beglaubigte Abschrift desselben eingesehen hat“.

Hat der Notar das Register nicht persönlich sondern durch eine Hilfsperson eingesehen, so liegt eine Dienstverfehlung¹¹ keinesfalls vor. Der Notar braucht das Register nicht

⁶ BayObLG 1.6.1970, DNotZ 1971, 250/252.

⁷ Ertl, DNotZ 1969, 650.

⁸ Im einzelnen Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege (1989) S. 115 ff. Während die Bestätigung nur gegenüber dem Auftraggeber abgegeben wird, richtet sich die Bescheinigung an jedermann. Sie ergänzt damit die öffentlichen Register. Dies wird besonders bei der Satzungsbescheinigung deutlich.

⁹ Nicht zu verwechseln mit Bescheinigungen sind die kleinen Tatsachenzugnisse des § 20 Abs. 1 letzter Halbsatz BNotO: Der Notar ist danach zuständig für „die Ausstellung sonstiger Bescheinigungen über amtliche von ihm wahrgenommene Tatsachen“. Darunter zählen z.B. Lebensbescheinigungen. Dies sind Tatsachenbeurkundungen, sie enthalten Zeugnisse über Tatsachen, die der Notar wahrgenommen hat. Handelt es sich um „einfache Zeugnisse“, so genügt für das Beurkundungsverfahren die Vermerkform, wie für die in § 39 BeurkG ausdrücklich genannte „Feststellung des Zeitpunktes, zu dem eine Privatursache vorgelegt worden ist“ Irreführend ist die (aus der RNotO von 1937 übernommene Bezeichnung der kleinen Tatsachenzugnisse als „Bescheinigungen“. Der Begriff der Bescheinigung wird in der neueren Literatur in einem anderen Sinn verwendet.

¹⁰ OLG Köln 4.5.1988, MittBayNot 1989, 104.

^{10a} Das gleiche gilt im übrigen auch für ausländische Zeugniskunden. Auch hier geht der Rechtsverkehr von der Wahrheit des in einer ausländischen notariellen Zeugniskunde niedergelegten Zeugnisses ohne weiteres aus, wenn nur feststeht, daß die Urkunde von einem ausländischen Notar herrührt (Echtheit).

Diese Frage ist zu unterscheiden von der Frage der Substitution: der Frage, ob eine von einem ausländischen Notar aufgenommene Niederschrift dem Erfordernis der „notariellen Beurkundung“ nach inländischem materiellem Recht genügt, ob als „Notar“ im Sinne inländischer materieller Formvorschriften jeder „lateinische“ Notar oder überhaupt jedermann gilt, der in seiner Rechtsordnung als notary o.ä. bezeichnet wird (dazu im einzelnen Reithmann, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1989, S. 328 ff.).

¹¹ Der Tatbestand der Falschbeurkundung kommt schon begrifflich nicht in Betracht, weil die Ausstellung einer Bescheinigung keine „Beurkundung“ ist.

persönlich einzusehen¹². Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er für die Einsicht des Handelsregisters (§ 147 Abs. 1 KostO) eine höhere Gebühr vorsieht als für die Vertretungsbescheinigung (§ 150 KostO)¹³.

VII.

Die Aufgabe, aus dem (aus dem Register festgestellten) Sachverhalt die rechtlichen Schlußfolgerungen zu ziehen, obliegt dem Aussteller der Bescheinigung persönlich. Er stellt nicht nur fest, wer (z.B. als Geschäftsführer einer GmbH) im Handelsregister eingetragen ist, sondern bescheinigt, daß diese Personen einzeln oder zusammen mit anderen Personen berechtigt sind, die Gesellschaft (als Geschäftsführer) zu vertreten, u.U. auch unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Für die Abfassung des Schriftstücks schreibt § 39 BeurkG für alle „Bescheinigungen über Eintragungen in öffentlichen Registern“ die gleichen Erfordernisse vor, die auch für einfache Tatsachenzugnisse gelten, nämlich Angabe von Ort und Tag der Ausstellung der Bescheinigung sowie Unterschrift und Siegel des Notars¹⁴.

Bei der Vertretungsbescheinigung schreibt § 21 BNotO vor, neben dem Tag der Ausstellung der Bescheinigung auch den Tag der Einsichtnahme in das Register anzugeben. Bei der Gesellschaftsbescheinigung (§ 22 a BNotO) und der Satzungsbescheinigung (§ 54 GmbHG) besteht eine solche Vorschrift nicht, die Angabe des Tags der Einsicht in das Register ist jedoch rätlich.

Der Rechtsverkehr geht ohne weiteres davon aus, daß die bescheinigte Rechtslage im Zeitpunkt der Ausstellung der Bescheinigung noch zutrifft. Zweckmäßig ist es, daß der Notar, falls die Einsicht in das Register schon einige Zeit zurückliegt, sich durch andere Hilfsmittel, z.B. telefonische

Anfragen, davon überzeugt, daß Zwischeneintragungen im Register nicht erfolgt sind.

Gerade weil es dem Notar freisteht, welcher Mittel er sich zur Feststellung der zugrundeliegenden Tatsachen (und in umstrittenen Fällen auch für die rechtlichen Schlußfolgerungen) bedient, hat er auch die Verantwortung für die Richtigkeit der Bescheinigung. Bei der Ausstellung einer Bescheinigung wie bei anderen Amtsgeschäften hat der Notar mit Sorgfalt und nach den Regeln der Praxis vorzugehen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. dazu auch *Dieterle* „Die Vertretungsbescheinigung gemäß § 21 BNotO“ in *BWNotZ* 1990, 33 und *Assenmacher* „Nochmals: Die Vertretungsbescheinigung des Notars“ in *Rpfleger* 1990, 195.

¹² Der Notar kann sich Hilfspersonen bedienen, Seybold/Hornig 5. Aufl. Rz. 18 zu § 21; LG Aachen 20.4.1988, *MittBayNot* 1990, 125 (in diesem Heft).

¹³ Für die Einsicht des Handelsregisters sieht § 147 Abs. 1 KostO eine Gebühr von DM 25,— vor; für die Vertretungsbescheinigung erhält der Notar die Gebühr des § 150 KostO (DM 15,—). Fraglich ist, ob beide Gebühren anfallen, wenn der Notar vor Ausstellung der Bescheinigung das Register persönlich einsieht. Diese Frage wird bejaht von Reimann in *Korintenberg/Lappe/Bengl/Reimann*, KostO (11. Aufl.) § 147 Rz. 12; Schmidt Juristisches Büro 1987, 641/643 und OLG Zweibrücken 3.3.1988, *MittBayNot* 1988, 240; aber verneint von OLG Hamm 30.11.1988, *DNotZ* 1989, 722.

Dies gilt aber nur, wenn die Bescheinigung in einer gesonderten Urkunde enthalten ist. Häufig wird die Bescheinigung in die Niederschrift über eine Beurkundung aufgenommen. Dann ist Angabe von Datum und Ort nicht erforderlich, weil diese schon in der Niederschrift enthalten sind. Ebenso wenig ist eine (besondere) Unterschrift des Notars und Siegel erforderlich.

Das gleiche gilt, wenn die Bescheinigung in dem Beglaubigungsvermerk der Unterschriftsbeglaubigung aufgenommen wird.

Isolierter Miteigentumsanteil und gutgläubiger Erwerb im Wohnungseigentum

— zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 3.11.1989 — V ZR 143/87 — *

Von Notar Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

Aufteilungen zu Wohnungseigentum entsprechen oft nicht den gesetzlichen Vorschriften. Hierbei geht es seltener um rechtliche Fehler bei der Aufteilung. Häufiger ist eine spätere Bebauung, die dem Teilungsplan widerspricht. Derartige Fehlleistungen sind in der Regel weder für den Notar, noch für das Grundbuchamt erkenntlich oder vorausehbar. So sind Aufteilungen in das Grundbuch eingetragen, die ganz oder teilweise nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und den gesetzlichen Vorschriften entsprechen.

Solche Fehlleistungen werden oft erst nach Jahren oder Jahrzehnten offenbar. Es hätte verheerende Folgen, wenn die Gerichte aus einem Fehler in der Teilungserklärung die Nichtigkeit der ganzen Aufteilung herleiten würden und auch keine Heilung durch gutgläubigen Erwerb zuließen. Die Folge wäre, daß an Stelle der Wohnungseigentümergeinschaft eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB treten würde. Vor allem das Unauflöslichkeitsverbot des § 11 WEG würde nicht gelten mit der Folge, daß ein Pfändungsgläubiger (§ 751 BGB) oder Konkursverwalter (§ 16 Abs. 2 KO) die Aufhebung der ganzen Eigentümergemeinschaft im Wege der Teilungsversteigerung betreiben könnte. Allein durch die Möglichkeit solcher Maßnahmen wären die Miteigentumsanteile und auch die Grundpfandrechte der Gläubiger entwertet.

Die Unsicherheit hierüber war bisher groß. Man sprach von „Geburtsfehlern der Gemeinschaft“, die als „Zeitbomben“ irgendwann einmal explodieren und schwersten Schaden anrichten könnten.

Es kann dem BGH gar nicht hoch genug angerechnet werden, daß er mit seinem Urteil vom 3.11.1989 diese Befürchtungen mit einem Schlag gegenstandslos gemacht hat. Diese Grundsatzentscheidung betrifft zwei Sachverhalte: Einmal den „isolierten“, also mit Sondereigentum nicht verbundenen Miteigentumsanteil und die Frage des gutgläubigen Erwerbs im Anschluß an eine nichtige, aber im Grundbuch eingetragene Aufteilung. In beiden Fällen hat der BGH eine den Interessen aller Beteiligten gerechte Regelung getroffen.

1. „Isolierter“ Miteigentumsanteil

a) Dingliche Probleme

Ein „isolierter“ Miteigentumsanteil liegt bei einem Eigentumswohnungsgrundstück dann vor, wenn mit einem Miteigentumsanteil Sondereigentum nicht verbunden ist. Nach §§ 8, 3 Abs. 1 WEG muß aber mit einem Miteigentumsanteil Sondereigentum verbunden sein. Das Grundbuchamt darf

eine Aufteilung zu Wohnungseigentum nicht eintragen, wenn ein „isolierter“ Miteigentumsanteil vorhanden ist. In dem zur Entscheidung stehenden Fall hat aber die Eintragung trotzdem stattgefunden.

Es handelt sich um folgenden Sachverhalt:

Die allein für die Heizanlage bestimmten Räume waren zu Teileigentum erklärt worden. Das wäre nur möglich gewesen, wenn die Heizanlage auch noch andere Gebäude außerhalb der Wohnanlage mit Wärme versorgt hätte¹. Das traf jedoch nicht zu. Gemäß § 5 Abs. 2 WEG gehörten daher die Heizräume zwingend zum gemeinschaftlichen Eigentum mit der Folge, daß mit dem betreffenden Miteigentumsanteil Sondereigentum nicht verbunden war². Insoweit war das Grundbuch unrichtig.

Die gleiche Situation kann übrigens durch eine teilungsplanwidrige Bebauung entstehen. Hierfür ein Beispiel: Die Tiefgarage im Keller wird anders gebaut, als im Teilungsplan vorgesehen. Dort wo ein Stellplatz hätte sein sollen, befindet sich eine tragende Mauer. Da die für das Teileigentum notwendige Räumlichkeit fehlt und auch nicht nachträglich geschaffen werden kann, ist mit dem Miteigentumsanteil weder Sondereigentum, noch eine Anwartschaft hierauf verbunden. Auch hier besteht ein „isolierter“ Miteigentumsanteil.

Die gleiche Lage würde bei nicht überdachten Stellplätzen auf dem Oberdeck eines Garagengebäudes bestehen, wenn hier die Teilungserklärung Sondereigentum vorsieht und sich die Auffassung durchsetzen würde, daß in solchen Fällen Sondereigentum nicht begründet werden kann³.

Ähnliches gilt für das Mitsondereigentum⁴ an „Vorfluren“, wenn mit ihnen ein besonderer Miteigentumsanteil verbun-

1 BGH NJW 1975, 688; LG Bayreuth Rpfleger 1973, 401; MünchKomm-Röll 2. Aufl. § 5 Rdnr. 13; a.A. Conitz Rpfleger 1973, 390.

2 BGHZ 73, 302 = NJW 1979, 2391; BayObLG Rpfleger 1980, 230; MünchKomm-Röll wie Fn. 1 § 5 Rdnr. 16.

3 Sondereigentum wird anerkannt von OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 312; OLG Köln DNotZ 1984, 700; Merle Rpfleger 1977, 196; Schmidt DNotZ 1984, 704; a.A. AG Lübeck Rpfleger 1976, 252; Palandt-Bassenge 49. Aufl. Anm. § 3 Anm. 2 b.

4 Mitsondereigentum an Räumen wird abgelehnt von BayObLGZ 1984, 136; OLG Düsseldorf Rpfleger 1975, 308; OLG Köln OLGZ 1984, 294; OLG Hamm DNotZ 1987, 225 = OLGZ 1986, 415; LG Düsseldorf MittRhNotK 1974, 477; Weitnauer Kommentar zu WEG, 7. Aufl. § 5 Rdnr. 24; a.A. LG Kempten MittBayNot 1975, 166; Hurst DNotZ 1968, 131; RGRK-Augustin Kommentar zu WEG § 5 Rdnr. 37.

* MittBayNot 1990, 30.

den ist⁵. Solche Teileigentumsrechte wurden im Anschluß an die Teilung einer großen Wohnung in zwei kleine begründet. Die h. M lehnt jedoch das Mitsondereigentum ab. Trotzdem haben in Einzelfällen Grundbucheintragungen stattgefunden.

Der BGH geht davon aus, daß die teilweise Unwirksamkeit der Aufteilung die Teilung im übrigen unberührt läßt. Richtig sagt das Gericht hierzu: „Der beabsichtigte Schutz der anderen Miteigentümer würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn als Folge des Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 WEG der Gründungsakt insgesamt nichtig und deshalb kein Wohnungseigentum entstanden wäre“. Hierbei beruft sich der BGH auf eine Bestimmung in der Teilungserklärung, wonach die gesetzliche Vermutung des § 139 BGB ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Es wäre aber auch nicht anders gewesen, wenn diese Klausel in der Teilungserklärung gefehlt hätte. § 139 BGB begründet nur eine Vermutung im Zweifelsfalle. Es kann aber keinem Aufteilenden unterstellt werden, er habe die Nichtigkeit der ganzen Aufteilung gewollt, wenn mit einem Miteigentum kein Sondereigentum verbunden ist. Das ist auch die Ansicht des BGH.

Bemerkenswert ist hier auch, daß der BGH die Rechtswirksamkeit der Aufteilung wegen der nicht betroffenen Wohnungen sofort mit der Eintragung eintreten läßt und nicht erst im Anschluß an einen gutgläubigen Erwerb.

b) Bereinigung der Eigentumsverhältnisse

Die Grundbucheintragung widerspricht der wirklichen Rechtslage. Die Wohnungsgrundbücher sind unrichtig. Die Grundbucheintragung bewirkt einen falschen Anschein. Es würde den Grundsätzen des WEG — insbesondere auch im Hinblick auf die Verwaltung der Eigentumswohnanlage — widersprechen, wenn der im System des WEG sinnlose „isolierte“ Miteigentumsanteil und die irreführende Grundbucheintragung weiterbestehen müßten. Es besteht daher ein gegenseitiger Anspruch aller Wohnungseigentümer, daß ein Ergebnis herbeigeführt wird, das dem § 3 Abs. 1 WEG entspricht. Diese Verpflichtung ergibt sich aus der Wohnungseigentümergeinschaft und wurde vom BGH und mir als „dingliche Verstrickung“ aller Eigentümer bezeichnet⁶.

Wie der BGH richtig ausführt, muß der isolierte Miteigentumsanteil im Zweifel anteilig auf alle anderen Eigentümer übertragen werden (Übereignung und Vereinigung nach § 890 Abs. 1 oder Bestandteilszuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB). Damit vermindert sich die Zahl der Miteigentumsanteile um einen und mit jedem Miteigentumsanteil ist dann entsprechend § 3 Abs. 1 WEG Sondereigentum verbunden. Im zur Entscheidung stehenden Fall war dies auch die einzig mögliche Lösung.

Bei anderen Sachverhalten sind aber auch andere Lösungsmöglichkeiten denkbar. So könnte in dem bereits erwähnten Fall des „verbauten“ Tiefgaragenstellplatzes der Bauträger den isolierten Miteigentumsanteil mit einer noch nicht verkauften Wohnung verbinden. Auch dann wäre den Bestimmungen des WEG genüge getan. Eine andere Möglichkeit ist es, mit dem isolierten Miteigentumsanteil ein anderes Sondereigentum zu vereinigen, so z.B. in dem gerade erwähnten Fall einen neuen, in der Teilungserklärung nicht vorgesehenen Garagenabstellplatz zu schaffen und das

Sondereigentum an diesem mit dem bisher isolierten Anteil zu verbinden. Wird so verfahren, so besteht kein Anspruch der anderen Eigentümer auf anteilsweise Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils.

c) Entschädigung

Der BGH sieht in dem von ihm entschiedenen Fall eine Entschädigungspflicht der übrigen Eigentümer gegenüber dem Pseudoeigentümer des Heizwerks vor und leitet dies aus der „dinglichen Verstrickung“ her. Das ist gerechtfertigt; denn den übrigen Eigentümern wächst bei der Bereinigung Eigentum zu, ohne daß sie dafür in den Kaufverträgen eine Gegenleistung erbracht hatten.

Eine solche Entschädigungspflicht kann aber in anderen Fällen nicht bestehen, so etwa im vorerwähnten Fall des „verbauten“ Tiefgaragenstellplatzes; denn hier besteht keine Bereicherung der übrigen Eigentümer. Möglicherweise besteht aber ein Anspruch gegen den Verkäufer des Stellplatzes, falls ein Verkauf des Stellplatzes stattgefunden hat.

Die Entschädigung muß nicht immer in Geld bestehen. Würde z.B. im vorerwähnten Fall der Stellplatz auf dem Oberdeck des Garagengebäudes nicht entstanden sein, so wäre es sachgerecht, wenn den betroffenen Eigentümern Sondernutzungsrechte an den betreffenden Stellplätzen eingeräumt würde, gegen die gleiche Beteiligung an Kosten und Lasten wie bei den Sondereigentümern. Allerdings ist das nur möglich, wenn die betreffenden Berechtigten Wohnungs- und Teileigentümer innerhalb der Anlage sind; denn Sondernutzungsrechte können nur solchen Eigentümern eingeräumt werden⁷. Eventuell könnte das Benutzungsrecht in Form einer Grunddienstbarkeit oder eines langfristigen Mietvertrages eingeräumt werden.

d) Verwaltungsfragen

Oft wird es lange dauern, bis die eigentumsmäßige Bereinigung stattgefunden hat, manchmal wird sie ganz unterbleiben. Während dieser Zeit muß die Anlage verwaltet werden. Es ist davon auszugehen, daß der Inhaber des isolierten Miteigentumsanteils, der nur am Gemeinschaftseigentum beteiligt ist und kein Sondereigentum besitzt, bei der Verwaltung der Eigentumswohnanlage nicht mitwirkt, also keine Kosten zu tragen hat, aber auch kein Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung besitzt.

2. Gutgläubiger Erwerb

a) Erwerb des Sondereigentums

Das weitere Problem in der Entscheidung des BGH betrifft den gutgläubigen Erwerb im Wohnungseigentum.

Es ist offensichtlich, daß es einen gutgläubigen Erwerb nicht nur beim Kauf einer Eigentumswohnung vom Nichteigentümer geben kann, sondern auch in den Fällen, in denen Aufteilung und Gemeinschaftsordnung ganz oder teilweise nichtig, aber im Grundbuch eingetragen sind. Ein gutgläubiger Erwerb wird in diesen Fällen sogar viel häufiger stattfinden als sonst. Die meisten Fälle des gutgläubigen Erwerbs sind aber den Erwerbenden meist gar nicht bewußt geworden.

⁵ So der Fall von OLG Hamm DNotZ 1987, 225 = OLGZ 1986, 415.

⁶ MünchKomm-Röll wie Fn. 1 § 5 Rdnr. 35 a.

⁷ Ertl Rpfleger 1979, 82.

Bisher wurden hierzu drei Ansichten vertreten: Nach einer Meinung gibt es im Bereich des Wohnungseigentums überhaupt keinen gutgläubigen Erwerb⁸. Nach einer anderen Ansicht erwirbt kraft guten Glaubens nur der Gutgläubige Sondereigentum, an den anderen Wohnungen verbleibt es beim gewöhnlichen Bruchteilseigentum⁹. Diese Ansicht ist praktisch nicht durchführbar; denn eine Eigentumswohnunganlage kann nicht teils nach WEG-Vorschriften, teils nach den Bestimmungen über die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) verwaltet werden. Nach einer dritten Ansicht entsteht an allen Wohnungen Sondereigentum, wenn auch nur ein Eigentümer gutgläubig Sondereigentum erworben hat¹⁰. Zu beachten ist auch, daß es außerhalb des Wohnungseigentums beim gutgläubigen Erwerb immer einen Gewinner und einen Verlierer gibt. Gewinner ist der gutgläubige Erwerber, Verlierer ist der im Grundbuch nicht eingetragene wirkliche Eigentümer oder sonstige Berechtigte. Im Bereich des Wohnungseigentumsrechts gibt es in aller Regel nur Gewinner, wenn man der letztgenannten Ansicht folgt; denn alle Beteiligten haben ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran, daß Wohnungseigentum entsteht und nicht das weniger gesicherte, schwerer zu verwaltende und zu veräußernde Bruchteilseigentum.

Der BGH ist der hier vertretenen letztgenannten Ansicht gefolgt. Die Aufteilung war wegen Formverstößes nach § 4 WEG nichtig. Daran konnte auch die Grundbucheintragung nichts ändern. Der BGH nahm jedoch an, daß mit dem gutgläubigen Erwerb an einer Wohnung Sondereigentum nicht an dieser, sondern auch an allen anderen Wohnungen der Anlage entstand.

b) Ausschluß des Erwerbs bei inhaltlich unzulässiger Eintragung

Allerdings ist der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen, wenn die Grundbucheintragung nicht nur im Hinblick auf ihr Zustandekommen, sondern schon ihrem Inhalt nach gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt¹¹. So konnte das Teileigentum an der Heizanlage nicht kraft guten Glaubens erworben werden (§ 5 Abs. 2 WEG).

c) Abgeschlossenheitsprobleme

Keine Probleme gibt es allerdings bei Verstößen gegen das Abgeschlossenheitsgebot (§ 3 Abs. 2 WEG). Insoweit handelt es sich nur um eine Sollvorschrift. War eine Wohnung nicht in sich abgeschlossen, so hätte das Grundbuchamt die Eintragung verweigern müssen; hat aber eine Eintragung stattgefunden, so ist Sondereigentum entstanden¹².

d) Gutgläubiger Erwerb im Hinblick auf die Gemeinschaftsordnung

Ein gutgläubiger Erwerb ist im übrigen nicht nur wegen Sondereigentums möglich, sondern auch wegen Rechten aus der Gemeinschaftsordnung, insbesondere wegen Sondernutzungsrechten¹³. Früher wurde oft die erforderliche Gläubigerzustimmung bei nachträglicher Begründung des Rechts nicht eingeholt. Durch gutgläubigen Erwerb ist dann eine Heilung eingetreten. Es kann nicht eingewandt werden, das Gemeinschaftsverhältnis sei nicht sachenrechtlich und daher dem gutgläubigen Erwerb nicht zugänglich. Jede Gesetzesauslegung muß zunächst vom Wortlaut des Gesetzes ausgehen. § 5 Abs. 4 WEG bestimmt ausdrücklich, daß Vereinbarungen der Wohnungseigentümer durch Grundbucheintragung „zum Inhalt des Sondereigentums“ gemacht werden können. Deutlicher konnte der Gesetzgeber die Verdinglichung des Gemeinschaftsverhältnisses gar nicht zum Ausdruck bringen. Genauso eindeutig spricht auch der Zweck des Gesetzes für eine Verdinglichung und die Anwendung der Gutglaubensvorschriften.

e) Gutgläubiger Erwerb im Hinblick auf Vormerkungen und Grundpfandrechte

Ein gutgläubiger Erwerb ist nicht nur im Anschluß an eine Eigentumsumschreibung, sondern auch wegen sonstiger dinglicher Rechte möglich. Es ist allgemein anerkannt, daß der gutgläubige Vormerkungsberechtigte in direkter oder entsprechender Anwendung des § 888 BGB ein Recht auf Zustimmung zum Erwerb in der vorgesehenen Form gegenüber dem wirklichen Berechtigten hat¹⁴. Dies wird damit begründet, daß heute die Kaufpreiszahlung meist nach Eintragung der Vormerkung stattfindet, die Eigentumsumschreibung aber gar nicht abgewartet werden kann. Dies führt beim Wohnungseigentum dazu, daß der gutgläubige Vormerkungsberechtigte nicht einen Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils, sondern auch auf Einräumung von Sondereigentum hat.

Auch ein gutgläubiger Grundpfandrechtsgläubiger kann sich auf gutgläubigen Erwerb berufen¹⁵. Der Wortlaut des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB enthält eine Regelung in einem Parallellfall („oder ein Recht an einem solchen Recht“). Ist z.B. eine Reallast zwar im Grundbuch eingetragen, in Wirklichkeit aber gar nicht entstanden, so ist trotzdem ein gutgläubiger Erwerb an ihr möglich. Wird z.B. an der Reallast ein Nießbrauch bestellt, so entsteht durch die Nießbrauchsbestellung die bisher nicht vorhandene Reallast. Das gleiche Ergebnis muß für den Grundschuldgläubiger gelten, dessen Recht an einer nur grundbuchmäßig vorhandenen Eigentumswohnung eingetragen wird: Durch den gutgläubigen Erwerb der Grundschuld entsteht Sondereigentum. Dies ist auch gerechtfertigt: Für den Gläubiger ist von entscheidender Bedeutung, ob sich sein Recht nur auf einen Miteigentumsanteil oder auch auf das Sondereigentum erstreckt.

⁸ So Gaberdiel NJW 1972, 847, er nimmt jedoch die Entstehung einer faktischen Gemeinschaft an.

⁹ Däubler DNotZ 1964, 224.

¹⁰ MünchKomm-Röll wie Fn. 1 § 3 Rdnr. 25; Weitnauer wie Fn. 4 Rdnr. § 3 6 g; Demharter Rpfleger 1983, 133.

¹¹ Weitnauer wie Fn. 14 § 3 Rdnr. 6 e; Röll Festschrift für Seuß 1987, 235.

¹² BayObLG Rpfleger 1980, 295; Röll Rpfleger 1983, 380; MünchKomm-Röll wie Fn. 1 § 3 Rdnr. 30; Bärmann-Plick Komm. zu WEG, 6. Aufl. § 3 Rdnr. 37; Weitnauer wie Fn. 4 § 3 Rdnr. 8; a.A. nur Barsties SchIHA 1983, 17.

¹³ OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 318 = OLGZ 1986, 35; Ertl Festschrift für Seuß, 1987, S. 151 ff.

¹⁴ MünchKomm-Wacke 2. Aufl., § 883 Rdnr. 64 ff. und die anderen Kommentare zum BGB; Röll Festschrift für Seuß 1987, S. 237.

¹⁵ Demharter Rpfleger 1983, 133, 136; Weitnauer wie Fn. 4 § 3 Rdnr. 6 e.

Leitsatzsammlung zum bayerischen Kommunalabgabenrecht. Hrsg. v. Dr. Hans Schieder, Ministerialrat, Beate Merk, Oberregierungsrätin und Alfred Hartinger, Geschäftsführer der Direktor des Bayer. Kommunalen Prüfungsverbandes. Loseblattwerk. Stuttgart, München, Hannover. Stand: Dez. 1988, ca. 430 Seiten.*

Das Kommunalabgabenrecht ist in erster Linie Fallrecht. Insbesondere das Beitragsrecht des Art. 5 KAG lebt fast ausschließlich von der Rechtsprechung der zuständigen Senate des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs. Bereits dieser Umstand rechtfertigt die Herausgabe einer Leitsatzsammlung zu diesem Gebiet, die die veröffentlichten und die nicht publizierten Entscheidungen auswertet und die wesentlichen Aussagen der Entscheidungsgründe schlagwortartig und systematisch gegliedert als „Kommentierung“ der Bestimmungen des KAG wiedergibt.

Gleichwohl sind zwei Vorbehalte zu machen: Eine Leitsatzsammlung kann für den juristischen Praktiker nur dann von Nutzen sein, wenn sie möglichst vollständig und aktuell ist. Zwar endet die chronologische Entscheidungsübersicht des besprochenen Werkes momentan mit einem Beschluß des BayVG vom 3.5.1988; dennoch sind alle — jedenfalls für den Grundstücksverkehr — wichtigen Problemkreise behandelt. Neben den speziellen Fragen des Kostenersatzes für Hausanschlußleitungen und der Unzulässigkeit von Vorauszahlungen im Rahmen des Art. 9 KAG¹ sowie des Verhältnisses von privaten Wasserbezugsrechten und kommunalem Anschlußzwang², der Verbesserung bestehender Einrichtungen³, der Umdeutung eines Vorauszahlungs-

einen endgültigen Beitragsbescheid⁴ und der Behandlung „vorläufiger“ Beitragsbescheide⁵ bei Art. 5 KAG werden auch allgemeine Themen erörtert. Diese betreffen vor allem die Problematik einer Aufhebung eines Bescheides und des späteren Neuerlasses⁶, des Abgabeverzichtes bzw. der Abgabvereinbarung⁷, der Heilung rechtswidriger Bescheide insbesondere durch späteren Satzungserlaß und — damit zusammenhängend — des Nachschiebens von Gründen⁸.

Trotz dieser kaum noch zu überbietenden Vollständigkeit⁹ ist auf einen zweiten, mehr grundsätzlichen Vorbehalt hinzuweisen. Eine Leitsatzsammlung kann voraussetzungsgemäß nur Entschiedenenes, nicht aber noch offene Fragestellungen behandeln. Hinzu kommt, daß das Arbeiten selbst mit überarbeiteten Leitsätzen gefährlich sein kann, da sie nicht immer die Genese einer Entscheidung erkennen lassen.

Trotz dieser Vorbehalte: Die Leitsatzsammlung zum bayerischen Kommunalabgabenrecht macht die Lektüre eines Kommentars und der Gründe mancher Entscheidungen zwar nicht entbehrlich, sie bietet aber eine wertvolle Hilfe bei der praktischen Lösung abgabenrechtlicher Probleme.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

* Bezugsquelle: siehe VI. in diesem Heft S. 136.

¹ Kz. 9.1/6 u. 9.5/1. Vgl. auch VGH Kassel, NVwZ-RR 1988, 117.

² Kz. 13.4/9. S. dazu zuletzt BGH, NJW-RR 1988, 1229 u. BayObLG, Urt. v. 12.6.1989 — RReg. 1 Z 170/88 (LS in diesem Heft S. 93).

³ Kz. 5.1/2, 5.2/3 u. 5.2/4.

⁴ Kz. 5.11.1/4 u. 5.11.1/5.

⁵ Kz. 5.11/1.

⁶ Kz. 13.1.9/3.

⁷ Kz. 13.4/3, 13.4/5, 13.4/6 u. 13.4/10.

⁸ Kz. 2.5/3, 2.5/4, 2.5/5, 2.5/6, 2.5/7, 2.5/8, 2.7/1, 2.7/2, 2.7/3, 13.1.9.1/7 u. 13.1.9.1/13 sowie BayVG, BayVBl. 1989, 629.

⁹ Zu ergänzen wären noch BayObLG, BayVBl. 1989, 444 (Beitragspflicht während eines Umlegungsverfahrens); BayVG, BayVBl. 1989, 17 = NVwZ-RR 1989, 39 (Anzeigepflicht in Abgabensatzung) sowie die Klarstellung, daß das in Kz. 13.1.11/22 berichtete Urteil des BayVG, BayVBl. 1989, 86 (Nichtigkeit der Übermittlung einer einzigen Bescheidsausfertigung an Ehegatten), nur für vor dem 1.1.1986 zugestellte Bescheide gilt (vgl. § 155 Abs. 5 AO i. V. m. Art. 13 Abs. 1 KAG).

III. Rechtspredung

A. Bürgerliches Recht

1. Bayerisches Landrecht v. 2.1.1756; EGBGB Art. 170; BGB § 242 (Wegfall der Geschäftsgrundlage bei einem „Wasserrechtsvertrag“)

Auf einen unter Geltung des Bayerischen Landrechts abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrag sind die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar, wenn durch diesen ein Dauerschuldverhältnis begründet wurde, das von beiden Parteien auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfüllt worden ist.

BayObLG, Urteil vom 12.6.1989 — RReg. 1 Z 170/88 — (= BayObLG Z 1989, 216) mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und *Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Anmerkung:

1. Das Verhältnis zwischen altrechtlichen Wasserbezugsrechten und dem Anschluß- und Benutzungszwang an die öffentliche Wasserversorgung hat in letzter Zeit mehrfach die Zivil- und Verwaltungsgerichte beschäftigt¹. Dem vorliegenden Fall lag ein notariell beurkundeter und mit „Kauf und Servitutbestellung“ bezeichneter Vertrag vom 25.9.1896 zugrunde, in dem „behufs Errichtung einer kommunalen Wasserversorgungsanstalt“ verschiedene Grundstückseigentümer der Gemeinde G. das Quellfassungs- und -nutzungsrecht gegen eine Entschädigung und unter der Bedingung abtraten, daß sie berechtigt sein sollten, gegen Zahlung eines jährlichen Wasserzinses von 200 M bzw. 300 M fünf- oder siebenhundert Hektoliter Wasser aus der zu erbauenden gemeindlichen Wasserleitung für ihr jeweiliges Bräuanwesen zu beziehen. Dieses letztgenannte Recht wurde „als Realrecht von der Gemeinde eingeräumt“; „... das Wasserbezugsrecht wurde als Realservitut konstituiert“. Seit 1930/31 ist die Wasserversorgung in der Gemeinde G. öffentlich-rechtlich geregelt, die überlassenen Quellen werden mangels Trinkwasserqualität nicht mehr genutzt und 1976 stellte die Gemeinde G. auch die Gewährung der bisher bezogenen Freiwassermengen ein. Eine gegen die Gebührenbescheide für den Wasserbezug erhobene Anfechtungsklage wurde in drei Instanzen vor den Verwaltungsgerichten abgewiesen². Auch das vor den Zivilgerichten verfolgte Begehren auf Erstattung dieser Gebühren blieb erfolglos.

2. Die Vereinbarung aus dem Jahre 1896 hatte durch den Erlaß einer öffentlich-rechtlichen Satzung über die Wasserver-

sorgung nach h.M. ihre Geltung und ihre Zugehörigkeit zum bürgerlichen Recht nicht eingebüßt. Während heute Abgabenvereinbarungen öffentlich-rechtliche Verträge darstellen³ und nur in engen Grenzen zulässig sind⁴, konnte nach der Rspr. des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts eine Gemeinde mit dem Abgabenschuldner zwar nicht über ihre Finanzhoheit kontrahieren, wohl aber auf die Geltendmachung der Abgaben vertraglich verzichten oder die Art ihrer Erfüllung regeln, insbes. eine Sachleistung des Betroffenen an Erfüllung statt annehmen. Solche Verträge sollten auch schon vor Entstehung und Fälligkeit der Abgaben zulässig sein⁵. Derartige privatrechtliche Verträge über die Abgabenschuld wurden nach h.M. durch die Einführung eines Anschluß- und Benutzungszwanges für eine öffentliche Einrichtung und durch das Inkrafttreten einer Abgabensatzung nicht automatisch unwirksam⁶. Der 2. Zivilsenat des BayObLG hat in diesem Umstand zwar einen Grund für das Erlöschen einer Wasserleitungsdienstbarkeit gem. § 1019 BGB gesehen⁷, hieraus sind aber für das Abgabenrecht bisher keine Konsequenzen gezogen worden. Nach der zivil- und verwaltungsgerichtlichen Rspr. werden durch eine satzungsmäßige Regelung „altrechtliche“ Vereinbarungen über die Lieferung von Wasser durch die Gemeinden „überlagert“⁸. Dieses Nebeneinander von Satzung und Vertrag hat nach einer Meinung⁹ zur Folge, daß eine Gebührenforderung aufgrund des wirksamen Vorausverzichts gar nicht mehr entstehen kann, nach anderer Ansicht¹⁰, daß der satzungsmäßige Abgabensanspruch bestehen bleibt, die Gemeinde den betroffenen Bürger aber von

³ H.M., so z.B. BayVGh, BayVBl. 1982, 439 und 1987, 335/337.

⁴ Vgl. OVG Münster, AS 12, 177/179; BayVGh, BayVBl. 1982, 439; 1987, 335 und 1988, 721 m. w. N. sowie BVerwGE 64, 361/363.

⁵ ProVG 33, 106/107; 38, 141/146; 53, 119; 56, 124; 82, 138/140 sowie RGZ 82, 329; 132, 225/229 f. und 148, 101/102 f. (kritisch hierzu Wolff/Bachof, VerwR I, 9. Aufl. 1974, § 22 III d). Zum Bayerischen Recht vgl. Roth/Becher, Bayerisches Zivilrecht, 2. Teil, 2. Abth., 2. Aufl. 1898, S. 277 und Art. 37 Wasserbenützungsgesetz v. 28.5.1852 (GBl. S. 489) sowie Art. 16 u. 17 Abs. 4 Bayer. WasserG v. 23.3.1907 (GVBl. S. 157).

⁶ So aber noch OVG Münster, MDR 1959, 956. Zur Problematik der zu verneinenden enteignenden Wirkung derartiger Satzungen vgl. BayVerfGH, VerfGH 30, 67; BVerwG, BayVBl. 1972, 669/670 und BayVGh, VGH n.F. 7, 12/23 ff. und 14, 24/26 f. sowie Ostler, Bayer. Justizgesetze, 4. Aufl. 1986, Art. 56 AGBGB Anm. 3.

⁷ BayObLGZ 1986, 218 = NJW-RR 1986, 1206 = RPFleger 1986, 373 und NJW-RR 1988, 781; vgl. bereits BayObLG, DNotZ 1960, 308/311.

⁸ So BGH, DVBl. 1962, 485/486 und 1979, 778/780 sowie BayVGh, BayVBl. 1983, 147/148 u. 1988, 721/723.

⁹ BVerwG, DVBl. 1984, 192 = DÖV 1984, 589 = NJW 1984, 2119 = KStZ 1984, 112 und wohl auch BayVGh, Urte. v. 4.12.1987 — Nr. 23 B 86.02561.

¹⁰ So bereits RGZ 132, 225/229 f. und 148, 101/102 f. und nunmehr BGH, DVBl. 1962, 485 (mit zust. Anm. v. Bettermann) und 1979, 778/780 sowie BayVGh, BayVBl. 1983, 147/148 (offen dagegen BayVGh, BayVBl. 1988, 721/723).

¹ Vgl. zuletzt BGH, NJW-RR 1988, 1229 und BayVGh, Urte. v. 4.12.1987 — Nr. 23 B 86.02561 (LS bei Schieder/Merk/Hartinger, Leitsatzsammlung zum bayerischen Kommunalabgabenrecht, Stand: Dez. 1988, Kz. 13.4/9).

² BayVGh, BayVBl. 1983, 147 = GK 1984, 30.

diesen Gebühren freistellen muß. Folgt man der ersten Auffassung, so sind die Zivilgerichte an die Rechtskraft einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung gebunden, mit der eine Klage gegen die Abgabenbescheide abgewiesen wurde¹¹. Nach der zweiten Meinung fällt das Problem der Erstattung bezahlter Abgaben dagegen in die Entscheidungskompetenz der Zivilgerichte.

3. Zivilrechtlich stellt sich bei Vereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten des BGB geschlossen worden sind, regelmäßig die Frage, inwieweit einer inzwischen geänderten Rechts- und Sachlage Rechnung zu tragen ist.

a) Auszugehen ist von der vertraglichen Regelung. Hierzu hat das BayObLG in erfreulicher Klarheit die Begriffe der Realservitut¹², der altrechtlichen Reallast und der Personal-Obligation voneinander abgegrenzt¹³. Dabei mußte es auf die umstrittene und wohl zu bejahende Frage, ob altrechtliche Dienstbarkeiten nach Bayerischem Landrecht zu einem positiven Tun verpflichten konnten¹⁴, nicht näher eingehen. Sowohl die Präsidialservitut als auch die Reallast setzen nämlich grundsätzlich ein dienendes Grundstück (praedium serviens) voraus¹⁵. Zu ergänzen ist lediglich, daß die Vereinbarung einer Gegenleistung für den Wasserbezug als Inhalt eines Realrechts unzulässig war und dieser Umstand für die Auslegung des BayObLG spricht. Die Nutzung eines als „Realservitut konstituierten“ Wasserbezugsrechts konnte somit nur durch eine persönliche Forderung vermittelt werden¹⁶. Auf die Erfüllung dieses vor dem 1.1.1990 geschaffenen Dauerschuldverhältnisses findet nunmehr § 242

BGB Anwendung¹⁷. Da die Trinkwasserqualität der 1896 überlassenen Quellen heutigen Anforderungen nicht mehr entspricht und diese Veränderung nicht in den Risikobereich der lieferpflichtigen Gemeinde fällt, ist die Geschäftsgrundlage für das Bezugsrecht entfallen.

b) Nichts anderes hätte gegolten, wenn zugunsten der Wasserbezugsberechtigten altrechtliche Grunddienstbarkeiten hätten begründet werden können¹⁸. Inhalt und Umfang derartiger Dienstbarkeiten richten sich auch heute nach dem bisher geltenden Recht¹⁹. Der Grundsatz von Treu und Glauben (bona fides) hatte im Gemeinen Recht ebenfalls Geltung²⁰. Dies kommt schon darin zum Ausdruck, daß Dienstbarkeiten auch nach altem Recht schonend auszuüben waren (civiliter uti)²¹. Das Erlöschen altrechtlicher Grunddienstbarkeiten richtet sich nunmehr nach Art. 57 bis 60 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 u. 3 AGBGB²². Es ist jedoch anerkannt, daß diese Rechte auch nach den heute für alle Grunddienstbarkeiten geltenden Bestimmungen ganz oder teilweise erlöschen können²³. Auf die letztgenannten wendet die Rechtsprechung unter Berufung auf § 242 BGB im Ergebnis die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage an²⁴. Somit erlischt ein vor 1900 begründetes Realrecht, das ein Wasserbezugsrecht zum Inhalt hat, wenn sich die bei seiner Bestellung bestehenden Umstände inzwischen grundlegend geändert haben.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

¹¹ So BGH, MittBayNot 1987, 130 f.; offen BayObLG, Urt. v. 12.6.1989 — RReg. 1 Z 170/88, S. 13. Ebenso muß dies auch bei Bestandskraft der entsprechenden Bescheide gelten; auch dann steht fest, daß der Schuldner aufgrund öffentlichen Rechts zur Zahlung der geforderten Abgaben verpflichtet war.

¹² Vgl. Bayr. L.R. II.7 § 1. Zur irregulären Personalservitut, einer „Grunddienstbarkeit“ für eine Person als berechtigtes Subjekt, s. Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, S. 198 ff.

¹³ Zu dem vom BayObLG nicht näher erörterten Begriff „Realrecht“ vgl. Roth, Bayrisches Civilrecht, 2. Theil, 1872, S. 25.

¹⁴ Ablehnend Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 4. Aufl. 1894, S. 573; Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 1. Abt., 5. Aufl. 1837, S. 406; Roth, a. a. O. (Anm. 13), S. 12 (vgl. aber Fn. 12) und ders./Becher, Bayrisches Civilrecht, 2. Theil, 2. Abth., 2. Aufl. 1898, S. 12 f. (vgl. aber Fn. 24); zulassend dagegen Bayr. L.R. II.7 § 2 Nr. 1 und Sprau, vor Art. 57 Rdnr. 16. Vgl. auch BayObLGZ 1972, 267/269.

¹⁵ Vgl. für die Reallast Roth, a. a. O. (Anm. 13), S. 329 und Mittermaier, a. a. O. (Anm. 14), S. 426 sowie Hübner, Grundzüge des Dt. Privatrechts, 2. Aufl. 1913, S. 315 und für die Realservitut Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 4. Aufl. 1894, S. 578; Roth, a. a. O. (Anm. 13), S. 285 ff. und Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 4. Aufl. 1875, S. 638 und 661. Demgegenüber definiert v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem, II. Theil, 9. Aufl. 1821, S. 649 „Servitutum als ein Recht, dessen man sich zu eigenen Besten und Vortheil und fremden Gut zu erfreuen hat“, und schreibt weiter (S. 651): „Bewegliche Güter (f) schicken sich zwar nicht so gut, wie unbewegliche, zu Dienstbarkeiten, sind aber deswegen nicht überhaupt, sondern nur so weit davon ausgeschlossen, als es ihrer Natur und Eigenschaft zuwider ist . . .“. So gestattet das Bayr. L.R. II.7 § 4 Nr. 5 die Bestellung einer Grunddienstbarkeit beispielsweise auch durch den Usufructuarius (vgl. auch Roth, ebenda, S. 229; zur umstr. Servitutum in servitute s. ebenda, S. 229 Fn. 7). Im übrigen trifft die Einschränkung nur für die unvererblichen und unveräußerlichen Personalservituten zu (vgl. Dernburg, ebenda, S. 597 ff. und Roth/Becher, ebenda, S. 10). Zum Belastungsgegenstand nach römischem Recht vgl. Elvers, a. a. O. (Anm. 12), S. 123 ff. (insbes. S. 124 unten).

¹⁶ Vgl. Dernburg, a. a. O. (Anm. 15), S. 570.

¹⁷ Allg.M.; so z.B. MünchKomm-Heinrichs, Art. 170 EGBGB Rdnr. 1 f; Soergel-Hartmann, 11. Aufl., Art. 170 EGBGB Rdnr. 5 und Staudinger-Kanzleler/Hönle, 12. Aufl. Art. 170 EGBGB Rdnr. 2, jeweils m. w. N.

¹⁸ Vom BayObLG würde diese Frage offen gelassen.

¹⁹ Art. 184 EGBGB; statt vieler BayObLGZ 1959, 478/483; 1962, 24/36; 1962, 341/345 und Meisner/Ring/Götz, Nachbarrecht in Bayern, 7. Aufl. 1986, S. 422 f.

²⁰ Zum Erlöschen einer Servitut infolge des Versiegens einer Quelle, aus welcher Wasser geleistet werden sollte, s. Elvers, a. a. O. (Anm. 12), S. 758.

²¹ Vgl. auch den Verlust der Dienstbarkeit wegen Mißbrauchs und dazu Bayr. L.R. II.9 § 8 Nr. 6 u. Roth/Becher, a. a. O. (Anm. 14), S. 41.

²² Vgl. auch Bayer/Lindner, Bayer. Nachbarrecht, 1986, S. 171 und Sprau, Art. 57 AGBGB Rdnr. 1. Zu den früher geltenden Art. 11 bis 17 ÜGBGB s. Kamlah, MittBayNot 1972, 221 f.

²³ So bereits Henle/Schneider, Art. 11 ÜGBGB Art. 4 und nunmehr Sprau, Art. 57 AGBGB Rdnr. 2. Vgl. auch MünchKomm-Falckenberg, BGB, 2. Aufl. § 1018 Rdnr. 56 und Staudinger-Kanzleler/Hönle, a. a. O. (Anm. 17), Art. 184 EGBGB Rdnr. 23.

²⁴ So Palandt-Heinrichs, BGB, 48. Aufl. 1989, § 242 Anm. 4 Dd und 6 Dd und Baur, Sachenrecht, 12. Aufl. 1983, S. 39, jeweils m. w. N.

2. VwGO § 42; BSHG § 29; BGB §§ 138, 817 Satz 2, § 1922 Abs. 1, § 1967 Abs. 1 (Zur Nichtigkeit eines Überlassungsvertrages wegen Schädigungsabsicht gegenüber dem Sozialhilfeträger)

1. Ein gegen den Erblasser zu dessen Lebzeiten gem. § 29 Satz 2 BSHG erlassener Leistungsbescheid entfaltet Rechtswirkungen auch gegenüber dem Erben und kann deshalb von diesem mit der Anfechtungsklage angegriffen werden.

2. Wird ein im Eigentum des Sozialhilfeempfängers stehendes Grundstück allein zu dem Zweck auf einen Dritten übertragen, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf das

Grundstück zu vererben, ist nicht nur das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft, sondern auch die Auflassung wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 BGB). In einem derartigen Fall steht dem Herausgabeanspruch des Hilfeempfängers der in § 817 Satz 2 BGB enthaltene Rechtsgedanke nicht entgegen.

OVG Münster, Urteil vom 21.6.1988 — 8 A 1416/86 — mitgeteilt von RichterIn am OVG Wolff

Aus dem Tatbestand:

Die am 18.4.1920 geborene, seit dem Jahre 1953 verwitwete und am 31.8.1982 verstorbene Schwiegermutter der Kl. war Eigentümerin eines Hausgrundstücks und eines unbebauten Grundstücks. Sie litt an einem Hirntumor mit Lähmungserscheinungen aller Gliedmaßen. Vom 20.5.1975 bis zum 31.7.1982 war sie in einem Altenwohnheim untergebracht. Die dadurch verursachten Kosten in Höhe von insgesamt 122.515,84 DM übernahm der Bekl. als örtlicher Träger der Sozialhilfe, und zwar ab 1.1.1976 zu Lasten des überörtlichen Trägers der Sozialhilfe im Wege der Gewährung von Hilfe zur Pflege aus Mitteln der Sozialhilfe.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 25.8.1977 übertrug die Schwiegermutter der Kl. ihrem Sohn, dem Ehemann der Kl., die o.a. Grundstücke. Als „Gegenleistung“ räumte dieser seiner Mutter das lebenslängliche unentgeltliche Wohnungsrecht an einem Zimmer in dem ihm übertragenen Wohnhaus ein und verpflichtete sich, seiner Mutter „auf deren jederzeit zulässiges Verlangen bis zu ihrem Lebensende unentgeltlich Pflege und Aufwartung“ in dem Haus zu gewähren. In demselben Vertrag erklärten die Vertragsparteien die Auflassung und Eintragungsbewilligung.

Mit auf § 29 S. 2 BSHG gestütztem Leistungsbescheid vom 4.2.1983 zog der Beklagte den Ehemann der Kl. zu einem Aufwendungsersatz für die an seine Mutter geleistete Sozialhilfe heran. Der dagegen von dem Ehemann der Kl. erhobenen und von dieser nach dessen Ableben fortgeführten Klage gab das VG teilweise statt. Die Berufung des Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Klage ist auch insoweit der Erfolg zu versagen, als das VG — was Gegenstand der Berufung ist — ihr teilweise stattgegeben hat. Demgemäß ist das angefochtene Urteil zu ändern und ist die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klage ist zulässig.

Zu Recht ist das VG davon ausgegangen, daß der Kl. die Befugnis zusteht, den gegen ihren verstorbenen Ehemann ergangenen Leistungsbescheid vom 4.2.1983 mit der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage anzugreifen (§ 42 Abs. 2 VwGO). Die in dem genannten Leistungsbescheid festgesetzte Zahlungsverpflichtung wirkt auch gegenüber der Kl. als Erbin ihres Ehemannes. Mit dessen Tod ist in entsprechender Anwendung der §§ 1922 Abs. 1, 1967 Abs. 1 BGB nicht nur die materielle rechtliche Verpflichtung zum Aufwendungsersatz als Erblässerschuld auf die Kl. übergegangen. Vielmehr ist die Kl. auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht in die Stellung des Erblässers eingetreten. Allgemeine Rechtsgrundsätze stehen einer solchen Annahme nicht entgegen. Die festgesetzte Zahlungsverpflichtung war nicht höchstpersönlicher Natur, so daß sie auch ohne weiteres von der Kl. aus dem Nachlaß erfüllt werden kann. Vgl. BVerwG, Urte. v., 20.1.1977 — V C 18.76 —, FEVS 25, 177 (181); BSG, Urte. v. 17.12.1965 — 8 RV 749/64 —, NJW 1966, 1239 (1240); Rumpf, VerwArch 78 (1987), 269 (300 f); Peine, DVBl. 1980, 941 (948).

Die Klage ist jedoch unbegründet.

Der Bekl. war berechtigt, seinen auf § 29 Satz 2 BSHG gestützten Ersatzanspruch mittels Leistungsbescheides gegenüber dem Ehemann der Kl. als Erben der verstorbenen

Hilfeempfängerin geltend zu machen. Weil der Ersatzanspruch beim Ableben des ursprünglich Verpflichteten seine Rechtsnatur nicht ändert — er bleibt öffentlich-rechtlicher Anspruch —, kann er gegen den Rechtsnachfolger — nicht anders als gegen den Rechtsvorgänger — mittels Leistungsbescheides durchgesetzt werden. Vgl. BVerwG, Urte. v. 20.1.1977, a. a. O., S. 179 f.; VGH Baden-Württemberg, Urte. vom 5.3.1975 — VI 1141/73 —, FEVS 23, 365 (373).

Dem Bekl. stand gegen die Schwiegermutter der Kl. ein Aufwendungsersatzanspruch zu. Nach § 29 Satz 1 BSHG kann der Träger der Sozialhilfe in begründeten Fällen Hilfe in besonderen Lebenslagen — dazu zählt gemäß §§ 27 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 3, 68 Abs. 1 BSHG auch die der Schwiegermutter der Kl. gewährte Hilfe zur Pflege — über § 28 BSHG hinaus auch insoweit gewähren, als den in § 28 BSHG genannten Personen die Aufbringung der Mittel aus dem Einkommen und Vermögen zuzumuten ist. Die Voraussetzungen für eine derartige „verauslagte“ Hilfe lagen hier vor.

In § 28 BSHG ist die sozialhilferechtliche Hilfebedürftigkeit nach Einkommen und Vermögen des Hilfesuchenden und weiterer zu berücksichtigender Personen umschrieben. Hilfestellung „über § 28 BSHG hinaus“ bedeutet mithin, daß der Sozialhilfeträger — obwohl entweder der Hilfesuchende ganz oder teilweise zu den Kosten der Hilfe in besonderen Lebenslagen beitragen oder aber diese Frage in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit nicht geklärt werden kann — aus (im übrigen) begründetem Anlaß — etwa wegen der Unaufschiebbarkeit der Beseitigung der Notlage oder auch wegen der Unfähigkeit des Hilfesuchenden, die Notlage in vollem Umfang selbst zu beseitigen — mit der Hilfeleistung in Vorlage tritt, um danach seine Aufwendungen von den in § 28 BSHG genannten Personen erstattet zu verlangen. Voraussetzung für einen Anspruch auf Aufwendungsersatz wegen einer über die in § 28 BSHG umschriebene „echte“ Sozialhilfebedürftigkeit hinaus geleisteten „erweiterten“ Sozialhilfe ist, daß der Träger der Sozialhilfe eine solche erweiterte Hilfe zu Recht gewährt hat. Vgl. BVerwG, Urte. vom 20.1.1977, a. a. O., S. 180; Urte. vom 30.10.1979 — 5 C 39.78 —, FEVS 28, 13(16); OVG NW, Urte. vom 22.11.1983 — 8 A 1083/82 —, vom 21.2.1984 — 8 A 1536/83 — vom 13.6.1985 — 8 A 2514/83 — und vom 5.12.1985 — 8 A 269/84 —, FEVS 35, 457 (459).

Diese Voraussetzungen lagen hier bezüglich des Zeitraumes vom 25.8.1977 bis zum 31.7.1982 vor. In diesem hier entscheidungserheblichen Zeitraum handelte es sich um einen begründeten Fall der Leistung „erweiterter Hilfe“, weil der Bekl. die Schwiegermutter der Kl. einerseits wegen des zwischenzeitlich abgeschlossenen Übertragungsvertrages nicht ohne weiteres auf den Einsatz ihres Grundvermögens verweisen konnte und andererseits wegen der Heimpflegebedürftigkeit auch nicht die Hilfeleistungen durch Übernahme der Unterbringungskosten einstellen durfte. Bei einem Nichteintritt des Bekl. drohte die Heimpflege an der Kostenfrage zu scheitern, und diese Pflege war für die Schwiegermutter der Kl. während der Zeit, um die es hier geht, notwendig (wird ausgeführt).

Mit Rücksicht darauf, daß insbesondere wegen des Verhaltens des Ehemannes der Kl. — etwa im Hinblick auf dessen unzutreffende Angabe, er sei (bereits) seit dem Tode seines Großvaters Eigentümer des Hausgrundstücks, und seine Ignorierung der Aufforderung des Bekl., den Vertrag, der seiner Eintragung im Grundbuch vorangegangen sei, vorzulegen — Unklarheit über die Vermögensverhältnisse der Schwiegermutter der Kl. bestand (der notarielle Übertra-

gungsvertrag vom 25.8.1977 wurde dem Bekl. erst im Mai 1982, also kurz vor dem Ende der Hilfestellung, bekannt), mußte zunächst offenbleiben, ob die Schwiegermutter der Kl. noch über einsetzbares Vermögen verfügte und ob die Zahlungen ihre Rechtfertigung in einer durch Mangel an eigenen Mitteln gekennzeichneten Notlage fanden und damit den Charakter „echter“ Sozialhilfeleistungen hatten, oder ob ihr die Aufbringung der Mittel für ihren Heimaufenthalt aus eigenem Vermögen zuzumuten war, in welchem Falle die Zahlungen des Bekl. nur den Charakter von Vorauslagungen haben konnten. Daß dies für den Bekl. eine noch offene Frage war, zeigen seine Bemühungen um eine diesbezügliche Aufklärung des Sachverhalts während der Zeit der Hilfestellung, um die es im vorliegenden Berufungsverfahren geht. Der Bekl. war deshalb nicht gehindert, den Ehemann der Kl. nachträglich zum Kostenersatz heranzuziehen, nachdem er zu der Auffassung gelangt war, daß die Schwiegermutter der Kl. auch nach Abschluß des notariellen Übertragungsvertrages noch über verwertbares Vermögen verfügte. Vgl. BVerwG, Urt. vom 20.1.1977 — V C 18.76 —, FEVS 25, 177.

Entgegen der Auffassung des VG verfügte die Schwiegermutter der Kl. auch in der Zeit vom 25.8.1977 bis zum 31.7.1982 noch über Vermögen, dessen Einsatz ihr nach den Bestimmungen des 4. Abschnitts des BSHG zuzumuten war und welches zur Deckung der Kosten ihrer Heimpflege während der vorgenannten Zeit ausreichte (§ 28 BSHG). Insbesondere hatte sie ihr Eigentum an dem Hausgrundstück und dem unbebauten Grundstück nicht durch die am 25.8.1977 notariell beurkundete Auflassung und die daraufhin vorgenommene Eintragung im Grundbuch verloren. Die Auflassung ist nämlich gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt. Zwar ist die Auflassung als Verfügungsgeschäft grundsätzlich wertneutral. Wegen der Geltung des Abstraktionsprinzips hat eine Sittenwidrigkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts nicht ohne weiteres die Sittenwidrigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist aber anerkannt, wenn in der dinglichen Übereignung selbst die Sittenwidrigkeit liegt, weil gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt werden. Vgl. RG, Urt. v. 18.11.1924 — VI 164/24 —, RGZ 109, 201 (202); Urt. v. 17.9.1934 — IV 74/34 —, RGZ 145, 152 (153 f.); BGH, Urt. v. 12.1.1973 — V ZR 98/71 —, NJW 1973, 613 (615); Urt. v. 24.5.1985 — V ZR 47/84 —, NJW 1985, 3006 (3007); *Erman-Westermann*, Handkomm. z. BGB, 6. Aufl. 1975, § 138 Rdnr. 21; *Mayer-Maly* in: Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl. 1984, § 138 Rdnr. 140; *Palandt-Heinrichs*, BGB-Komm., 47. Aufl. 1988, § 138 Anm. 1 e; *Soergel-Wolf*, BGB, 12. Aufl. 1988, § 138 Rdnr. 52; *Staudinger-Dilcher*, Komm. z. BGB, 12. Aufl. 1985, § 138 Rdnr. 112.

Ein derartiger Fall ist hier gegeben. Die Übertragung des in Rede stehenden Grundstücks von der Schwiegermutter der Kl. auf deren Ehemann war sittenwidrig, weil auf Grund der Gesamtumstände davon auszugehen ist, daß dieses Rechtsgeschäft allein zu dem Zweck vorgenommen worden ist, den berechtigten Zugriff des Bekl. als Träger der Sozialhilfe auf das Grundstück zu vereiteln. Dies hat das VG, auf dessen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil insoweit Bezug genommen wird, in zutreffender Weise dargelegt. Mit dieser Beurteilung steht darüber hinaus im Einklang, daß der Ehemann der Kl. dem Bekl. gegenüber angab, er sei bereits seit dem Tode seines Großvaters Eigentümer des Hausgrundstücks, und daß er auch die Aufforderung des Bekl., den Vertrag, der seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch zugrunde liege, vorzulegen, nicht beantwortete.

Der in der Übertragung des Grundstücks liegende Verstoß gegen die guten Sitten betrifft nicht nur das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft — das Schuldversprechen zur Übertragung des Grundstücks — sondern auch die in Erfüllung dieser Vereinbarung erklärte Auflassung, weil gerade hierdurch letztlich die sittenwidrige Rechtsfolge erst herbeigeführt wurde. Ein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf das Grundstück konnte nicht durch die bloße schuldrechtliche Verpflichtung der Schwiegermutter der Kl. zur Übereignung des Grundstücks vereitelt werden, weil diese Vereinbarung den Bekl. nicht gehindert hätte, unter Hinweis auf § 138 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts geltend zu machen und das Grundstück weiterhin als Vermögensbestandteil der Hilfeempfängerin anzusehen. Die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ohne Einsatz des eigenen Grundstücks sollte nach dem erkennbaren Willen des Beteiligten vielmehr dadurch ermöglicht werden, daß die Schwiegermutter der Kl. gleichzeitig mit Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages die Übereignung selbst vornahm. Da somit der sittenwidrige Zweck gerade mit dem dinglichen Rechtsgeschäft verfolgt wurde, ist die in dem notariellen Vertrag vom 25.8.1977 erklärte Auflassung nichtig. (Vgl. zu einem ähnlichen Fall: RG, Urt. v. 17.9.1934, a. a. O., S. 154; kritisch: *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Aufl. 1979 § 18, 8 c) bb), der aber ebenfalls Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts annimmt, wenn schutzwürdige Interessen Dritter oder der Allgemeinheit verletzt sind und deshalb das Rechtsgeschäft nicht anerkannt werden kann; ebenso: *Soergel-Wolf*, a. a. O., § 138 Rdnr. 53; *Mayer-Maly*, a. a. O., § 138 Rdnr. 140.)

Infolge der Nichtigkeit der Auflassung war der Ehemann der Kl. nicht Eigentümer des Grundstücks geworden. Ihre Schwiegermutter hätte deshalb zu Lebzeiten gemäß § 985 BGB die Herausgabe des Grundstücks und die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen können. Diesem Anspruch hätte die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegengestanden. Zwar wird in der Literatur zum Teil die Auffassung vertreten, die in § 817 Satz 2 BGB getroffene Regelung sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der über das Bereicherungsrecht hinausreiche und die Rückforderung von unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten erbrachten Leistungen generell ausschließe. Gerade in den von § 985 BGB erfaßten Fällen führe die pauschale Ausschaltung des § 817 Satz 2 BGB zu einem Wertungswiderspruch, wenn der unter Verstoß gegen die guten Sitten Handelnde seine Leistung unter Berufung auf die Nichtigkeit der Verfügung zurückverlangen könne. Die Rechtsordnung dürfe sich nicht dazu mißbrauchen lassen, dem unsittlich Handelnden zu gestatten, sich zu seinem Vorteil darauf zu berufen. (Vgl. *Flume*, a. a. O., § 18, 10 d); *Soergel-Mühl*, 11. Aufl. 1985, § 817 Rdnr. 29; *Staudinger-Lorenz*, § 817 Rdnr. 14.)

Das kann aber nicht gelten, wenn es — wie im vorliegenden Fall — darum geht, die Auswirkungen einer gegen die guten Sitten verstoßenden Verfügung zu beseitigen. Die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB kann im Ergebnis nicht dazu führen, die Folgen eines nach § 138 BGB sittenwidrigen Rechtsgeschäfts durch Ausschluß der Rückabwicklung zu legalisieren. Im Widerspruch zwischen der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB und der Generalklausel des § 138 BGB gebührt der letzteren der Vorzug. (Vgl. BGH, Urt. vom 20.5.1964 — VIII ZR 56/63 —, BGHZ 41, 341 (343 f.); *Soergel-Mühl*, § 817 Rdnr. 29; *Staudinger-Lorenz*, § 817 Rdnr. 14.)

Die Schwiegermutter der Kl. wäre folglich nicht gehindert gewesen, von ihrem Sohn die Herausgabe der in Rede stehenden Grundstücke zu verlangen. Damit stand ihr Vermögen i.S.v. § 88 Abs. 1 BSHG zur Verfügung, dessen Wert, was von der Kl. nicht bestritten wird — das Hausgrundstück ist im Jahre 1983 für 507.718,— DM veräußert worden — ausgereicht hätte, um die von dem angefochtenen Leistungsbescheid erfaßten Unterbringungskosten zu decken.

Die Vorschrift des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG stand dem Einsatz des Grundvermögens der Hilfeempfängerin ebenfalls nicht entgegen. Das gilt ungeachtet der Größe des Anwesens schon deshalb, weil sie das Grundstück in dem hier entscheidungserheblichen Zeitraum nicht bewohnte und wegen ihrer Krankheit mit einer Rückkehr auch nicht mehr zu rechnen war. Gründe, aus denen die Verwertung des Vermögens für die Hilfeempfängerin eine Härte im Sinne von § 88 Abs. 3 BSHG bedeutet hätte, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. BGB §§ 305, 184 Abs. 1, 242 (Pflicht zur Genehmigung des Hauptvertrages auf Grund des Vorvertrages)

1. Aus einem Vorvertrag kann auch auf Genehmigung des mit einem vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Hauptvertrages geklagt werden.
2. Verpflichtet der Vorvertrag zur Genehmigung des Hauptvertrages, kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Verpflichtete geltend macht, der Vertrag sei unwirksam geworden, weil er die Genehmigung verweigert habe.
3. Die Verurteilung zur Genehmigung des Hauptvertrages wirkt nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurück.

BGH, Urteil vom 29.9.1989 — V ZR 1/88 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger nehmen den Beklagten aus einem Vorvertrag auf Genehmigung eines Grundstückskaufvertrages in Anspruch.

Der Beklagte beabsichtigte, eine bestimmte Eigentumswohnung zu erwerben. Da er dazu aus finanziellen Gründen zunächst nicht in der Lage war, kam es auf Vermittlung der Verkäuferin zu einer Vereinbarung mit den Klägern dahin, daß diese die Wohnung erwerben und der Beklagte sie ihnen spätestens nach Ablauf von zwei Jahren abkaufen sollte.

Demgemäß erwarben die Kläger die Wohnung nebst Fahrzeugaufstellplatz zum Preise von 100.000 DM. Durch notariellen Vertrag vom 13.12.1983 verpflichtete sich der Beklagte, die Wohnung von den Klägern bis zum 31.12.1985 käuflich zu erwerben und zu diesem Zweck bis zum genannten Zeitpunkt mit den Klägern auf deren Verlangen einen entsprechenden notariellen Vertrag abzuschließen. Der Kaufpreis sollte 100.000 DM zuzüglich des Disagios betragen, das die Kläger ihrerseits für die Finanzierung ihres Kaufpreises durch die Landesbank Rheinland-Pfalz zu tragen hatten. Der Beklagte sollte von der Erwerbsverpflichtung u.a. „mit Ablauf des 31.12.1985“ oder dann frei werden, „wenn die vorgenannte Eigentumswohnung bis zu dem vorgenannten Zeitpunkt mit Grundpfandrechten über den Betrag von 100.000,— DM hinaus . . . belastet wird“.

Am 31.12.1985 war das Wohnungseigentum mit einer Grundschuld in Höhe von 111.111 DM zugunsten der Landesbank Rheinland-Pfalz belastet; die Summe entsprach dem Kaufpreis zuzüglich des von den Klägern für die Finanzierung zu tragenden Disagios.

Auf Aufforderung der Kläger zum Abschluß des Hauptvertrages teilte der Beklagte mit, daß er das Angebot zur Übernahme der Wohnung in ihrem jetzigen Zustand zurückweisen müsse, weil der zur Wohnung

gehörende Kellerraum wegen übermäßiger Feuchtigkeit unbenutzbar und weil zu befürchten sei, daß die darüber befindliche Wohnung in Mitleidenschaft gezogen werde, wenn sie es nicht schon sei.

Die Kläger schlossen daraufhin am 19.12.1985 mit einem vollmachtlos für den Beklagten auftretenden Vertreter einen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung.

Sie haben beantragt, den Beklagten zur Genehmigung des Vertrages zu verurteilen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Die Revision führte zur Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. . . .

II.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand:

1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht in der vom Beklagten durch notariellen Vertrag vom 13.12.1983 übernommenen Erwerbspflicht in Verbindung mit der zu diesem Zweck ausdrücklich übernommenen Verpflichtung, mit den Klägern einen notariellen Kaufvertrag zu schließen, die Grundlage für einen Anspruch der Kläger gesehen hat, vom Beklagten die Genehmigung des in seinem Namen durch einen vollmachtlosen Vertreter mit den Klägern geschlossenen Grundstückskaufvertrages zu verlangen.

a) Hat sich in einem Vorvertrag eine Partei formgerecht verpflichtet, durch Abschluß eines Hauptvertrages ein Grundstück zu kaufen, muß sie am Abschluß dieses Hauptvertrages mitwirken (vgl. BGH Ur. v. 8.6.1962, I ZR 6/61, LM vor § 145 BGB Nr. 9; Senatsurt. v. 18.4.1986, V ZR 32/85, WM 1986, 1155 [= DNotZ 1987, 741]; vgl. auch Brüggenmann, JR 1968, 201, 206 und MünchKommIKramer, BGB 2. Aufl. vor § 145 Rdnr. 35). Hier ist der Beklagte ausdrücklich die Verpflichtung eingegangen, mit den Klägern einen „entsprechenden notariellen Kaufvertrag abzuschließen“. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß er verpflichtet ist, einen von einem falsus procurator geschlossenen Vertrag zu genehmigen. Die Mitwirkung beim Vertragsschluß kann in verschiedener Weise erfolgen: durch persönliche Abgabe oder Annahme eines Angebotes (§§ 145, 147 BGB), durch Auftrag an einen Dritten nebst Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe oder Annahme eines Angebots als Stellvertreter (§ 164 BGB) oder durch Genehmigung solcher Erklärungen eines Dritten (§ 182 BGB). Diese verschiedenen Wege unterscheiden sich nur in der Rechtstechnik beim Abschluß des Vertrages, nicht in der Qualität der hierdurch erzielten Bindung; sie sind gleichwertig. Zum Abschluß des Hauptvertrages kommt es gleichermaßen, wenn der Beklagte den in seinem Namen von einem vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Vertrag genehmigt oder zu dessen Genehmigung verurteilt wird (§ 894 ZPO).

Anders als die Revision meint, wird der Verpflichtete durch eine solche Verurteilung nicht stärker belastet als z.B. bei der Verurteilung, ein (noch abzugebendes) Angebot anzunehmen (vgl. zur Zulässigkeit eines solchen Antrags BGHZ 97, 147, 149 ff [= MittBayNot 1986, 165 = DNotZ 1986, 742]). Auch in diesem Fall kann er an der Ausgestaltung des Vertrages nicht (mehr) mitwirken. Die Verurteilung erfolgt sowohl für die Annahme eines Angebotes wie auch für eine Genehmigung nur, sofern im Vorvertrag entsprechende Pflichten begründet worden sind. Das Risiko zu weit gehen-

der Anträge trägt im Falle des Vertragsschlusses mit einem vollmachtlosen Vertreter allein der Kläger. Ist der Vertrag nicht so formuliert worden, wie es der Vorvertrag verlangt, unterliegt er mit seiner Genehmigungsklage ohne die Möglichkeit — wie bei der Klage auf Annahme eines noch abzugebenden Angebots —, dem Gericht Abänderungen anheimzugeben (vgl. dazu BGHZ a. a. O.). Der Verpflichtete dagegen erleidet keine Nachteile gegenüber einer Verurteilung zur Annahme eines Angebots. Ein solcher Nachteil wäre nur denkbar, wenn die Verurteilung zur Genehmigung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkte (vgl. § 184 Abs. 1 BGB). Eine solche Rückwirkung tritt aber nach dieser Vorschrift nur ein, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Eine andere Bestimmung in diesem Sinne kann auch rechtsgeschäftlich getroffen werden, und zwar auch konkludent, wenn sich dies aus der Sache ergibt (vgl. etwa *Soergel/Siebert/Leptien*, BGB 12. Aufl. § 184 Rdnr. 6, 7 m. w. N.; Senatsurt. v. 13.7.1973, V ZR 16/73, WM 1973, 1171, 1172 — zu der erst nach Fristablauf für die Ausübung eines Rechtes erklärten Genehmigung). So liegt es im Fall einer Verurteilung zur Genehmigung; denn der Verpflichtete gibt hier gerade zu erkennen, daß er den ohne seine Mitwirkung vorgenommenen Vertragsschluß weder inhaltlich noch in seinen zeitlichen Auswirkungen billigt. Auch von Rechts wegen besteht dann kein Anlaß, ihn bei der Verurteilung zur Genehmigung in zeitlicher Hinsicht (Rückwirkung) schlechter als bei der Verurteilung zur Annahme eines Angebots zu stellen. Deshalb ist regelmäßig in beiden Fällen der Eintritt der Rechtsfolgen erst mit dem Eintritt der Rechtskraft anzusetzen.

Es bestehen danach keine Bedenken, aus einem Vorvertrag die Pflicht abzuleiten, einen entsprechend diesem Vorvertrag mit einem vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Hauptvertrag zu genehmigen (anders *MünchKomm/Thiele*, 2. Aufl. § 177 Rdnr. 37).

b) Einer Verurteilung zur Genehmigung steht nicht entgegen, daß im Antrag auf Klageabweisung eine Verweigerung der Genehmigung zu sehen ist.

Regelmäßig wird der durch einen vollmachtlosen Vertreter geschlossene, schwebend unwirksame, Vertrag allerdings mit der Verweigerung der Genehmigung unwirksam (BGHZ 13, 179, 184; 21, 229, 234 a.E.). Im Regelfall steht aber die Genehmigung des von einem vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Vertrags im Belieben des Genehmigenden; davon geht § 177 BGB im Rahmen der Vertragsfreiheit aus. Diese Wertung kann jedoch auf den besonderen Fall, daß aufgrund eines Vorvertrages eine Verpflichtung besteht, am Abschluß des Hauptvertrages durch Erteilung einer Genehmigung mitzuwirken, nicht uneingeschränkt übertragen werden. Die Möglichkeit solcher Differenzierungen ergibt sich schon aus den Motiven zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dort heißt es, von einer Vorschrift, daß die einmal verweigerte Genehmigung nachträglich nicht mehr erteilt werden könne, sei abzusehen; die Prüfung sei der Entscheidung des Einzelfalles vorzubehalten (Mot. I S. 247; vgl. auch *Larenz*, BGB AT 7. Aufl. § 24 S. 488; *Münzel* NJW 1959, 601; *MünchKomm/Thiele* a. a. O. § 182 Rdnr. 19 und Fn. 19, aber auch § 177 Rdnr. 41). Ist aber der Vertretene aufgrund Vorvertrages verpflichtet, sich in der Weise zu binden, wie es in dem zur Genehmigung anstehenden Vertrag vorgesehen ist, verstieße es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wollte er sich auf Verweigerung der Genehmigung und daraus folgende Unwirksamkeit des Vertrages berufen. Denn er bliebe gleichwohl verpflichtet, unverzüglich auf Verlangen des Berechtigten am Abschluß eines Vertrages gleichen Inhalts

mitzuwirken. Er würde also lediglich unter Berufung auf eine formale Rechtsposition zum Schaden des Berechtigten, der zumindest Notarkosten nutzlos aufgewendet hätte, eine Leistung verweigern wollen, die er alsbald doch erbringen müßte. Ein solches Verhalten ist rechtsmißbräuchlich.

Kann der Beklagte sich danach auf Verweigerung der Genehmigung nicht berufen, bleibt die Verpflichtung zu ihrer Erteilung bestehen.

2. Der Beklagte muß den Vertrag jedoch nicht genehmigen, wenn nach den vorvertraglichen Absprachen der Parteien das Disagio nicht zusätzlich zu dem Kaufpreis von 100.000 DM dinglich abgesichert werden durfte. Die zu dieser Behauptung des Beklagten angebotenen Beweise hat das Berufungsgericht nicht erhoben. Dies ist nachzuholen.

4. BGB § 1056 Abs. 2 Satz 2, § 1059 Satz 2, §§ 1061, 1922, 1967 (*Zum Schicksal des mit dem Nießbraucher geschlossenen Mietvertrages bei dessen Tod*)

1. Vermietet der Nießbraucher die seinem Recht unterliegende Sache, so stellt dies eine typische Selbstaussübung des Nießbrauchs dar, keine (teilweise) Überlassung zur Ausübung durch den Mieter.
2. Grundsätzlich erlischt das Mietverhältnis über ein nießbrauchbelastetes Grundstück beim Tode des Nießbrauchers nicht, vielmehr wird dessen Erbe Rechtsnachfolger im Vertrag, und zwar unabhängig davon, ob er als Grundstückseigentümer in den Vertrag nach § 1056 Abs. 1 BGB eintritt.
3. Ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Grundstückseigentümers in etwa analoger Anwendung von § 1056 Abs. 2 Satz 2 BGB ist dann ausgeschlossen, wenn er Alleinerbe des Nießbrauchers ist.

BGH, Urteil vom 20.10.1989 — V ZR 341/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Anwesens in L, an dem seiner Mutter ein Nießbrauchsrecht zustand. Der Kläger schloß mit ihr am 6.9.1985 einen Mietvertrag über die sich im Anwesen befindlichen Geschäftsräume zu einem monatlichen Mietzins von 4.000 DM. Das Mietverhältnis sollte mit Räumung durch die Vormieterin — sie erfolgte unstreitig zum 1.4.1986 — beginnen und am 31.12.1990 enden, wobei zugunsten des Klägers eine Verlängerungsmöglichkeit vorgesehen war. Ihm stand auch das Recht zur Untervermietung zu.

Der Beklagte ist Alleinerbe nach seiner am 29.3.1986 verstorbenen Mutter. Er hat behauptet, seine Mutter sei am 6.9.1985 nicht mehr geschäftsfähig gewesen. Er hat vorsorglich das Mietverhältnis zum 31.12.1986 gekündigt.

Der Kläger hat in erster Instanz zuletzt beantragt, den Beklagten zur Übergabe der Mieträume zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger zusätzlich beantragt, den Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz für die Zeit vom 1.4.1986 bis 31.12.1986 in Höhe von 72.000 DM zu verurteilen, mit der Behauptung, er hätte die Mieträume für einen Mietzins von monatlich 12.000 DM weitervermieten können. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers unter Abweisung der Klageerweiterung zurückgewiesen. Seine Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die Klageansprüche unabhängig von der streitigen Geschäftsfähigkeit der Vermieterin für

unbegründet, weil sich die Rechtsbeziehungen des Mieters zum Grundstückseigentümer nach Erlöschen des Nießbrauchs grundsätzlich gemäß § 1056 BGB beurteilten, diese Vorschrift aber mangels Überlassung der Mieträume nicht eingreife.

Eine eigene vertragliche Regelung über den Fortbestand des Mietverhältnisses mit dem Beklagten habe der Kläger nicht getroffen. Er habe gewußt, daß seine Vertragspartnerin nur Nießbrauchsberechtigte gewesen sei und habe auch mit berücksichtigen müssen, daß das Schicksal des Mietvertrags vom Bestand des Nießbrauchs abhängt und bei dessen Erlöschen dem Mietverhältnis die Grundlage entzogen werden.

Auch als Alleinerbe seiner Mutter müsse der Beklagte dem Kläger die Mieträume nicht überlassen, weil durch den Erbfall keine Pflichten aus dem Mietvertrag auf ihn übergegangen seien. Mit dem Ende des Nießbrauchs (§ 1061 Satz 1 BGB) seien auch die mietvertraglichen Pflichten erloschen. Auch wenn der Grundstückseigentümer gleichzeitig Erbe des Nießbrauchers sei, könne der Mieter nicht günstiger stehen als nach § 1056 BGB.

Schadensersatz müsse der Beklagte nicht leisten, weil er die Überlassung der Mieträume nicht schulde.

II.

Die Revision ist begründet. Da revisionsrechtlich die Wirksamkeit des Mietvertrages unterstellt werden muß, lassen sich die Klageansprüche nicht verneinen.

1. Zutreffend führt das Berufungsgericht aus, daß der Beklagte als Eigentümer des Mietgrundstücks nicht in den von seiner Mutter abgeschlossenen Vertrag eingetreten ist (§ 1056 Abs. 1, § 571 Abs. 1 BGB), weil die Mieträume dem Kläger bei Erlöschen des Nießbrauchs (§ 1061 Satz 1 BGB) noch nicht überlassen waren. Dagegen erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

2. Mit Recht macht sie aber geltend, daß der Beklagte als Alleinerbe nach seiner Mutter (§ 1922 Abs. 1, § 1967 BGB) zur Erfüllung des Mietvertrages (§§ 535, 536 BGB) und grundsätzlich auch zum Schadensersatz (§ 325 Abs. 1 BGB) verpflichtet ist.

a) Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, mit dem Ende des Nießbrauchs seien auch die mietvertraglichen Verpflichtungen erloschen und nicht auf den Beklagten übergegangen.

Es hebt weder auf eine vertraglich vereinbarte Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) noch auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ab und trifft hierzu auch keine Feststellungen. Der Beklagte hat nach dem Urteilstatbestand und den einschlägigen Sitzungsprotokollen (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO) auch keine entsprechenden Tatsachenbehauptungen aufgestellt.

Das Berufungsgericht will offenbar von einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ausgehen, daß Mietverträge des Nießbrauchers über die nießbrauchbelastete Sache mit dem Ende des Nießbrauchs erlöschen, soweit sie nicht ausnahmsweise nach § 1056 Abs. 1 BGB mit dem Eigentümer fortgesetzt würden. Einen solchen Rechtssatz gibt es nicht. § 1061 BGB bestimmt nicht, daß mit dem Erlöschen des Nießbrauchs auch die vom Nießbraucher in Ausübung seines Nutzungsrechts (§ 1030 BGB) abgeschlossenen Verträge über die belastete Sache enden. Eine solche Folge wäre auch schwerlich mit § 1056 BGB vereinbar, weil ein Vertragseintritt einen weiterbestehenden Vertrag voraussetzt.

Kommt es mangels der entsprechenden Voraussetzungen (hier: fehlende Überlassung der Mieträume) nicht zu einem Vertragseintritt des Grundstückseigentümers, hat dies grundsätzlich auf den mit dem Nießbraucher abgeschlossenen Vertrag keinen Einfluß. Insoweit besteht kein Unterschied zur Rechtslage bei unmittelbarer Anwendung von § 571 Abs. 1 BGB (vgl. insoweit *Palandt/Putzo*, BGB 48. Aufl. § 578 Anm. 2 b und § 571 Anm. 5 a cc ganz allgem. M.). Auch der Nießbraucher haftet wie jedermann grundsätzlich dafür, daß er die Mietsache für die Dauer des Mietvertrages dem Mieter zum Gebrauch überlassen kann. Er hat es in der Hand, die Dauer des Mietvertrages an die Dauer des Nießbrauchs zu binden.

Das Berufungsgericht hält § 1056 Abs. 1 BGB offenbar für ein Spezialgesetz, das anderen Regelungen vorgeht. Diese Vorschrift gilt für alle Fälle der Nießbrauchsbeendigung. Es wäre unverständlich, wenn sich der Nießbraucher durch einen Verzicht auf den Nießbrauch seiner Haftung für abgeschlossene Mietverträge entziehen könnte. Es gibt aber auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Gesetzgeber bei Erlöschen des Nießbrauchs durch den Tod des Nießbrauchers über § 1056 Abs. 1 BGB das allgemeine Prinzip der Universalsukzession durchbrechen und den Erben des Nießbrauchers aus der Haftung für die vom Erblasser abgeschlossenen Verträge entlassen wollte. § 1056 Abs. 1 BGB soll als Schutzvorschrift den schon besitzenden Grundstücksmieter davor bewahren, sofort nach dem Erlöschen des Nießbrauchs einem Herausgabeanspruch des Eigentümers ausgesetzt zu sein (vgl. § 986 Abs. 1 BGB). Der Eigentümer tritt deshalb von Gesetzes wegen in den Mietvertrag ein, was keine Rechtsnachfolge nach dem Nießbraucher bedeutet (BGHZ 53, 174, 179; BGH Ur. v. 30.5.1962, VIII ZR 173/61, LM BGB § 566 Nr. 7 a. E.). Unabhängig davon, ob es hiernach zu einem Eintritt des Grundstückseigentümers kommt, wird eine Rechtsnachfolge in den Mietvertrag kraft Erbrechts nicht ausgeschlossen.

Von manchen Autoren wird zwar ausgeführt, das rechtliche Schicksal des Mietvertrages hänge vom Bestand des Nießbrauchs ab; erlösche dieser vor dem Ende des Mietvertrages, so sei letzterem die Basis entzogen (vgl. z.B. *BGB-RGRK/Rothe* 12. Aufl. § 1056 Rdnr. 1; *Erman/Ronke*, BGB 7. Aufl. § 1056 Rdnr. 1; *MünchKommB/Petzold* 2. Aufl. § 1056 Rdnr. 1). Diese Sätze sind aber wohl nur mißverständlich; sie stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit weiteren Ausführungen zum Schutzzweck des § 1056 BGB, nämlich zu verhindern, daß der Mieter sein vom Nießbraucher abgeleitetes Besitzrecht (§ 986 Abs. 1 Satz 1 BGB) mit dem Ende des Nießbrauchs verliert (zutreffend und klarer *Soergel/Bauer*, BGB 11. Aufl. § 1056 Rdnr. 1; *Staudinger/Promberger*, BGB 12. Aufl. § 1056 Rdnr. 1).

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts könnte allenfalls dann richtig sein, wenn sich der Vertrag vom 6.9.1985 als eine Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs (§ 1059 Satz 2 BGB) darstellte. In einem solchen Fall würde mit dem Ende des Stammrechts auch das Recht zur Ausübung erlöschen (vgl. BGHZ 55, 111, 115 ff; *BGB-RGRK/Rothe* a. a. O. § 1059 Rdnr. 5; *Erman/Ronke* a. a. O. § 1059 Rdnr. 5; *MünchKommB/Petzold* a. a. O. § 1059 Rdnr. 6; *Soergel/Baur* a. a. O. § 1059 Rdnr. 5; *Staudinger/Promberger* a. a. O. § 1059 Rdnr. 14). Um eine Überlassung der Nießbrauchsausübung handelt es sich hier aber nicht.

Das Berufungsgericht geht unangegriffen von einer reinen Geschäftsraummietaus. Das ist materiell-rechtlich nicht

zu beanstanden. Eine Vermietung oder Verpachtung der nießbrauchbelasteten Sache ist begrifflich und in ihren Folgen verschieden von einer ganzen oder teilweisen Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung. Der Senat folgt insoweit der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. *Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl. § 121 V, 2 S. 603; ebenso *Westermann/Pinger*, Immobiliarsachenrecht, 6. Aufl. § 137 V, 2 S. 360; *Staudinger/Spreng*, BGB 11. Aufl. § 1059 Rdnr. 2; *Soergel/Baur* a. a. O. § 1059 Rdnr. 3; *Eccius*, Gruchot 50, 503, 504 ff; *Kretschmar*, Gruchot 65, 432, 433; *Oertmann* JherJb 66, 130, 144; unentschieden: *Staudinger/Promberger* a. a. O. § 1059 Rdnr. 9; a. A. *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. § 118 S. 476 mit Fn. 6; *Mendel*, Die Ausübungsüberlassung bei Nießbrauch und den beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten Jur.Diss. Köln 1935 S. 21 ff).

Gegenstand des Miet- oder Pachtvertrages ist das Grundstück als solches (oder die entsprechenden Räume vgl. § 580 BGB), Objekt der Ausübungsüberlassung ist dagegen der Nießbrauch, also das Recht, die Nutzungen einer Sache zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB). Miete und Pacht sind entgeltliche Verträge mit bestimmter Ausgestaltung, die Überlassung zur Ausübung kann ihre Grundlage in den verschiedensten Kausalgeschäften wie Kauf, Schenkung usw. haben. Mit der Überlassung zur Ausübung verpflichtet sich der Nießbraucher, die Geltendmachung der aus dem Nießbrauch fließenden Ansprüche durch den Ausübungsberechtigten zu dulden. Auch wenn er selbst noch Inhaber des Stammrechts bleibt, so ist im Verhältnis zum Ausübenden nicht mehr er, sondern dieser zur Ziehung der Nutzungen berechtigt. Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks dienen dagegen gerade der Gewinnung der mittelbaren Sachfrüchte (§ 99 Abs. 3 BGB) als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung; der Nießbraucher begibt sich in diesem Fall nicht seines Rechts auf Nutzung der Sache, sondern macht von diesem Recht durch Vermietung oder Verpachtung Gebrauch. Er übt den Nießbrauch selbst aus.

Auch in den Auswirkungen unterscheidet sich die Ausübungsüberlassung nicht unerheblich von der Vermietung oder Verpachtung. Der Nießbrauchsausübende darf ohne besondere Gestattung des Nießbrauchers die Sache jedenfalls in dessen Namen und — wenn ihm jene Befugnis mit übertragen ist — auch als Selbstvermieter für eigene Rechnung vermieten (vgl. RG *Warneyer* Rspr. 1912, 382; *Soergel/Baur* a. a. O. § 1059 Rdnr. 3 m. w. N.); der Mieter ist ohne Erlaubnis des Vermieters zur Weitervermietung nicht berechtigt (§ 549 BGB). Den Nießbraucher trifft bei der Ausübungsüberlassung keine Verpflichtung zur Unterhaltung des Grundstücks, während Mieter und Pächter von ihrem Vertragspartner grundsätzlich nach § 536 BGB die Erhaltung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch verlangen können. Die Ausübung des Nießbrauchs ist an dessen Dauer gebunden, die Grundstücks- und Raummiete überdauert grundsätzlich das Ende des Nießbrauchs; unter bestimmten Voraussetzungen tritt auch der Eigentümer in das Mietverhältnis ein (§ 1056 Abs. 1 BGB).

c) Auch die vom Beklagten vorsorglich ausgesprochene Kündigung entbindet ihn nicht von seiner Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung an den Kläger.

Der Beklagte konnte nicht in unmittelbarer Anwendung von § 1056 Abs. 2 BGB den Vertrag vorzeitig kündigen. Im Schrifttum wird zwar die Ansicht vertreten, der Grundstückseigentümer sei zur vorzeitigen Kündigung auch dann berechtigt, wenn er als Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten des Nießbrauchers hafte (vgl. *Wolff/Raiser* a. a. O. § 118 Fn. 8; *Planck/Brodmann*, BGB 5. Aufl. § 1056 Anm. 3 a; BGB-RGRK/*Rothe* a. a. O. § 1056 Rdnr. 3; Münch-Komm/*Petzold* a. a. O.

§ 1056 Rdnr. 3; einschränkend *Staudinger/Promberger* a. a. O. § 1056 Rdnr. 25; a. A. OLG Colmar ElsLothrz. 1909, 254 und wohl auch *Soergel/Baur* a. a. O. § 1056 Rdnr. 7). Die Voraussetzungen des § 1056 BGB liegen hier aber unstrittig nicht vor; der Beklagte ist nur Rechtsnachfolger der Nießbraucherin als deren Alleinerbe, ohne als Eigentümer in das Mietverhältnis eingetreten zu sein.

Auch eine allenfalls in Betracht kommende analoge Anwendung von § 1056 Abs. 2 BGB (unter dem Gesichtspunkt, der Beklagte könne nicht schlechter gestellt werden, als er stünde, wenn dem Kläger die Mietsache schon überlassen gewesen wäre) scheidet aus. Ein vorzeitiges Kündigungsrecht des Grundstückseigentümers ist mindestens in den Fällen ausgeschlossen, in denen er persönlich an den Mietvertrag gebunden ist. So liegt es, wenn der Mietvertrag schon von ihm selbst vor Bestellung des Nießbrauchs abgeschlossen worden und der Nießbraucher für die Dauer seines Rechts in den Mietvertrag eingetreten war (§ 577, 571 Abs. 1 BGB; vgl. *Roquette*, Mietrecht 1966, § 535 Rdnr. 117 a. E.; *Staudinger/Promberger* a. a. O. § 1056 Rdnr. 3) oder wenn er dem vom Nießbraucher abgeschlossenen Mietvertrag persönlich beigetreten ist (BGB-RGRK/*Rothe* a. a. O. § 1056 Rdnr. 7; *Soergel/Baur* a. a. O. § 1056 Rdnr. 5; Münch-Komm/*Petzold* a. a. O. § 1056 Rdnr. 5; *Staudinger/Promberger* a. a. O. § 1056 Rdnr. 4 und 21). Dasselbe muß gelten, wenn der Grundstückseigentümer den Nießbraucher beerbt hat. In diesem Fall ist er nach erbrechtlichen Grundsätzen durch Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1, § 1967 Abs. 1 BGB) unmittelbar Vertragspartner des Mieters. Diese Rechtsstellung besteht unabhängig von einem eventuellen Vertragseintritt nach § 1056 Abs. 1 BGB. Würde man dem Grundstückseigentümer als Erben des Nießbrauchers ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 1056 Abs. 2 BGB zubilligen, würde sich eine zugunsten des Mieters erlassene Schutzvorschrift zu dessen Lasten in ein durch nichts gerechtfertigtes Haftungsprivileg des Erben verkehren.

d) Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen schuldet der Beklagte für die Zeit vom 1.4. bis 31.12.1986 grundsätzlich auch Schadensersatz nach § 325 Abs. 1 BGB, weil ihm seine Leistung (Gebrauchsüberlassung) durch Zeitablauf insoweit unmöglich geworden ist. Da der Kläger weiterhin Erfüllung des Mietvertrages begehrt, zerfällt der Vertrag durch den teilweise verlangten Schadensersatz in zwei Abschnitte, die rechtlich selbständig zu beurteilen sind (vgl. BGHZ 36, 316, 318). Es handelt sich insoweit nicht um eine Rechtsmängelhaftung nach § 541 BGB. Der vertragsgemäße Gebrauch ist dem Kläger nicht durch das Recht eines Dritten entzogen worden. Unerheblich ist mithin auch, ob der Kläger wußte, daß seine Vermieterin nur Nießbraucherin war (vgl. § 539 Abs. 1 BGB).

5. BGB §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1 (*Mieterträge im Grundstückskaufvertrag als Zusicherung*)

Werden in einem Grundstückskaufvertrag die Mieterträge aufgeführt und zum Gegenstand der Vereinbarung gemacht, dann spricht dies nur dann nicht für eine vertragsmäßige Zusicherung, wenn der Käufer aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Grundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietvertrag verbunden werden (Bestätigung des Senatsurteils vom 19.9.1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45).

BGH, Urteil vom 3.11.1989, — V ZR 154/88 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 14.12.1984 verkaufte der Beklagte dem Kläger ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück in H für 330.000 DM. Der Kläger übernahm die Rechte und Pflichten aus den Mietverhältnissen, die sich aus einer der Urkunde als Anlage beigefügten „Mietaufstellung“ ergaben, welche ausdrücklich zum Bestandteil des Vertrages gemacht wurde. Für den Eingang der Mietzahlungen übernahm der Beklagte keine Gewähr. In der „Mietaufstellung“ sind außer den Räumlichkeiten und den Mieten auch die nach dem Stande vom 12.12.1984 gezahlten Mieten aufgeführt. Danach betragen die Mieteinnahmen „netto kalt gesamt/mitl.“ 2.592,57 DM, also jährlich 31.110,47 DM. Der Kläger verlangt Minderung des Kaufpreises um 117.228,47 DM mit der Behauptung, der Beklagte habe ihm eine falsche „Nettokaltmiete“ zugesichert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 84.975 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Revision hatte nur teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

I. . . .

II.

Zutreffend sieht das Berufungsgericht allerdings in dem Mietertrag eines Hausgrundstücks eine zusicherungsfähige Eigenschaft (st. Rspr. des Senats, vgl. Ur. v. 8.2.1980, V ZR 174/78, NJW 1980, 1456 und v. 2.12.1988, V ZR 91/87, WM 1989, 579). Dies wird von der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

Rechtsfehlerfrei legt das Berufungsgericht den Kaufvertrag dahin aus, daß der Beklagte darin eine bestimmte Kaltmiete zugesichert hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Die Auslegung ist möglich. Sie verletzt weder Denkgesetze noch Erfahrungssätze und übergeht auch nicht wesentlichen Streitstoff.

Der zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich aus einem Hausgrundstück gezogene Nutzen gilt nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung des Grundstücks. Werden die tatsächlich erzielten Mieterträge in einem Grundstückskaufvertrag aufgeführt und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemacht, dann spricht dies nur dann nicht für eine vertragsmäßige Zusicherung, wenn der Käufer aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt als die nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbundenen (Senatsurt. v. 19.9.1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46). Derartige besondere Umstände hat die Revision nicht aufgezeigt. Den von ihr in Bezug genommenen Hinweis in der Mietaufstellung „Stand vom 12.12.1984 gem. Übermittlung der Hausverwaltung Herr B“ hat das Landgericht, dem das Berufungsgericht insoweit in vollem Umfang gefolgt ist, berücksichtigt und dahin gewürdigt, daß er der Annahme einer Zusicherung nicht entgegenstehe. Diese Würdigung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Der Hinweis zwingt insbesondere nicht zu der Annahme, der Beklagte habe damit zum Ausdruck bringen wollen, daß er für die Richtigkeit der Mietaufstellung nicht einstehen wolle. Der Hinweis konnte im Gegenteil sogar den Eindruck besonderer Sachkunde und Zuverlässigkeit erwecken, indem er auf die mit der Abwicklung der Mietverhältnisse betraute Hausverwaltung als Quelle für die Angaben in der Aufstellung verweist.

6. ZVG § 114 a (Analoge Anwendung des § 114 a ZVG bei Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot)

Die Befriedigungsfiktion des § 114 a ZVG findet auch dann Anwendung, wenn der meistbietende Berechtigte die Rechte aus dem Meistgebot auf einen Dritten überträgt und diesem der Zuschlag erteilt wird.

BGH, Urteil vom 6.7.1989 — IX ZR 4/89 —

Aus dem Tatbestand:

Die beklagte Bank betrieb aus einer erstrangigen Grundschuld über 212.000 DM die Zwangsversteigerung eines Grundstücks des Klägers. Das Vollstreckungsgericht setzte den Verkehrswert des Grundstücks auf 350.000 DM fest. Im Versteigerungstermin vom 3.9.1986 blieb die Beklagte Meistbietende mit einem Bargebot von 215.000 DM. Sie trat ihre Rechte aus dem Meistgebot an die Eheleute G. ab. Diese erhielten daraufhin mit Beschluß vom 18.9.1986 den Zuschlag.

Die Forderung der Beklagten überstieg den ihr nach dem Teilungsplan zugeteilten Versteigerungserlös von knapp 214.000 DM um etwa 71.000 DM. Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte gelte in entsprechender Anwendung von § 114 a ZVG in Höhe von 7/10 des Verkehrswerts = 245.000 DM als befriedigt.

Mit der Klage begehrt er, daß die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der Grundschuldbestellungsurkunde, in der er sich der Vollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen hat, insoweit für unzulässig erklärt wird, als die Beklagte Ansprüche von mehr als 40.928,09 DM geltend macht. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der — zugelassenen — Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Beklagte sich in entsprechender Anwendung von § 114 a ZVG so behandeln lassen muß, als ob ein Gebot von 7/10 des Verkehrswerts = 245.000 DM erzielt worden wäre.

Dem stimmt der erkennende Senat zu.

1. Wenn der Zuschlag einem zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten zu einem hinter 7/10 des Grundstückswertes zurückbleibenden Gebot erteilt wird, gilt nach § 114 a Satz 1 ZVG der Ersteher auch insoweit als aus dem Grundstück befriedigt, als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot zum Betrag der 7/10-Grenze gedeckt sein würde. Diese Vorschrift will verhindern, daß ein innerhalb der 7/10-Grenze liegender Berechtigter das Grundstück in der Zwangsversteigerung günstig erwirbt und sodann den ungedeckten Restbetrag seiner persönlichen Forderung gegen den Schuldner in voller Höhe geltend macht (vgl. BGH, Ur. v. 27.6.1979 — VIII ZR 297/77, WM 1979, 977; BGHZ 99, 110, 113 f. [= DNotZ 1987, 504]). Ihrem Wortlaut entsprechend findet die Vorschrift unmittelbar Anwendung, wenn der Berechtigte aufgrund seines Meistgebots selbst den Zuschlag erhält. Der Gesetzeszweck erfordert aber ihre entsprechende Anwendung auch für den Fall, daß der Meistbietende die Rechte aus dem Meistgebot an einen Dritten abtritt und daraufhin dem Dritten der Zuschlag erteilt wird. Das hat der Bundesgerichtshof bereits in der Entscheidung vom 27.6.1979 (a. a. O.) ausgesprochen. Auch das Schrifttum vertritt überwiegend diese Auffassung (*Dassler/Schiffhauer/Gerhardt*, ZVG 11. Aufl. § 114 a Anm. 1; *Steiner/Eickmann*, ZVG 9. Aufl. § 114 a Rdnr. 11; *Mohrbutler/Drischler/Radtke/Tiedemann*, Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, 7. Aufl. Muster 110 Nr. 8; *Jonas/Pohle*, Zwangsvollstreckungsnotrecht 16. Aufl. § 114 a ZVG Anm. 4; *Kahler MDR* 1983, 903; *Ebeling*, Rechtspfleger 1988, 400, 402; a. A. *Zeller/Stöber*, ZVG 12. Aufl. § 114 a Rdnr. 2.6, § 85 a Rdnr. 4.8).

2. Wie bereits dargelegt, will § 114 a ZVG verhindern, daß ein innerhalb der 7/10-Grenze liegender Berechtigter das Grundstück in der Zwangsversteigerung günstig erwirbt, gleichwohl aber seine persönliche Forderung ganz oder zum überwiegenden Teil behält. Die Schutzvorschrift des § 114 a ZVG will sicherstellen, daß bei einer Ersteigerung des Grundstücks durch einen zur Befriedigung aus dem Grundstück Berechtigten der Vollstreckungsschuldner so gestellt wird, als hätte das Meistgebot 7/10 des Grundstückswertes erreicht. Ohne diese Vorschrift brauchte der Berechtigte sich nur das möglicherweise weit unter der 7/10-Grenze liegende Meistgebot auf seine Forderung anrechnen zu lassen mit der Folge, daß er einerseits seine nicht durch das Meistgebot gedeckte persönliche Forderung in voller Höhe behielte und andererseits das günstig erworbene Grundstück später mit Gewinn veräußern könnte. Diese Situation ist auch dann gegeben, wenn der meistbietende Berechtigte sich nicht selbst den Zuschlag erteilen läßt, sondern die Rechte aus dem Meistgebot veräußert. Auch in diesem Fall behält er die durch das Meistgebot nicht gedeckte persönliche Forderung und hat den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks zu dem niedrigen Betrag des Meistgebots für sich erworben. Als Meistbietender hat er Anspruch auf Erteilung des Zuschlags (§ 81 Abs. 1 ZVG). Wenn er die Rechte aus dem Meistgebot veräußert, kann er dafür eine dem Wert des Grundstücks entsprechende Gegenleistung verlangen. Insofern steht er wirtschaftlich nicht anders da, als wenn er selbst den Zuschlag erhielte. Deshalb muß die Befriedigungsfiktion des § 114 a ZVG auch dann Anwendung finden, wenn der meistbietende Berechtigte auf den Zuschlag verzichtet und stattdessen die Rechte aus dem Meistgebot veräußert. Andernfalls ließe sich der mit § 114 a ZVG verfolgte Gesetzeszweck durch eine Abtretung des Meistgebots leicht umgehen.

3. Demgegenüber macht die Beklagte vergeblich geltend, daß sie im vorliegenden Fall für die Veräußerung der Rechte aus dem Meistgebot nur 10.000 DM erhalten habe und damit feststehe, daß der Versteigerungserlös insgesamt unter der 7/10-Grenze geblieben sei. Die Befriedigungsfiktion des § 114 a ZVG ist notwendigerweise pauschal. Auch im Bereich der unmittelbaren Anwendung der Vorschrift ist es unerheblich, zu welchem Preis der Ersteher das Grundstück später einmal verwertet. Deshalb spielt es auch im Rahmen der entsprechenden Anwendung der Befriedigungsfiktion keine Rolle, ob der Meistbietende die Rechte aus dem Meistgebot tatsächlich gewinnbringend hat veräußern können. Im übrigen will § 114 a ZVG nicht nur einen vermuteten Gewinn des Erstehers bei der Weiterveräußerung des versteigerten Grundstücks bis zu einer gewissen Grenze dem Vollstreckungsschuldner gutbringen. Die Vorschrift soll vielmehr auch einen Ausgleich dafür schaffen, daß erfahrungsgemäß andere Interessenten von der Abgabe von Geboten abgehalten werden, solange ein dinglich gesicherter Gläubiger innerhalb der Grenzen seines Rechts bietet (vgl. *Zeller/Stöber a. a. O.* § 114 a Rdnr. 2.2).

7. BGB §§ 139, 812, 897 Abs. 1 (*Divergenz von Einigung und Eintragung einer Grundschuld bezüglich des Ranges*)

Haben sich der Besteller einer Grundschuld und der Gläubiger über die Eintragung der Grundschuld an einer bestimmten Rangstelle geeinigt, wird aber die Grundschuld an anderer Rangstelle eingetragen, so entsteht die Grundschuld nicht. Etwas anderes kann gelten, wenn die Beteiligten die Grundschuld jedenfalls mit dem gesetzlichen Rang des § 879 Abs. 1 BGB entstehen lassen wollten.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

BGH, Urteil vom 29.9.1989 — V ZR 343/87 —

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 29.6.1981 verkauften die Kläger an Giovanni di B. die Grundstücke Flur-Nr. 769, 1730 und 768/3 der Gemarkung W. Als Kaufpreis sollten 100.000 DM und eine monatliche Leibrente von 3.000 DM auf Lebenszeit der Kläger gezahlt werden. Die Leibrente sollte durch eine Reallast gesichert werden.

Im Falle eines bestimmten Rückstandes mit der Leibrente sollten die Kläger zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt sein. Zur Sicherung des mit der Ausübung des Rücktrittsrechtes entstehenden Rückübertragungsanspruches sollte zugunsten der Kläger eine Auflassungsvormerkung (im Range nach der Reallast) eingetragen werden.

Am 4.2.1982 bestellte di B. der Beklagten an den Flurstücken Nr. 769 und 768/3 eine Grundschuld in Höhe von 40.000 DM nebst Zinsen.

Die Anträge auf Eintragung von di B. als Eigentümer, der Auflassungsvormerkung, der Reallast und der Grundschuld legte der Notar gleichzeitig dem Grundbuchamt vor. Daraufhin wurden am 5.11.1982 u.a. die Auflassungsvormerkung zugunsten der Kläger sowie die Grundschuld, und zwar mit gleichem Rang, in das Grundbuch eingetragen.

Unter dem 29.4.1985 erkannte di B. in notarieller Urkunde den von den Klägern wegen Zahlungsrückstandes erklärten Rücktritt vom Vertrag an. Die Rückauflassung wurde erklärt und am 30.7.1985 in das Grundbuch eingetragen.

Die Kläger verkauften die Grundstücke weiter, wobei sie eine lastenfreie Übergabe an die Erwerber vereinbarten. Die Kläger verlangten erfolglos von der Beklagten die Löschung der Grundschuld. Sie war dazu nur gegen Zahlung eines Ablösebetrages bereit. Die Kläger traten daraufhin ihre Ansprüche auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe des von der Beklagten geforderten Ablösebetrages (er belief sich zunächst auf 85.373,48 DM) an die Beklagte ab. Die Käufer zahlten — unter Vorbehalt — diesen Betrag an die Beklagte. Die Grundschuld wurde alsdann gelöscht. Nach der Ermäßigung des Ablösebetrages auf 62.440,15 DM zahlte die Beklagte 22.933,33 DM an die Kläger.

Die Kläger verlangen von der Beklagten die Zahlung in Höhe von 62.440,15 DM nebst Zinsen. Sie haben behauptet, zwischen di B. und der Beklagten sei vereinbart gewesen, daß die Grundschuld im Range nach der Rückauflassungsvormerkung eingetragen werden sollte. Da dies nicht geschehen sei, sei die Grundschuld nicht wirksam bestellt worden. Die Zahlung von 62.440,15 DM sei daher ohne Rechtsgrund erfolgt. Im Falle der wirksamen Bestellung der Grundschuld habe sich die Beklagte den Rang des Grundpfandrechtes erschlichen. Sie habe gewußt, daß di B. die Grundschuld nur im Range nach der Auflassungsvormerkung habe bestellen dürfen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgen sie den Zahlungsanspruch weiter.

Aus den Gründen:

I. ...

II.

Die Revision hat Erfolg:

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings vertragliche Ansprüche zwischen den Parteien nicht erörtert. Die Annahme der Revision, die — vom Berufungsgericht unterstellte — Rangvereinbarung zwischen di B. und der Beklagten könne sich als Vertrag zugunsten der Kläger darstellen, die dementsprechend von der Beklagten den Vorrang für die

Auflassungsvormerkung verlangen könnten, findet in den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Grundlage. Die Revision zeigt auch keinen Tatsachenvortrag auf, aus dem auf eine entsprechende Vereinbarung zugunsten der Kläger zwischen di B. und der Beklagten geschlossen werden könnte.

2. Fehlerhaft begründet ist jedoch die im Zusammenhang mit der Verneinung einer Leistungskondition vertretene Auffassung des Berufungsgerichts, trotz — unterstellter — Rangvereinbarung zwischen di B. und der Beklagten sei die Grundschuld wirksam bestellt worden.

Hatte sich di B. mit der Beklagten dinglich geeinigt, daß die Grundschuld im Range nach der Auflassungsvormerkung für die Kläger eingetragen werden sollte, so hatten sich — wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat — Einigung und Eintragung nicht gedeckt. Das Recht wäre folglich nicht entstanden. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn im Falle der Anwendung des § 139 BGB davon auszugehen wäre, daß die Parteien des Bestellungsvertrages die Grundschuld jedenfalls mit dem gesetzlichen Rang des § 879 Abs. 1 BGB hätten entstehen lassen wollen.

a) Was die — entsprechende — Anwendung des § 139 BGB anbetrifft, so wird diese allgemein bejaht (vgl. MünchKomm/Wacke, 2. Aufl. § 879 Rdnr. 31; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. § 879 Rdnr. 42; Staudinger/Kutter, BGB, 12. Aufl. § 879 Rdnr. 61 ff.; Erman/Hagen, BGB, 7. Aufl. § 879 Rdnr. 16; Palandt/Bassenge, BGB, 48. Aufl. § 879 Anm. 5 d). Dem schließt sich der Senat im Interesse der Durchsetzung des mutmaßlichen Willens der Beteiligten an.

b) Bei der Prüfung der Frage, ob die Beteiligten der Grundschuldbestellung die Entstehung der Grundschuld mit dem gesetzlichen Rang des § 879 Abs. 1 BGB dem Nichtentstehen vorgezogen hätten, hat das Berufungsgericht — wie die Revision zu Recht rügt — wesentliche Umstände außer Betracht gelassen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind alle Beteiligten „mit großer Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen, zuerst werde der Grundstückskaufvertrag“ zwischen den Klägern und di B. „und die damit zusammenhängenden Verfügungen ausgeführt“. Mit einer Grundschuldbestellung im gleichen Rang wie die Auflassungsvormerkung zugunsten der Kläger könnte sich di B. einer Vertragsverletzung im Verhältnis zu den Klägern schuldig gemacht und sich damit einen Schadensersatzanspruch der Kläger ausgesetzt haben. Dieser Umstand läßt es fraglich erscheinen, daß di B. (entgegen der mit der Beklagten getroffenen — unterstellten — Rangvereinbarung) mit der Eintragung der Grundschuld im gleichen Rang wie die Auflassungsvormerkung einverstanden gewesen wäre. Im übrigen ist vom Berufungsgericht übersehen worden, daß di B. nicht vor der Alternative Gleichrang der Grundschuld und der Auflassungsvormerkung oder „völliges Nichtentstehen“ des Grundpfandrechtes gestanden hätte. Der mit der Beklagten vereinbarte Rang der Grundschuld nach der Auflassungsvormerkung hätte sich nachträglich ohne Schwierigkeiten verwirklichen lassen, da die Beklagte im Verhältnis zu di B. zu einer Rangänderung verpflichtet gewesen wäre.

Es kann nicht ausgeschlossen werden — sondern würde sogar naheliegen —, daß das Berufungsgericht bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 139 BGB im Falle der Würdigung der vorbezeichneten Umstände zu einem anderen und für die Kläger günstigen Ergebnis gekommen wäre. Sollte

nämlich die Grundschuld nicht entstanden sein, so wäre die unter Vorbehalt erbrachte Zahlung zur Ablösung der Grundschuld rechtsgrundlos erfolgt.

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die Zahlung von 62.440,15 DM durch die zweiten Käufer des Grundstücks der Kläger an die Beklagte als „Leistung“ der Kläger im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB anzusehen wäre. Das Grundstück der Kläger war mit der Grundschuld der Beklagten belastet. Im Kaufvertrag mit den Zweitkäufern hatten sich die Kläger zur lastenfreien Übertragung verpflichtet. Da die Beklagte mit einer Löschung der Grundschuld nicht einverstanden war, mußten die Kläger das Grundpfandrecht im Verhältnis zu ihren Käufern ablösen. Dies ist dann so geschehen, daß die Kläger den Kaufpreisanspruch gegen die Käufer in Höhe des zur Ablösung benötigten Betrages an die Beklagte abtraten und die Käufer dementsprechend an die Beklagte zahlten. Im Verhältnis Grundstückseigentümer zu Grundschuldgläubiger stellt sich in einem solchen Falle die Ablösung der Grundschuld als Leistung des Grundstückseigentümers dar (vgl. MünchKomm/Lieb, 3. Aufl. § 812 Rdnr. 124).

Im Falle der Unwirksamkeit der Grundschuldbestellung könnten dementsprechend die Kläger von der Beklagten Rückgewähr des zur Ablösung der — vermeintlichen — Grundschuld gezahlten Betrages verlangen.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß die Frage der wirksamen Bestellung der Grundschuld für das Bestehen eines Bereicherungsanspruches von entscheidender Bedeutung ist. Es ist daher aufzuklären, ob die vom Berufungsgericht unterstellte Rangvereinbarung wirksam getroffen worden ist. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

8. AGBG § 3; BGB § 1191 (Zum Umfang der Zweckvereinbarung bei Grundschulden)

1. **Bestellt der Sicherungsgeber eine Grundschuld zur Absicherung von Schulden eines Dritten, so ist die Ausdehnung des Haftungsumfanges durch formularmäßige Zweckerklärung für „alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten“ des Dritten grundsätzlich insoweit überraschend (§ 3 AGBG), als sie über den Anlaß des Sicherungsvertrages (hier: Prolongation bestimmter Wechselverbindlichkeiten) hinausgeht.**
2. **Macht der Sicherungsnehmer geltend, er habe im Rahmen der Vertragsverhandlungen ausdrücklich einen bestimmten Haftungsumfang der Grundschuld (hier: alle bestehenden Verbindlichkeiten) angesprochen, so trägt er dafür die Beweislast.**

BGH, Urteil vom 10.11.1989 — V ZR 201/88 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die KlägerIn errichtete auf einem der Firma E.-GmbH gehörenden Gelände eine Wohnungseigentumsanlage. Zu den von ihr beauftragten Unternehmen gehörte die Firma Sch.-GmbH, deren Hausbank die Beklagte ist. Nach Fertigstellung der Anlage war die Klägerin in Zahlungsschwierigkeiten. Die Firma Sch.-GmbH erhielt von ihr Wechsel, die teilweise prolongiert und gegen Wechsel ausgetauscht wurden, deren Bezogener eine Firma F. war.

Die Beklagte war 1984 Inhaber zweier von der Firma F. akzeptierter Prolongationswechsel über 100.000 DM und 80.000 DM, die sie zugunsten der Firma Sch.-GmbH diskontiert hatte und die zum

26.10.1984 fällig waren. Einer erneuten Prolongation dieser Wechsel wollte die Beklagte zunächst nicht zustimmen. Es kam daraufhin zu Verhandlungen, bei denen die Klägerin der Beklagten als Sicherheit die Bestellung von Grundschulden auf dem von ihr bebauten Grundstück anbot, was die Beklagte akzeptierte.

Die Firma E.-GmbH bestellte daraufhin mit notariellen Urkunden vom 25.1.1985 zugunsten der Beklagten auf fünf verschiedenen Parzellen Grundschulden in Höhe von insgesamt 181.000 DM, wobei die Sch.-GmbH die persönliche Haftung übernahm. Als Anlage zu den Grundschuldbestellungsurkunden unterzeichneten die Vertreter der Firma E.-GmbH und der Firma S.-GmbH weitere — ebenfalls vorgedruckte — Erklärungen, darunter eine Zweckerklärung, wonach die Grundschulden „— auch wenn die Sicherheit anlässlich einer bestimmten Kreditgewährung bestellt wird — zur Sicherung aller bestehenden und künftigen — auch bedingten oder befristeten — Ansprüche aus der Geschäftsverbindung“ zwischen der Beklagten und der Firma Sch.-GmbH dienen sollte.

Im Verlauf des Jahres 1985 zahlte die Firma F. auf die Wechsel insgesamt 180.000 DM an die Beklagte. Das Eigentum an den mit den Grundschulden belasteten Parzellen ist inzwischen auf die Klägerin übergegangen. Die Beklagte, die restliche Ansprüche aus den Wechseln und noch sonstige offene Forderungen gegen die 1987 in Konkurs geratene Firma Sch.-GmbH geltend macht, hat der Klägerin Grundschuldbestellungsurkunden über 61.000 DM und 36.000 DM zum Zwecke der Vollstreckung zustellen lassen. Dagegen wehrt sich die Klägerin mit der vorliegenden Vollstreckungsabwehrklage, mit der sie zuletzt beantragt hat, die Zwangsvollstreckung aus den Grundschulden für unzulässig zu erklären.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Auf Grund der Revision der Beklagten wurde die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

I. ...

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Gegen die Klägerin richtet sich der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) aus den abstrakten Grundschulden. Sie verteidigt sich dagegen mit einem Rückgewähranspruch aus dem der Grundschuldbestellung zugrundeliegenden Sicherungsvertrag. Vertragspartner der Beklagten insoweit war aber die Firma E.-GmbH (Grundschuldbestellerin), möglicherweise auch die Firma Sch.-GmbH. Es fragt sich daher, auf welchem Wege die Klägerin Einreden gegen die Grundschuld auf der Grundlage eines zwischen ganz anderen Personen bestehenden Sicherungsvertrages geltend machen will. Sie ist zwar nunmehr Eigentümerin des belasteten Grundstücks. Beim Erwerb des Grundstücks vom Sicherungsgeber geht der Rückgewähranspruch aber nicht ohne weiteres, sondern nur durch eine (auch durch schlüssiges Verhalten mögliche) Mitübertragung auf den Erwerber über (vgl. Senatsurt. v. 30.11.1951, V ZR 62/50, LM BGB § 1169 Nr. 1; BGH Ur. v. 13.7.1983, VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502/2503 [= MittBayNot 1984, 24]). Denkbar wäre auch, daß die Klägerin mit Zustimmung der Beklagten in den Sicherungsvertrag eingetreten ist (vgl. BGH Ur. v. 25.3.1986, IX ZR 104/85, NJW 1986, 2108). Das Berufungsgericht stellt dazu in tatsächlicher Hinsicht nichts fest. Es sieht die Klägerin offenbar deshalb als „in Betracht kommenden“ Sicherungsgeber an, weil sie mit Urkunde vom 4.2.1985 den Grundschulden Vorrang vor einer zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung eingeräumt und die Eintragung der Rangänderung in das Grundbuch bewilligt hat. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um anzunehmen, der Klägerin sei der Rückgewähranspruch abgetreten oder sie sei in den Sicherungsvertrag eingetreten. Das Berufungsgericht wird Gelegenheit haben, dieser bisher von ihm nicht erörterten Frage im Rahmen der auch aus anderen Gründen erforderlichen neuen Verhandlung (s. unten 2. d) nachzugehen. Die

Klägerin hat unter Vorlage einer Abtretungsurkunde behauptet, die Firma E.-GmbH. habe ihr den Rückgewähranspruch abgetreten.

2. a) Mit Recht zweifelt das Berufungsgericht daran, ob die Klägerin den Abschluß eines von der Zweckerklärung abweichenden Sicherungsvertrages (Beschränkung der Haftung auf die Wechselverbindlichkeiten) schlüssig dargelegt hat. Nach seinen Feststellungen erschöpft sich der Vortrag der Klägerin darin, daß die Zweckerklärung nicht das wiedergibt, was in den vorher geführten Verhandlungen besprochen worden sein soll. Daraus folgt noch nicht, daß der schriftliche Vertragstext zwischen den Parteien keine Geltung haben sollte. Für wichtige Verträge, wie sie Sicherungsabreden über die Bestellung einer Grundschuld in aller Regel darstellen, wird insbesondere im Verkehr mit Banken eine Beurkundungsvereinbarung im Sinne von § 154 Abs. 2 BGB vermutet. Das bedeutet, daß im Zweifel der Sicherungsvertrag erst mit der Beurkundung und nicht schon mit den mündlichen Absprachen geschlossen worden ist (vgl. Senatsurt. v. 16.6.1981, V ZR 114/80, WM 1982, 443, 444).

b) Zu Unrecht macht die Revision geltend, die an der Grundschuldbestellung formell nicht beteiligte Beklagte habe die vorgedruckte Zweckerklärung nicht als Verwender gestellt. Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe den Notar angewiesen, bestimmte Vordrucke zu verwenden. Richtig ist, daß die Beklagte diesen Vortrag zunächst bestritten und geltend gemacht hat, der Notar habe sich die Vordrucke selbst beschafft. Unstreitig handelt es sich bei den im vorliegenden Fall benutzten Vordrucken um solche des Deutschen Genossenschaftsverlages, wie sie üblicherweise von Raiffeisenbanken verwendet werden. Das als Parteil vernommene Vorstandsmitglied der Beklagten, M., hat vor dem Landgericht erklärt, es könne sein, daß der Notar am Tag der Grundschuldbestellung bei ihm angerufen und gefragt habe, welche Formulare Verwendung finden sollten, und er habe möglicherweise gebeten, die Vordrucke des Deutschen Genossenschaftsverlages zu benutzen. Demgemäß ist das Landgericht in seinem Urteil als unstreitig davon ausgegangen, daß der Inhalt der Zweckerklärung Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG ist. Die Beklagte hat ihre Verwendereigenschaft auch in der Berufungsinstanz nicht mehr in Frage gestellt; das Berufungsgericht hat sie deshalb als unstreitig seinen Ausführungen zugrunde gelegt. Darin liegt kein Verfahrensverstoß.

Das bloße Verlesen des Textes und eine etwaige allgemeine Belehrung durch den Notar schlosse den Charakter der Zweckerklärung als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht aus (BGHZ 102, 152/158 m. w. N. [= DNotZ 1988, 484]). Im vorliegenden Fall wurde die Zweckerklärung nur durch Verweisung in die notarielle Beurkundung mit einbezogen, und die Beteiligten haben auf ein Verlesen der Zweckerklärung sogar verzichtet.

c) Zu Unrecht macht die Revision geltend, die Zweckerklärung unterliege hier überhaupt nicht der Kontrolle nach § 3 AGBG, weil sie die Hauptleistungsbeschreibung enthalte und damit nicht eine Erweiterung der Zweckbestimmung, sondern die Zweckbestimmung selbst sei. Damit ist verkannt, daß das AGB-Gesetz nicht nur für typische auf Nebenabreden beschränkte allgemeine Geschäftsbedingungen gilt, sondern auch für sogenannte Formularverträge (vgl. auch schon zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes BGH Urteile v. 1.3.1978, VIII ZR 70/77, NJW 1978, 1519 und v. 8.6.1979, V ZR 191/76, NJW 1979, 2387, 2388

[= MittBayNot 1979, 158 = DNotZ 1979, 733]). Insoweit kann zwischen Festlegung der Hauptleistung und Nebenabreden nicht unterschieden werden (*Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG § 1 Rdnrn. 7 und 66). Der Anwendungsbereich von § 3 AGBG ist damit grundsätzlich — von hier nicht einschlägigen Ausnahmen (vgl. z. B. § 23 Abs. 1 AGBG) abgesehen — weder personell noch sachlich eingeschränkt (vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG a. a. O. § 3 Rdnr. 7). Demgemäß bezieht sich die Rechtsprechung des Senats zu diesem Problemkreis immer auf formularvertragliche Zweckerklärungen zum Haftungsumfang von Sicherungsgrundschulden und damit auf die aus dem Sicherungsvertrag folgende Hauptleistungsbeschreibung. Soweit die Revision auf *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG 1. Aufl. § 3 Rdnr. 19 verweist, ist übersehen, daß auch dort für die Hauptleistungsbeschreibung ausgeführt ist, eine relevante Überraschung könne sich aus den individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses und/oder dem äußeren Zuschnitt des Vertrages ergeben.

d) Klauseln im Sinne von § 3 AGBG liegen dann vor, wenn ihnen ein Überrumpelungseffekt innewohnt. Sie müssen eine Regelung enthalten, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und mit der dieser den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Diese Erwartungen werden dabei von allgemeinen und individuellen Begleitumständen bestimmt. Zu ersteren zählen etwa der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung, zu letzteren — und das allein kommt hier in Betracht — der Gang und der Inhalt der Vertragsverhandlungen und der äußere Zuschnitt des Vertrages (BGHZ 102, 152, 159). Im vorliegenden Fall sind Grundschuldbesteller und Sicherungsgeber (Firma E.-GmbH) mit dem persönlichen Schuldner (Firma Sch.-GmbH) nicht identisch. Klauseln der hier verwendeten Art zum Haftungsumfang müssen deshalb kritisch daraufhin untersucht werden, ob sie den Sicherungszweck überraschenderweise außerhalb des durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmens hin ausweiten (BGH a. a. O. S. 160).

Zutreffend hält das Berufungsgericht auf der Grundlage der bisherigen Senatsrechtsprechung (vgl. z. B. BGHZ 83, 56, 59 ff. [= DNotZ 1982, 314]; BGHZ 102, 152, 160 ff., BGHZ 106, 19, 23 [= MittBayNot 1989, 83 = DNotZ 1989, 609]) die Klausel insoweit für überraschend, als sie den Sicherungsumfang auch auf die künftigen Forderungen gegen die Firma Sch.-GmbH ausdehnt. Anlaß der Grundschuldbestellung war die Weigerung der Beklagten, die diskontierten Wechsel erneut zu prolongieren. War die Sicherungsgeberin bereit, in Anbetracht der auf ihrem Grundstück errichteten Eigentumswohnanlage mit Rücksicht auf die schon vormerkungsrechtlich Klägerin (= Wechsellausstellerin, auf die ein Plätzen der Wechsel Rückwirkungen haben mußte) Grundschulden zu bestellen, um damit eine Prolongation der Wechsel zu erreichen, so lag es außerhalb des durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmens, die Haftung auf künftige Schulden auszudehnen. Diese konnte die Sicherungsgeberin noch nicht kennen, und auf die weitere Darlehensaufnahme durch die Firma Sch.-GmbH hatte sie keinen Einfluß. Die Haftung auch für solche erst noch entstehenden Verbindlichkeiten wäre für die Grundstückseigentümerin ein unkalkulierbares Risiko. Es geht hier nicht um die Grundschuldbestellung für einen Kredit in laufender Rechnung (vgl. Senatsurt. v. 28.11.1986, V ZR 257/85, NJW 1987, 946, 947 [= MittBayNot 1987, 79 = DNotZ 1987, 485]) und auch nicht um ein mit der Kreditschuldnerin persönlich verflochtenes

und zugleich mit Kreditgeschäften vertrautes Unternehmen (BGHZ 100, 82 [= MittBayNot 1987, 187 = DNotZ 1987, 493]).

Ist die Zweckerklärung hinsichtlich der Haftung für zukünftige Forderungen der Beklagten danach schon gar nicht Vertragsbestandteil geworden, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Klausel insoweit gegebenenfalls einer Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG standhalten würde.

Rechtsfehlerhaft hält das Berufungsgericht andererseits die einschlägige Klausel auch insoweit für überraschend, als darin die Haftung für alle bestehenden Bankschulden der Firma Sch.-GmbH vereinbart ist.

Auch insoweit ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zutreffend. War — wie unangefochten festgestellt — Anlaß der Grundschuldbestellung die Prolongation der Wechsel in Höhe von 180.000 DM, so bestimmte diese Tatsache die Erwartungshaltung der mit dem persönlichen Schuldner nicht identischen Sicherungsgeberin. Sie konnte davon ausgehen, daß sich ihre Haftung grundsätzlich auf die Wechselforderungen in Höhe von 180.000 DM beschränkte, und mußte vernünftigerweise nicht damit rechnen, für alle damals schon bestehenden und ihr unter Umständen nicht bekannten Verbindlichkeiten der Firma Sch.-GmbH (die Beklagte hatte in erster Instanz geltend gemacht, am 25.1.1985 hätten gegen die Firma Sch.-GmbH schon Forderungen in Millionenhöhe bestanden) entstehen zu müssen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob Anlaß der Grundschuldbestellung die Absicherung einer bestimmten, erstmals entstehenden Kreditverbindlichkeit ist oder ob es darum geht, lediglich die Laufzeitverlängerung einer bestimmten Kreditforderung zu erreichen. In beiden Fällen ist nach den individuellen Begleitumständen Anlaß der Sicherheitenbestellung eine bestimmte Forderung, die grundsätzlich auch die Erwartung des Sicherungsgebers hinsichtlich des Umfangs seiner Haftung bestimmt. Daran ändert auch nichts, daß die Firma E.-GmbH ein kaufmännisches Unternehmen ist. Die Vorschrift des § 3 AGBG gilt im Grundsatz uneingeschränkt auch für Rechtsgeschäfte, die auf seiten des Kunden Handelsgeschäfte sind. Es geht hier nicht darum, ob die einschlägige Klausel nach heutiger Praxis im Verkehr mit Banken noch allgemein üblich ist und sie deshalb für ein geschäftserfahrenes kaufmännisches Unternehmen nach einem generellen Maßstab nicht ungewöhnlich sein kann. Es ist vielmehr der konkrete individuelle Begleitumstand bei Vertragsabschluß (Anlaß der Sicherheitenbestellung), der diesen generellen Maßstab modifiziert und damit die Ausdehnung des Haftungsumfangs über den Anlaß des Vertrages hinaus als überraschend erscheinen läßt.

Das Berufungsgericht hat jedoch bei seiner Würdigung den Tatsachenstoff nicht erschöpft. Soweit die Klägerin behauptet hat, es sei ausdrücklich eine auf die Wechselansprüche beschränkte Sicherungsabrede getroffen worden, hatte die Beklagte dem immer entgegengehalten, sie habe im Rahmen der Verhandlungen eine generelle Verstärkung der Sicherheiten (das kann wohl nur bedeuten: für alle damals bestehenden Verbindlichkeiten, vgl. auch Nr. 19 I und Nr. 17 Satz 2 AGB der Banken und hierzu BGH Urt. v. 18.12.1980, III ZR 157/78, NJW 1981, 1363) gefordert. Zu dieser Frage hat in erster Instanz auch eine Beweisaufnahme stattgefunden, mit deren Ergebnis sich das Berufungsgericht nicht mehr auseinandergesetzt hat, weil es offenbar die Auffassung vertritt, darauf komme es nur im Rahmen der behaupteten „ausdrücklichen Vereinbarung“ zum Sicherungsumfang an.

Hätte aber die Beklagte im Rahmen der Verhandlungen darauf bestanden, daß sie nur gegen Absicherung „aller bestehenden“ Verbindlichkeiten die Wechsel prolongieren werde, dann könnte die dementsprechende Zweckvereinbarung für die Sicherungsgeberin nicht mehr überraschend gewesen sein. Insofern spielt der zwischen den Parteien umstrittene Ablauf der Vertragsverhandlungen im Rahmen des § 3 AGBG doch eine entscheidende Rolle.

Insofern weist der Senat allerdings darauf hin, daß nach dem festgestellten Anlaß der Grundschuldbestellung (Prolongation der Wechselverbindlichkeiten) grundsätzlich schon deshalb die Ausdehnung der Haftung auf alle bestehenden Verbindlichkeiten einen überraschenden Charakter trägt und es damit Sache der Beklagten wäre, zu beweisen, sie habe im Rahmen der Verhandlungen auf die weitergehende Sicherungsabrede hingewiesen (vgl. BGHZ 83, 56, 60; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG 5. Aufl. § 3 Rdnr. 25; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG 2. Aufl. Rdnrn. 28 und 29; *Erman/H. Hefermehl*, BGB 8. Aufl. AGBG § 3 Rdnr. 20).

e) Nach § 6 Abs. 1 AGBG bleibt bei Unwirksamkeit eines Teiles der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der übrige Teil wirksam. Ist eine Formulklausel — hier die Zweckerklärung — nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll trennbar in einen zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil, so ist die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich (vgl. BGHZ 106, 19, 25, 26). Dies gilt sowohl für eine Trennung des Haftungsumfanges für zukünftige und bestehende Verbindlichkeiten, als auch — je nach dem Ergebnis der erneuten Verhandlung — für die Trennung innerhalb der bestehenden Verbindlichkeiten nach Wechselforderungen und sonstigen Forderungen der Beklagten. Es ist deshalb entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht notwendig, den bestehenden Haftungsumfang „aus den Umständen“ zu ermitteln.

3. Im Rahmen der erneuten Verhandlung wird die Beklagte Gelegenheit haben, auf ihre Rüge zurückzukommen, das Berufungsgericht habe ihren Vortrag zu den geltend gemachten Wechselnebenforderungen (47.843,41 DM) zu Unrecht als un schlüssig behandelt. Der Senat weist allerdings darauf hin, daß die von der Beklagten vorgelegten Kopien aus dem Wechselkopierbuch nur teilweise Wechsel betreffen, als deren Bezogener die Firma F-GmbH erscheint.

Rechtsfehlerhaft ist freilich der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen ihrer Forderung treffe. Die Klägerin, die Vollstreckungsgegenklage gegen den abstrakten Grundschuldanspruch erhoben hat, trägt grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Rückgewähranspruches (vgl. BGH Urteile v. 19.10.1973, V ZR 153/71, WM 1974, 47, 48; v. 27.2.1976, V ZR 50/75, WM 1976, 666, 667 und v. 30.4.1985, X ZR 34/84, NJW 1986, 53, 54). Der Ausnahmefall, daß bei Grundschuldbestellung die Forderungshöhe noch nicht feststand (vgl. Senatsurteile v. 19.10.1973 und v. 27.2.1976 jew. a. a. O.), liegt hier nicht vor. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß eine der Gläubigerin eingeräumte Sicherheit verwertet werden soll, die „zugunsten eines Dritten“ bestellt worden ist. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts verwischt den vom Gesetzgeber gewollten und den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprechenden Unterschied zwischen der Sicherungsgrundschuld und der Verkehrshypothek einerseits sowie der Sicherungshypothek andererseits (vgl. schon RGZ 60, 247, 248/249).

9. WEG §§ 3, 8 (*Wirksame Aufteilung in Wohnungseigentum trotz öffentlich-rechtlichen Bauverbots*)

Die Grundbucheintragung der Teilungserklärung oder der Teilungsvereinbarung vor Errichtung des Gebäudes ist inhaltlich zulässig auch dann, wenn schon in diesem Zeitpunkt nach öffentlichem Recht ein Bauverbot für das Grundstück besteht.

BGH, Urteil vom 22.12.1989 — V ZR 339/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger erstellte gegen ein Bargebot von 70.000 DM Wohnungseigentum, bestehend aus einem Miteigentumsanteil am Grundstück und dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 5 bezeichneten Wohnung in einem erst noch zu errichtenden Gebäude. Der Zuschlagsbeschuß vom 25.1.1984, zugestellt am 24.2.1984, kennzeichnet den Zustand des Wohnungseigentums als „bisher nur anteilige Grundstücksfläche“.

Nachdem der Kläger bei der Bauaufsichtsbehörde erfahren hatte, daß ihm der Bau des Hauses, auf das sich das Sondereigentum bezieht, nicht genehmigt werden würde, suchte er am 1.3.1984 die Kanzlei der beklagten Rechtsanwälte auf. Er bat den Beklagten zu 1 um Prüfung, ob er sich von dem Zuschlag lösen könne. Der Beklagte zu 1 gab keinen Hinweis auf den Lauf einer etwaigen Rechtsmittelfrist. Am nächsten Tag trat der Kläger eine längere Auslandsreise an. Bei seiner Rückkehr fand er ein Schreiben des Beklagten zu 2 vom 15.3.1984 des Inhalts vor, daß ein Rechtsmittel gegen den Zuschlagsbeschuß aussichtslos sei.

Eine spätere Bauvoranfrage des Klägers wurde abschlägig beschieden, sein dagegen erhobener Widerspruch zurückgewiesen. Inzwischen hat sich in einem erneuten Zwangsversteigerungsverfahren herausgestellt, daß das dem Kläger zugeschlagene, damals mit einem Verkehrswert von 100.000 DM angesetzte Wohnungseigentum nur 5.000 DM wert ist.

Der Kläger beansprucht von den Beklagten als Gesamtschuldern, gestützt auf die Behauptung fehlerhafter Rechtsberatung, Schadensersatz in Höhe eines Teilbetrages von 41.000 DM nebst 4% Zinsen seit Rechtshängigkeit.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die Revision des Klägers wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger habe durch eine den Beklagten etwa vorwerfbare Verletzung des mit ihnen geschlossenen anwaltlichen Beratungsvertrages keinen Schaden erlitten, da ein Rechtsbehelf gegen den Zuschlagsbeschuß unbegründet wäre. . . .

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung stand.

1. Sofortige Beschwerde gegen die Erteilung des Zuschlages, dementsprechend auch die dem Rechtsmittel vorgeschaltete befristete Erinnerung gegen den Zuschlagsbeschuß des Rechtspflegers (§ 11 Abs. 1 und 4 RPfIG), hätte der Kläger nach den hier allein in Betracht kommenden Vorschriften der §§ 100 Abs. 1, 83 Nr. 6 ZVG begründet nur dann einlegen können, wenn die Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums unzulässig gewesen sein sollte. Das war nicht der Fall.

a) Aus den im Tatbestand des Berufungsurteils in Bezug genommenen Schriftsätzen der Parteien ergibt sich, daß das versteigerte Wohnungseigentum durch Teilungserklärung gem. § 8 WEG gebildet worden ist. Dieses Wohnungseigentum ist durch Eintragung des mit jedem Miteigentumsanteil verbundenen Sondereigentums in die Wohnungsbücher zustande gekommen (§ 8 Abs. 2, § 7 Abs. 1 WEG). Insofern stellt das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei und unangegriffen fest, daß die Eintragung den formellen

gesetzlichen Erfordernissen für die Begründung von Wohnungseigentum entsprach.

b) Das Berufungsgericht geht davon aus, schon im Zeitpunkt der Grundbucheintragung habe ein öffentlich-rechtliches Bebauungshindernis für den Teil der Grundstücksfläche bestanden, auf dem nach dem Aufteilungsplan ein Gebäude mit der dem — versteigerten — Wohnungseigentum Nr. 5 zugeordneten Wohnung errichtet werden sollte.

Der Senat billigt die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, Wohnungseigentum könne trotz einer von vornherein bestehenden Baubeschränkung wirksam entstehen.

Die Begründung von Wohnungseigentum ist ein sachenrechtlicher Akt, dessen inhaltliche Zulässigkeit nur davon abhängt, ob er den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes entspricht. Nach § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG kann durch Teilungsvereinbarung oder, wie hier, durch Teilungserklärung Wohnungseigentum schon vor Errichtung des Gebäudes gebildet werden. Das den Miteigentumsanteilen am Grundstück jeweils zugeordnete Sondereigentum an einer Wohnung entsteht dann erst mit deren Fertigstellung. Dinglich vollzogen wird die Teilungserklärung aber bereits durch Eintragung in die Wohnungsgrundbücher (§ 8 Abs. 2, § 7 Abs. 1 WEG), obwohl zu diesem Zeitpunkt dasjenige Wohnungseigentum, das sich auf eine Wohnung in einem erst noch zu errichtenden Gebäude erstreckt, tatsächlich nur ein Miteigentumsanteil am Grundstück ist. Die Eintragung verschafft dem Grundstückseigentümer als nennmehrigen Inhaber aller Miteigentumsanteile und damit auch dem späteren Erwerber eines Anteils zwar die gesicherte Rechtsposition, daß dem Anteil am Grundstück im Falle der Bebauung — entgegen der Regel des § 93 BGB — Sondereigentum zuwächst; diese „Anwartschaft“ auf Erlangung von Sondereigentum — sowie von Miteigentum an den gemeinschaftlichen Gebäudeteilen — sagt jedoch nichts darüber aus, ob das Gebäude errichtet wird und ob es nach öffentlichem Bauplanungsrecht überhaupt errichtet werden darf. Wenn das Gebäude, gleichgültig aus welchen Gründen, nicht erstellt wird, bleibt das Wohnungseigentum auf Dauer in dem Zustand wirksam, in dem es sich bei Grundbucheintragung befand, also der Substanz nach nur in dem eines Miteigentumsanteils am Grundstück (*Weitnauer*, WEG 7. Aufl., § 3 Rdnr. 11 a.E.).

Dieses Ergebnis wird auch nicht durch das Erfordernis einer Abgeschlossenheitsbescheinigung in Frage gestellt. Für die Eintragung von Wohnungseigentum ist zwar nachzuweisen, daß jede Wohnung in sich abgeschlossen ist (§ 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG); dadurch wollte der Gesetzgeber aber nur Streitigkeiten vermeiden, wie sie unter der Geltung des Stockwerkseigentums als Folge unklarer rechtlicher Verhältnisse entstanden sind (Begr. zu § 3 Abs. 2 im Bericht des Bundestagsausschusses für Wiederaufbau und Wohnungswesen v. 31.1.1951 = BT-Drucks. Nr. 1802/1951). Es sollte mithin lediglich gewährleistet sein, daß jeder Sondereigentumsbereich von demjenigen der anderen Wohnungseigentümer eindeutig abgegrenzt ist. Einen Nachweis auch darüber, daß die Errichtung eines Gebäudes mit dem Aufteilungsplan entsprechenden Wohnungen bauplanungsrechtlich genehmigungsfähig ist, verlangt das Gesetz nicht. Ob dennoch die Baubehörde nach Nr. 8 Abs. 1 der zu § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 19.3.1974 (BANz. Nr. 58) bei einem noch zu errichtenden Gebäude die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung versagen könnte, wenn die

Errichtung baurechtlich unzulässig ist (so wohl *Trendel*, BauR 1984, 215, 220; a.M. *Bielenberg*, ZfBR 1982, 7, 9), kann dahinstehen. Denn die Bescheinigung ist hier erteilt und dem Grundbuch vorgelegt worden, was für die Eintragung jedenfalls dann genügt, wenn kein deutlicher Widerspruch zum Aufteilungsplan besteht (*Weitnauer* a. a. O. § 7 Rdnr. 10 b). Das Erfordernis der Abgeschlossenheit ist zudem in § 3 Abs. 2 WEG nur als Sollvorschrift geregelt, so daß die Wirksamkeit des Wohnungseigentums nach dessen Eintragung nicht unter Berufung auf diese Vorschrift und somit auch nicht wegen eines Mangels der baubehördlichen Prüfung in Zweifel gezogen werden kann (vgl. amtl. Begr. zu § 3 = BR-Drucks. Nr. 75/1951).

Demnach ist hier Wohnungseigentum wirksam begründet worden. Folglich hat es auch der Vollstreckungsschuldner mit zulässigem Inhalt erworben. Die vom Senat in BGHZ 96, 385, 388 (= MittBayNot 1986, 70 = DNotZ 1986, 286) (krit. *Kohler*, JR 1989, 317) für den Verkauf eines Erbbaurechts getroffene Entscheidung, daß es inhaltlich unzulässig ist, wenn bei seiner Bestellung ein dauerndes Bauverbot besteht (anders indes bei Bauerwartungsland: BGHZ 101, 143, 148 [= MittBayNot 1987, 246 = DNotZ 1988, 161]), läßt sich auf den Erwerb von Wohnungseigentum nicht übertragen. Denn hier erhält der Erwerber auch bei einem erst noch zu errichtenden Gebäude ein schon durch Eintragung der Teilungserklärung oder der Teilungsvereinbarung inhaltlich zulässig gebildetes Wohnungseigentum. Ob dann der Veräußerer die Entstehung des Sondereigentums zu gewährleisten hat, ist eine Frage der schuldrechtlichen Vertragsgestaltung. Ein insoweit etwa in Betracht kommender Sach- oder Rechtsmangel hat nach § 56 Satz 3 ZVG auf die Zulässigkeit der Zwangsversteigerung keinen Einfluß.

2. Der Zuschlagsbeschluß hätte auch nicht aus anderen Gründen mit Erfolg angefochten werden können (*Wird ausgeführt*).

10. BGB §§ 1018, 1090 Abs. 1 (*Zulässigkeit einer „Baumwurf“-Dienstbarkeit*)

Die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, sämtliche Einwirkungen auf seinem Grundstück durch Baumwurf aus dem auf einem Nachbargrundstück stehenden Wald zu dulden „und insoweit auf Schadensersatzansprüche zu verzichten, die zum Inhalt des Eigentums gehören“, kann zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit sein.

BayObLG, Beschluß vom 24.10.1989 — BReg. 2 Z 85/89 — mitgeteilt von Notar *Dr. Wolfgang Ring*, Landshut, und *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind Miteigentümer des Grundstücks Fl.St. 1041/2, die Beteiligten zu 2 Miteigentümer des benachbarten Grundstücks Fl.St. 1041/4.

Mit notarieller Urkunde vom 1.12.1988 haben die Beteiligten zu 1 zugunsten der jeweiligen Eigentümer des den Beteiligten zu 2 gehörenden Grundstücks eine Grunddienstbarkeit und zugunsten des Beteiligten zu 3 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt und bewilligt. Diese Dienstbarkeiten haben mit notarieller Nachtragsurkunde vom 9.3.1989 folgende Fassung erhalten:

„Der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Fl.St. Nr. 1041/2 verpflichtet sich hiermit gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Fl.St. Nr. 1041/4 gegen die forstwirtschaftliche Nutzung des Grundstücks Fl.St. Nr. 1041/4 keinerlei Einwendungen zu erheben und diese Nutzung zu dulden.“

Der Eigentümer von Flst. Nr. 1041/2 verpflichtet sich gegenüber dem jeweiligen Eigentümer von Flst. Nr. 1041/4 und gegenüber dem Freistaat Bayern, sämtliche Einwirkungen auf seinem Grundstück durch Baumwurf aus dem auf Flst. Nr. 1041/4 vorhandenen Wald zu dulden und insoweit auf Schadensersatzansprüche zu verzichten, die zum Inhalt des Eigentums gehören.“

Mit Zwischenverfügung vom 28.3.1989 hat das Amtsgericht — Grundbuchamt — den von den Beteiligten zu 1 gestellten Eintragungsantrag beanstandet, weil der Verzicht auf Schadensersatzansprüche nicht in das Grundbuch eingetragen werden könne. Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche könne nur dann mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, wenn kraft gesetzlicher Vorschrift der Ersatzanspruch anstelle der Abwehrklage zum Inhalt des Eigentums gehöre. Hier werde auf schuldrechtliche Ersatzansprüche verzichtet, die ein Verschulden des Störers voraussetzen. Es liege folglich kein Verzicht auf einen gesetzlichen Ausgleichsanspruch vor.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Zwischenverfügung hat das Landgericht mit Beschluß vom 30.5.1989 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts und der Zwischenverfügung, da das angenommene Eintragungshindernis nicht besteht.

1. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Sie ist vielmehr auf die Rechtsbeschwerde hin zusammen mit der Zwischenverfügung aufzuheben.

a) Ausgangspunkt für die Frage der Eintragungsfähigkeit der vereinbarten Dienstbarkeiten ist § 1018 BGB, auf den § 1090 Abs. 1 BGB für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit verweist. Denn was zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit ist, muß auch im Grundbuch eingetragen werden können.

b) Im vorliegenden Fall kommt von den möglichen Arten der Grunddienstbarkeit nur der dritte Fall in Betracht, „daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt.“ Mit dieser Formulierung sind ersichtlich in erster Linie Rechte und Ansprüche gemeint, die sich aus dem Nachbarrecht ergeben (*Baur* Lehrbuch des Sachenrechts 13. Aufl. § 25 IV 1 c = S. 228; *Meisner/Ring/Götz* Nachbarrecht in Bayern 7. Aufl. § 27 Rdnr. 27; *Staudinger/Ring* BGB 12. Aufl. § 1018 Rdnr. 59).

c) Negativ läßt sich aus dem Gesetzeswortlaut folgende Abgrenzung ableiten: Der Ausschluß von Rechten, die gegenüber jedermann bestehen oder nicht aus dem Eigentum am Grundstück erwachsen, also etwa schuldrechtliche Ansprüche, kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein (*Soergel/Baur* BGB 11. Aufl. § 1018 Rdnr. 33; *Münch-Komm/Falckenberg* BGB 2. Aufl. § 1018 Rdnr. 37 und 38). Andere Einschränkungen lassen sich aus dem Gesetz hingegen nicht ableiten.

d) Diesen Anforderungen genügen die von den Beteiligten vereinbarten Dienstbarkeiten. Denn nach §§ 1004, 903 BGB könnten die Beteiligten zu 1 Einwirkungen verbieten, die sich aus der forstwirtschaftlichen Nutzung des Nachbargrundstückes ergeben, soweit nicht die Voraussetzungen von § 906 Abs. 1 und 2 BGB vorliegen. Derartige Einwirkungen, von denen der Baumwurf besonders hervorgehoben ist, sollen die Beteiligten zu 1 dulden. Damit wäre aber noch nicht eindeutig klargestellt; daß diese Duldungspflicht entschädigungslos sein soll. Der alleinige Ausschluß des Verbotungs- oder Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB könnte möglicherweise dahin ausgelegt werden, daß er

einen vom Verschulden unabhängigen Entschädigungsanspruch gemäß von § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB unberührt läßt. Daß auch ein solcher aus dem Eigentum am Grundstück erwachsender Entschädigungsanspruch hier ausgeschlossen werden soll, stellt der letzte Halbsatz in Nr. II der Urkunde vom 9.3.1989 klar. Durch die Verbindungsworte „und insoweit“ kommt hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß nicht mehr und nicht weniger vereinbart werden sollte als eine entschädigungslose Duldungspflicht hinsichtlich des Baumwurfs. Damit haben aber die Dienstbarkeiten einen Inhalt, der seit langem allgemein anerkannt ist (BGH NJW 1970, 856/857; BayObLGZ 10,439/442; OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 59 [= MittBayNot 1975, 95]; LG Augsburg MittBayNot 1978, 215; BGB-RGRK/Rothe 12. Aufl. § 1018 Rdnr. 16; *Staudinger/Ring* § 1018 Rdnr. 61; *Meisner/Ring/Götz* § 27 Rdnr. 29).

e) Die Bedenken, die das Grundbuchamt und das Landgericht gegen die Eintragung des Verzichts auf Schadensersatzansprüche erheben, lassen sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Zwar mag der gewählte Ausdruck „Schadensersatzansprüche“ den Eindruck erwecken, es könnten auch Ansprüche gemeint sein, die ein Verschulden voraussetzen und ihren Rechtsgrund im Schuldrecht haben. Der Verzicht auf derartige Ansprüche könnte in der Tat nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. Eine derartige Auslegung ließe aber die nähere Erläuterung außer acht, die in der Urkunde folgt. „Schadensersatzansprüche, die zum Inhalt des Eigentums gehören“, können nur solche aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB sein, die vom Verschulden unabhängig sind. Derartige Ansprüche ergeben sich auch dann aus dem Eigentum, wenn die Duldungspflicht nicht auf Gesetz, sondern auf Rechtsgeschäft beruht (RGZ 130, 350/356 f.; BGH NJW 1970, 856/857; BGB-RGRK/Rothe, *Staudinger/Ring*, *Meisner/Ring/Götz*, jeweils a. a. O.).

f) Da Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Berechtigung der in der Zwischenverfügung angesprochenen Eintragungshindernisse ist (*Horber/Demharter* GBO 17. Aufl. § 77 Anm. 5 m. w. N.), hat sich der Senat darauf zu beschränken, die Zwischenverfügung aufzuheben.

11. WEG § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1; BGB §§ 876, 877; GBO § 19 (*Zuordnung von Sondernutzungsrechten ohne Zustimmung der dinglich Berechtigten an der begünstigten Wohnung*)

1. Hat ein teilender Grundstückseigentümer in der Teilungserklärung die künftigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch einer bestimmten Gemeinschaftsfläche ausgeschlossen und sich das Recht vorbehalten, „das Sondernutzungsrecht“ an dieser Fläche später an einen Wohnungseigentümer „zu veräußern und zu übertragen“, so bedarf es zur Wirksamkeit der Vereinbarung, das Sondernutzungsrecht einer bestimmten Wohnung zuzuteilen, zwar der Zustimmung (Bewilligung) der dinglich Berechtigten an den dem teilenden Eigentümer noch gehörenden Wohnungen, nicht aber der Zustimmung (Bewilligung) der dinglich Berechtigten an der begünstigten Wohnung (Bestätigung vom BayObLGZ 1985, 124 = MittBayNot 1985, 74).
2. In den Wohnungsgrundbüchern der vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Miteigentümer ist eine solche nachträgliche Zuordnung eines Sondernutzungsrechts nicht eintragungsfähig.

BayObLG, Beschluß vom 24.10.1989 — BReg. 2 Z 115/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

12. WEG § 22 (Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer über bauliche Veränderungen nur beschränkt zulässig)

1. Die nächstliegende Bedeutung einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung, daß bauliche Veränderungen eines Mehrheitsbeschlusses „bedürfen“, ist die, daß ein Mehrheitsbeschluß ausreicht und nicht die Mitwirkung aller benachteiligten Wohnungseigentümer erforderlich ist.
2. Ein Mehrheitsbeschluß, der nach der Gemeinschaftsordnung statt der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer für eine bauliche Veränderung genügt, ist dann für ungültig zu erklären, wenn für die bauliche Veränderung keine sachlichen Gründe vorliegen oder andere Wohnungseigentümer durch sie unbillig benachteiligt werden.

BayObLG, Beschluß vom 21.11.1989 — BReg. 2 Z 123/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

13. GBO § 18; WEG § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 (Keine Pflicht des Grundbuchamts zur Prüfung der technischen Voraussetzungen der Abgeschlossenheitsbescheinigung)

Es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, bei der Anlegung von Wohnungsgrundbüchern zu prüfen, ob die Baubehörde bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung die Erfüllung bautechnischer Anforderungen an die Wohnungstrenndecken und -wände überprüft und zutreffend bejaht hat.

BayObLG, Beschluß vom 23.11.1989 — BReg. 2 Z 108/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind Miteigentümer eines Grundstücks, auf dem ein älteres Wohnhaus mit mehreren Wohnungen steht. Mit notarieller Urkunde vom 19.6.1989 haben sie das Grundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz in 12 Miteigentumsanteile, verbunden mit je einer Eigentumswohnung, aufgeteilt. Zugleich haben die Beteiligten bewilligt und beantragt, die Wohnungseigentumsgrundbücher anzulegen und die Teilung im Grundbuch einzutragen.

Dem Eintragungsantrag haben sie einen Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vom 14.2.1984 beigelegt; diese Bescheinigung trägt den Vermerk: „Der derzeitige Bauzustand entspricht nicht den genehmigten Plänen.“

Mit Zwischenverfügung vom 11.7.1989 verlangte das Grundbuchamt von den Beteiligten eine Bescheinigung der für die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen zuständigen Behörde, daß die Voraussetzungen der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch unter Berücksichtigung des Urteils des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8.5.1989 — 2 B 87.01993 — (= MittBayNot 1989, 229) vorliegen.

Das Landgericht hat die ihm als Beschwerde vorgelegte Erinnerung der Beteiligten mit Beschluß vom 10.8.1989 zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel des Beteiligten ist begründet; das vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis besteht in Wirklichkeit nicht.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG solle Wohnungseigentum nur eingetragen werden, wenn die Wohnungen in sich abgeschlossen sind. Die Abgeschlossenheit sei von der Baubehörde zu bescheinigen. Die vorgelegte Abgeschlossenheitsbescheinigung sei ausgestellt nach der vor dem Urteil des

BayVG vom 8.5.1989 üblichen Praxis. Demnach sei von der Baubehörde nicht geprüft worden, ob die Wohnungstrennwände und -decken den im Zeitpunkt der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung geltenden bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Dies sei aber nach dem Urteil des VG nunmehr Voraussetzung für die Abgeschlossenheit einer Wohnung und von den antragstellenden Grundstückseigentümern nachzuweisen. Das Grundbuchamt sei im Antragsverfahren zu eigenen Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet; es sei Sache der Antragsteller, die erforderlichen Unterlagen beizubringen. Demgegenüber könne nicht eingewandt werden, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 14.2.1984 bestandskräftig und nicht abänderbar sei. Ungeachtet der Frage, wie weit die Prüfungspflicht des Grundbuchamts gehe, sei das Grundbuchamt jedenfalls berechtigt zu überprüfen, ob die Baubehörde bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom richtigen Verständnis des Begriffs Abgeschlossenheit ausgegangen sei. Sei dies nicht der Fall, sei das Grundbuchamt an die Bescheinigung nicht gebunden. Denn das Grundbuchamt dürfe keine Hilfestellung leisten, daß Wohnungseigentum entstehe, obwohl die Abgeschlossenheit fehle. Hier seien aufgrund eines Schreibens der Baubehörde vom 19.5.1989 konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen an Decken und Trennwände nicht nach der heute gültigen Norm geprüft worden sei. Demnach sei denkbar, daß die Wohnungen nicht als abgeschlossen gelten könnten. Damit bestünden Zweifel an der Richtigkeit der vorliegenden Abgeschlossenheitsbescheinigung. Diese Zweifel hätten das Grundbuchamt zu der beanstandeten Zwischenverfügung berechtigt.

2. Die Entscheidung des Landgerichts und damit auch die Zwischenverfügung des Grundbuchamts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Eine Zwischenverfügung setzt nach § 18 Abs. 1 GBO voraus, daß der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Der Begriff des Eintragungshindernisses ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Es besteht aber Einigkeit, daß darunter das Fehlen von Eintragungsvoraussetzungen oder ein Umstand fällt, der zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde (z.B. *Horber/Demharter* GBO 18. Aufl. Anm. 2 a, *KEHE/Herrmann* GBR 3. Aufl. Rdnr. 7, *Meikel/Böttcher* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 6, jeweils zu § 18). Das Bestehen eines Eintragungshindernisses ist nicht nur dann zu bejahen, wenn eine Eintragungsvoraussetzung unzweifelhaft nicht vorliegt, sondern auch dann, wenn ernsthafte, auf Tatsachen begründete Zweifel daran bestehen, ob eine wirkliche Eintragungsvoraussetzung vorliegt. Dabei können sich Zweifel auch auf Tatsachen und Erkenntnisquellen außerhalb des Grundbuchs stützen (*KEHE/Herrmann* Rdnr. 9 und 10, *Meikel/Böttcher* Rdnr. 13, jeweils zu § 18). Wenn das Eintragungshindernis hingegen darin besteht, daß die beantragte Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig machen würde, muß die eintretende Unrichtigkeit sich aufgrund bestehender Tatsachen zur Überzeugung des Grundbuchamts ergeben; die bloße Möglichkeit oder Befürchtung, das Grundbuch könnte unrichtig werden, vermag ein Eintragungshindernis nicht zu begründen (BayObLGZ 1986, 81/84 f. [= DNotZ 1987, 98]; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 427; *KEHE/Herrmann* Rdnr. 10, *Meikel/Böttcher* Rdnr. 14, jeweils zu § 18).

b) Unter Beachtung dieser Grundsätze liegt hier kein Eintragungshindernis vor.

(1) Eintragungsvoraussetzungen für die Begründung von Wohnungseigentum sind ein Eintragungsantrag nach § 13 Abs. 1 GBO, die Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG des voreingetragenen Eigentümers (§ 39 Abs. 1 GBO) als Eintragungsbewilligung sowie die in § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG bezeichneten Anlagen, nämlich ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung (*Horber/Demharter* Anh. zu § 3 Anm. 5 a und b; *KEHE/Ertl* § 20 Rdnr. 122).

Keine Eintragungsvoraussetzung ist die Abgeschlossenheit der einzelnen Wohnungen oder sonstigen Räume im Sinn von § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG. Das Erfordernis der Abgeschlossenheit ist eine Vorschrift des materiellen Rechts; ihr Fehlen hindert die Entstehung von Wohnungs- oder Teileigentum nicht (BayObLG Rpfleger 1980, 295; OLG Hamm Rpfleger 1976, 317/319 [= MittBayNot 1976, 138 = DNotZ 1977, 308]; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. Rdnr. 8, *Bärman/Pick* WEG 6. Aufl. Rdnr. 37, *Augustin* WEG Rdnr. 56, *Palandt/Bassenge* BGB 48. Aufl. Anm. 2 a a.E., *MünchKomm/Röll* BGB 2. Aufl. Rdnr. 30, jeweils zu § 3 WEG). Für die Eintragung im Grundbuch reicht es deshalb grundsätzlich aus, wenn insoweit die in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vorgesehene Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt. Allerdings darf das Grundbuchamt nicht dazu beitragen, Wohnungs- oder Teileigentum ohne Abgeschlossenheit entstehen zu lassen. Es ist daher an die von der Baubehörde erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht gebunden, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen eindeutig die Unrichtigkeit der Bescheinigung ergibt (BayObLGZ 1971, 102/105; BayObLGZ 1984, 136/138 f. [= MittBayNot 1984, 184]; OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 312 [= DNotZ 1977, 635]; KG MittBayNot 1985, 35; *Röll* Rpfleger 1983, 380/381; *Augustin* Rdnr. 21, *Weitnauer* Rdnr. 10 b; *Bärman/Pick* Rdnr. 75, jeweils zu § 7).

(2) Mit der Verneinung einer Bindung des Grundbuchamts an die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, nach welchen Maßstäben es gegebenenfalls selbst die Abgeschlossenheit in Frage stellen darf. Zulässig ist dies in den Fällen, in denen anhand des Aufteilungsplans und der sonstigen Eintragungsunterlagen unschwer beurteilt werden kann, ob das einzutragende Wohnungs- oder Teileigentum gegen andere Raumeigentumseinheiten oder gegen das Gemeinschaftseigentum abgeschlossen ist (BayObLGZ 1971, 102/105; BayObLGZ 1984, 136/138; KG MittBayNot 1985, 35 f.; LG München I Rpfleger 1973, 141/142).

Darüber hinaus kommt es dem Grundbuchamt nicht zu, allgemeinen Zweifeln an der Richtigkeit einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nachzugehen (*Weitnauer* § 7 Rdnr. 10 b a.E.; *Meikel/Böttcher* Anh. zu § 18 Rdnr. 99; anders anscheinend *Bärman/Pick* § 7 Rdnr. 75 a.E.). Das ergibt sich aus der Überlegung, daß selbst dann, wenn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge der beantragten Eintragung in Betracht kommt, ein Eintragungshindernis nur dann zu bejahen ist, wenn die Unrichtigkeit mit Sicherheit eintreten wird. Dann muß bei einer materiellrechtlichen Sollvorschrift erst recht gelten, daß ihre Verletzung durch die beantragte Eintragung sicher feststehen muß. Zudem wäre das Grundbuchamt überfordert, bautechnische und bauordnungsrechtliche Fragen zu beurteilen. Der Sinn der Bescheinigung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG liegt gerade darin, dem Grundbuchamt die Prüfung solcher Fragen zu ersparen. Die Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts beschränkt sich deshalb auf erkennbare Widersprüche mit den zum Vollzug vorgelegten Eintragungsunterlagen, insbesondere mit dem Aufteilungsplan. Dagegen ist es nicht Sache des Grundbuchamts zu

prüfen, ob die Baubehörde die für sie einschlägigen bauordnungsrechtlichen Normen und Verwaltungsanordnungen richtig angewendet hat. Eine bestandskräftige Abgeschlossenheitsbescheinigung wieder zu beseitigen wäre allein Sache der Baubehörde.

(3) Im vorliegenden Fall sind weder aus den Grundakten noch aus den Entscheidungen der Vorinstanzen Tatsachen festzustellen, die den Schluß zulassen, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde unrichtig ist. Aus dem Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8.5.1989 (MittBayNot 1989, 229 = ZMR 1989, 354) ergibt sich nur, daß eine Abgeschlossenheitsbescheinigung durch die Baubehörde auch bei der Aufteilung von bestehenden Gebäuden in Wohnungseigentum nur dann erteilt werden darf, wenn bestimmte bautechnische Anforderungen an Wohnungstrenndecken und -wände erfüllt sind. Mit der Frage, ob bereits erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigungen möglicherweise unrichtig sind, befaßt sich die Entscheidung nicht. Auch das vom Landgericht zitierte, nicht bei den Akten liegende Schreiben der Baubehörde vom 19.5.1989 enthält offenbar keine konkreten Tatsachen, die den Schluß aufdrängen, daß die Abgeschlossenheit fehlt. Die möglicherweise unterlassene Prüfung, ob die Wohnungstrenndecken und -wände den derzeitigen Anforderungen entsprechen, kann die hier bescheinigte Abgeschlossenheit nicht widerlegen.

Im übrigen rechtfertigt allein der Umstand, daß in früheren Jahren, als das in Frage stehende Gebäude gebaut wurde, geringere Anforderungen an den Wärme-, Schall- und Erschütterungsschutz von Wohnungstrenndecken und -wänden gestellt wurden als heute, nicht den Schluß, daß den heutigen Anforderungen tatsächlich nicht genügt ist. Es besteht kein Erfahrungssatz, daß zu allen Zeiten bei Neubauten immer nur die Mindestanforderungen des jeweiligen Baurechts eingehalten wurden. Außerdem besteht die Möglichkeit, daß das Haus umgebaut wurde oder anlässlich der Aufteilung in Wohnungseigentum umgebaut wird. Darauf deutet im vorliegenden Fall der Vermerk in der Abgeschlossenheitsbescheinigung: „Der derzeitige Bauzustand entspricht nicht den genehmigten Plänen.“

c) Demnach besteht das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis nicht. Die Zwischenverfügung ist nicht gerechtfertigt. Ob dem Antrag andere Hindernisse entgegenstehen, hatte der Senat nicht zu prüfen, da sich der Gegenstand des Verfahrens auf das in der Zwischenverfügung beanstandete Eintragungshindernis beschränkt (*Horber/Demharter* § 71 Anm. 11).

14. WEG § 15 Abs. 1; BGB §§ 1018, 1090 (*Unzulässigkeit einer Dienstbarkeit am Ausübungsbereich eines Sondernutzungsrechts*)

Das Wohnungseigentum kann nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden, deren Ausübungsbereich das Sondernutzungsrecht des Wohnungseigentümers am gemeinschaftlichen Eigentum (Krafffahrzeugabstellplatz) ist (Bestätigung von BayObLGZ 1974, 396).

BayObLG, Beschluß vom 30.11.1989 — BReg. 2 Z 82/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG.

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte ist als Eigentümer eines Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen, zu dem das Sondereigentum an Wohnung und Keller Nr. 8 gehört. Nach der Eintragung besteht (außer einem

Sondernutzungsrecht am Dachspeicher) für den jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr.8 ein Sondernutzungsrecht an einem Kraftfahrzeugabstellplatz; im übrigen ist insoweit auf die Eintragungsbewilligung vom 16.10.1985 Bezug genommen.

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 20.10.1988 bestellte der Beteiligte eine Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer der Wohnung in einer benachbarten Anlage. Er gestattete darin dem Berechtigten, die in einem beigefügten Lageplan rot gekennzeichnete Fläche als Kraftfahrzeugabstellplatz zu nutzen. Weiter heißt es in der Bestellsurkunde:

„Die Benützung wird unwiderruflich, unbeschränkt und unentgeltlich sowie frei von irgendwelchen Nutzungs- und Mietrechten gestattet.

II.

Zur Sicherung der vorbezeichneten Rechte bestellt der jeweilige Eigentümer der Wohnung Nr. 8 (derzeit der Beteiligte) ... zugunsten des Berechtigten eine Grunddienstbarkeit und bewilligt und beantragt hiermit die Eintragung dieser Grunddienstbarkeit im Grundbuch an nächstoffener Rangstelle.“

Das Grundbuchamt hat den vom Notar gem. § 15 GBO gestellten Eintragungsantrag mit Beschluß vom 30.11.1988 zurückgewiesen. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel des Beteiligten mit Beschluß vom 13.3.1989 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. ...

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

a) Wohnungseigentum ist nach § 1 Abs. 2 WEG das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört. Das Wohnungseigentum kann nach der in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertretenen Meinung Gegenstand der Belastung mit einer Grunddienstbarkeit sein (BGH NJW 1989, 2391/2392 m. w. N. [= MittBayNot 1989, 272]; BayObLGZ 1979, 444/446 [= MittBayNot 1980, 14 = DNotZ 1980, 540]). Begünstigter kann auch der jeweilige Eigentümer einer anderen Eigentumswohnung sein (BGH und BayObLG, jeweils a. a. O.).

b) Die Belastung ist aber nur insoweit zulässig, als sich die Ausübung der Dienstbarkeit auf den Gebrauch des Sondereigentums und die damit verbundene Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums beschränkt; nur der gegenständig abgegrenzte Bereich des Sondereigentums kann Bezugsobjekt der Dienstbarkeit sein (BayObLGZ 1974, 396/399; BayObLG Rpfleger 1979, 425 [= MittBayNot 1979, 227]; OLG Düsseldorf Rpfleger 1986, 376 [= DNotZ 1988, 31]). Im vorliegenden Fall soll Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit ausschließlich der auf dem gemeinschaftlichen Grundstück gelegene Kraftfahrzeugabstellplatz sein, an dem dem Beteiligten ein sog. Sondernutzungsrecht (ausschließliches Gebrauchsrecht nach § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG) eingeräumt ist. Dies ist nicht zulässig. Das Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers an einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche kann nach der in Rechtsprechung und Literatur fast einhellig vertretenen Meinung nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit am Wohnungseigentum sein (BayObLGZ 1974, 396; OLG Karlsruhe Rpfleger 1975, 356; KG OLGZ 1976, 257/259; OLG Düsseldorf Rpfleger 1986, 376; Augustin WEG Rdnr. 14, Weitnauer WEG 7. Aufl. Rdnr. 35 b, jeweils zu § 3; Palandt/Bassenge BGB 48. Aufl. § 6 WEG Anm. 2 e; BGB-RGRK/Rothe 12. Aufl. Rdnr. 3, Soergel/Baur BGB 11. Aufl. Rdnr. 39, Staudinger/Ring BGB 12. Aufl. Rdnr. 6, jeweils zu § 1018; a.A. Merle Das Wohnungs-

eigentum im System des bürgerlichen Rechts S. 194; Röll Rpfleger 1978, 352, der aber eine Grunddienstbarkeit in diesem Falle offensichtlich nur zugunsten eines anderen Wohnungseigentums in derselben Anlage zulassen will). Die Dienstbarkeit könnte vielmehr nur am ganzen Grundstück (mit entsprechender Festlegung der Ausübungsstelle) bestellt werden; dazu wäre die Bewilligung aller Wohnungseigentümer als Miteigentümer des Grundstücks erforderlich.

c) Der Senat hält an dieser Rechtsauffassung, wie sie im einzelnen in BayObLGZ 1974, 396 ff. dargelegt ist, fest. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.5.1989 (NJW 1989, 2391 — WPM 1989, 1066 = MittBayNot 1989, 272) gibt zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß. Nach diesem Urteil kann ein Wohnungseigentum zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Wohnung mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, daß ein Fenster ständig geschlossen zu halten ist. Von der Dienstbarkeit betroffen ist hier nicht das wohl zumindest teilweise im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Fenster, sondern der Raum, der im Sondereigentum des Wohnungseigentümers steht. Daß sich die Dienstbarkeit auf die aus dem Sondereigentum hervorgehende Befugnis, das Fenster nach Belieben zu öffnen oder zu schließen, und somit auf das gemeinschaftliche Eigentum auswirkt, ändert an dem Belastungsobjekt nichts. Der Bundesgerichtshof hat in dem Urteil auch ausgeführt (NJW S. 2392), daß es dort um eine andere Frage gehe als um die Belastung eines Sondernutzungsrechts.

d) Auch die Ausführungen des Beteiligten in Beschwerde und Rechtsbeschwerde geben zu keiner anderen Beurteilung Anlaß. Das Sondernutzungsrecht ist weder ein dingliches noch ein grundstücksgleiches Recht, auch wenn ihm durch die Eintragung in das Grundbuch (als „Inhalt des Sondereigentums“ nach § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG) gewisse dingliche Wirkungen beigelegt werden (vgl. BayObLGZ 1974, 396/400). Seinem Wesen nach bleibt es eine auf dem Gemeinschaftsverhältnis beruhende persönliche (schuldrechtliche) Nutzungsberechtigung (vgl. Weitnauer § 10 Rdnr. 13 e und § 15 Rdnr. 24, 28; Ertl Festschrift für Hanns Seuß S. 151/153 f; BGHZ 73, 145/148). Ausübungsobjekt bliebe in jedem Fall allein die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstücksfläche. Der Miteigentumsanteil als solcher kann nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden (BGHZ 36, 187/189; BayObLGZ 1974, 396/399; BGB-RGRK/Rothe Rdnr. 4, Staudinger/Ring Rdnr. 6, jeweils zu § 1018). Die Auffassung des Beteiligten, Belastungsgegenstand der Dienstbarkeit sei der Miteigentumsanteil am Grundstück als solcher, mit welchem das Recht auf Nutzung des Stellplatzes verbunden sei, trifft daher nicht zu; es muß ein realer Ausübungsbereich im Sondereigentum des Betroffenen hinzukommen. Aus der Übertragbarkeit des Sondernutzungsrechts (vgl. BGHZ 73, 145 ff. [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168]) läßt sich kein Argument für seine Belastbarkeit mit einer Dienstbarkeit herleiten, denn persönliche Rechte sind ebenso übertragbar wie dingliche. Daß die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB zulässig und der Berechtigte auch zur Benutzung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Anlagen und Einrichtungen befugt ist, kann die Zulässigkeit der hier zur Eintragung beantragten Dienstbarkeit gleichfalls nicht begründen. Denn auch in diesem Falle ist Ausübungsobjekt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form des Wohnungsrechts der räumliche Bereich des Sondereigentums; daneben ist der Berechtigte zur Mit-

benutzung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Anlagen und Einrichtungen (vgl. § 1093 Abs. 3 BGB), gegebenenfalls auch zur persönlichen Ausübung eines Sondernutzungsrechts befugt. Mit einer Dienstbarkeit, deren alleiniger Ausübungsbereich das Sondernutzungsrecht wäre, läßt sich dies nicht vergleichen.

15. GBO §§ 22, 23 Abs. 1; BGB §§ 1094 Abs. 1, 514 (*Zu den Voraussetzungen der Löschung eines persönlichen Vorkaufsrechts*)

Zur Löschung eines subjektiv-persönlichen dinglichen Vorkaufsrechts, das mangels anderweitiger Bestimmung mit dem Tode des Berechtigten erloschen ist, bedarf es grundsätzlich nur des Nachweises des Todes des Berechtigten, sofern seit dem Todesfall ein Jahr verstrichen ist.

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 21.4.1989 — 3 W 49/89 — mitgeteilt vom Richter am OLG *Giersch*.

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) ist eingetragene Eigentümerin des eingangs näher bezeichneten Grundstücks, das sie mit notariellem Kaufvertrag vom 19.5.1988 an die Beteiligten zu 2) und 3) verkauft hat. Bezüglich dieses Grundstückes ist in Abteilung II unter lfd. Nr. 1 des Grundbuchs ein „Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für X. gemäß Bewilligung vom 10.5.1959“ eingetragen. In der Eintragungsbewilligung (UR-Nr. 245/1959 des Notars Y.) ist vermerkt, daß dieses Vorkaufsrecht „für den Genannten persönlich, aber für alle Fälle des Verkaufs zu Lebzeiten des Z. gelten solle. X. ist am 23.1.1973 verstorben.“

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat in deren Namen unter dem 24.5.1988 (u.a.) die Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts unter Vorlage der Sterbeurkunde des Vorkaufsberechtigten beim Amtsgericht — Grundbuchamt — beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 15.7.1988 hat die Rechtspflegerin die Löschung des Rechts von der Vorlage einer Löschungsbewilligung des Rechtsnachfolgers des Vorkaufsberechtigten in öffentlich beglaubigter Form und eines entsprechenden Erbnachweises abhängig gemacht. Der Erinnerung der Beteiligten hat der Grundbuchrichter beim Amtsgericht nach Maßgabe seines Beschlusses vom 8.9.1988 nicht abgeholfen und sie dem Landgericht vorgelegt. Dieses hat mit dem angefochtenen Beschluß die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer weiteren Beschwerde, mit der sie ihren Antrag auf Löschung des dinglichen Vorkaufsrechts weiterverfolgen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist statthaft (§ 78 GBO), an keine Frist gebunden und auch im übrigen verfahrensrechtlich (§ 80 Abs. 1 Sätze 1 und 3 GBO) nicht zu beanstanden. Sie führt auch in der Sache zum Erfolg, da die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 Satz 1 GBO), nämlich der unterlassenen Anwendung des § 22 Abs. 1 GBO unter Berücksichtigung des § 23 Abs. 1 Satz 1 GBO.

Grundbuchamt und Erstbeschwerdegericht sind der Auffassung, daß zur Löschung des hier in Frage stehenden eingetragenen subjektiv-persönlichen, also zugunsten einer bestimmten Person bestellten Vorkaufsrechts (§ 1094 Abs. 1 BGB) der Nachweis des Todes des Berechtigten durch Vorlage der Sterbeurkunde nicht ausreiche, da damit der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO nicht geführt sei; denn es sei nicht auszuschließen, daß der Vorkaufsberechtigte zu Lebzeiten von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht habe und damit die hieraus resultierenden Rechte auf seinen Rechtsnachfolger übergegangen seien. Auf die Regelung des § 23 Abs. 1

Satz 1 GBO könne nicht zurückgegriffen werden, da es sich bei den Rechten aus einem ausgeübten Vorkaufsrecht nicht um Rückstände von Leistungen im Sinne der vorbezeichneten Vorschrift handele. Diese Argumentation hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

Die Vorinstanzen sind auf der Grundlage sowohl des Wortlautes der Eintragung als auch der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zutreffend davon ausgegangen, daß es sich bei dem eingetragenen Recht um ein subjektiv-persönliches dingliches Vorkaufsrecht zugunsten des X. gehandelt hat, das mangels anderweitiger Bestimmung unvererblich (vgl. § 514 BGB) und deshalb mit dem Tode des Berechtigten erloschen ist. Das Erlöschen des eingetragenen Vorkaufsrechts ist allein aufgrund des Todes des Berechtigten eingetreten und hat zu der hieraus resultierenden Unrichtigkeit des Grundbuches geführt, so daß es zum Nachweis dieser Unrichtigkeit des Grundbuches grundsätzlich nur des Nachweises des Todes des Berechtigten bedarf, der nach Maßgabe des § 29 Abs. 1 GBO durch die Vorlage der Sterbeurkunde geführt werden kann. Damit findet grundsätzlich auch die Bestimmung des § 22 Abs. 1 Satz GBO Anwendung, wonach es einer Bewilligung zur Löschung des Vorkaufsrechts gemäß § 19 GBO nicht bedarf, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.

Demgegenüber weisen das Grundbuchamt und ihm folgend das Erstbeschwerdegericht durchaus zutreffend auf die Möglichkeit hin, daß der Vorkaufsberechtigte zu Lebzeiten sein Vorkaufsrecht bereits ausgeübt hat, damit zwischen ihm und dem Eigentümer ein Grundstückskaufvertrag zustande gekommen ist (vgl. § 505 Abs. 2 BGB) und die hieraus resultierenden Rechte auf den oder die Rechtsnachfolger des Vorkaufsberechtigten übergegangen sind, weil insoweit die Unvererblichkeitsregel des § 514 Satz 1 BGB nicht gilt (allgemeine Meinung; vgl. beispielhaft *Palandt/Putzo*, BGB, 47. Aufl., § 514 Anm. 3). Dem hiernach bestehenden Schutzbedürfnis der Rechtsnachfolger des Vorkaufsberechtigten wird jedoch durch die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 GBO Rechnung getragen, die allgemein als eine Ergänzung des § 22 GBO durch Einführung einer Löschungserschwerung bei nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit hinsichtlich von Rechten, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind, angesehen wird (vgl. statt vieler *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. §§ 23, 24 Rdnr. 1). Sind bei derartigen Rechten Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen, kann eine Löschung ohne entsprechende Bewilligung der Rechtsnachfolge erst vollzogen werden, wenn seit dem Tode des Berechtigten ein Jahr verstrichen ist und die Rechtsnachfolger keinen Widerspruch gegen die Löschung beim Grundbuchamt erhoben haben. Da diese Voraussetzungen hier erfüllt sind, bedarf es zur Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts keiner Bewilligung, sondern kann diese allein aufgrund des Nachweises des Todes des Berechtigten erfolgen.

Allerdings ist in Rechtsprechung und Schrifttum lebhaft umstritten, ob in Fällen der vorliegenden Art eine Anwendung des § 23 Abs. 1 GBO gerechtfertigt ist, ob nämlich die aus einer Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten resultierenden und auf seine Rechtsnachfolger übergangenen Rechte als Rückstände von Leistungen im Sinne der vorgenannten Vorschrift angesehen werden können (vgl. zum Meinungsstand die Nachweise bei *Meikel/Böttcher* a. a. O., Rdnr. 31, Fußn. 67 und OLG Hamm MittBayNot 1989, 27, 29). Der Senat sieht jedoch insoweit keine durchgreifenden Bedenken und schließt sich damit der wohl überwiegenden

den Meinung an. Es ist bereits zweifelhaft, ob die Argumentation der Gegenmeinung, die sich insbesondere der Grundbuchrichter und wohl auch das Erstbeschwerdegericht zu eigen gemacht haben, in ihrer Kernaussage zutrifft, daß die aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechtes bestehenden Rechte bereits begrifflich keine Leistungsrückstände darstellen können, weil sich zwar das Recht zum Vorkauf infolge der Ausübung zum Recht aus dem Vorkauf gewandelt habe, damit aber das Recht selbst noch fortbestehe (so etwa *Streuer*, Rpfleger 1986, 245, 247 a. E.). Damit dürfte nicht hinreichend beachtet werden, daß mit der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechtes sich dieses erledigt hat und sich nunmehr die gegenseitigen Rechte von Vorkaufsberechtigtem und Eigentümer ausschließlich nach den Bestimmungen richten, die sich aus dem Grundstückskaufvertrag ergeben (vgl. § 505 Abs. 2 BGB), wobei dem eingetragenen Vorkaufsrecht nur noch die Bedeutung einer Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruches zukommt (vgl. § 1098 Abs. 2 BGB). Eine abschließende Entscheidung kann jedoch dahinstehen. Jedenfalls kann eine sinnvolle Lösung nur darin bestehen, dem gesetzgeberischen Zweck des § 23 Abs. 1 GBO Rechnung zu tragen. Dieser geht ersichtlich von der Erwägung aus, daß trotz Erlöschens des eingetragenen Stammrechtes mit dem Tode des Berechtigten zuvor aus dem Recht Ansprüche des früheren Rechtsinhabers entstanden sein können, die zum Zeitpunkt des Erlöschens des Rechtes noch nicht erfüllt waren, dem Rechtsnachfolger gegenüber aber noch zu erfüllen sind und deshalb des vorläufigen Fortbestandes des grundbuchlichen Schutzes bedürfen; hierfür soll eine „Übergangsregelung“ getroffen werden, die eine vorzeitige Löschung allein aufgrund des Unrichtigkeitsnachweises verhindert (vgl. exemplarisch *Meikel/Böttcher* a. a. O., §§ 23, 24 Rdnr. 1). Diese Grundsätze treffen gleichermaßen für die dingliche Abwicklung eines von dem Vorkaufsberechtigten zu seinen Lebzeiten wirksam ausgeübten Vorkaufsrechtes zu; eine weitergehende Schutzwirkung zugunsten der Rechtsnachfolger des eingetragenen Berechtigten, wie sie die Vorinstanzen mit der Forderung nach einer Löschungsbewilligung fordern, ist nicht veranlaßt (vgl. im Ergebnis ebenso OLG Hamm a. a. O., 29).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen können sonach keinen Bestand haben.

16. BGB § 928 Abs. 1 (Zur Aufgabe des Eigentums am Teileigentum)

Die Dereliktion eines Miteigentumsanteils an Wohnungs-/ Teileigentum ist unzulässig.

LG Konstanz, Beschluß vom 4.7.1989 — 1 T 127/89 —

Aus dem Tatbestand:

Die Eheleute X sind zu je 2/272tel Anteil als Eigentümer des vorstehend beschriebenen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen.

In notarieller Urkunde vom 16.12.1988 haben die Eheleute X die Aufgabe ihrer vorbeschriebenen Anteile an diesem Grundstück gemäß § 928 BGB erklärt sowie eine entsprechende Eintragung des Verzichts im Grundbuch bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt hat diesen Antrag mit Beschluß vom 11.4.1989 zurückgewiesen; es hält die abgegebene Verzichtserklärung für unwirksam und somit nicht eintragungsfähig.

Gegen diesen Zurückweisungsbeschluß haben die Eheleute Beschwerde eingelegt, mit der sie weiterhin die Eintragung des Verzichts im Grundbuch anstreben. Sie heben u.a. darauf ab, daß das Grundbuchamt bereits in anderen dasselbe Objekt betreffende Vorgängen die Eintragung des Eigentumsverzichts im Grundbuch vermerkt haben.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Die Kammer teilt die Auffassung des Grundbuchamts in dem angefochtenen Beschluß, daß die von den Eheleuten in notarieller Urkunde vom 16.12.1988 gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Verzichtserklärung bezüglich ihres Eigentums an dem im Teileigentumsgrundbuch gebuchten Grundbesitz unwirksam und somit nicht eintragungsfähig ist.

Nach § 928 Abs. 1 BGB kann das Eigentum an einem Grundstück dadurch aufgegeben werden, daß der Eigentümer den Verzicht dem Grundbuchamt gegenüber erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Ob diese Bestimmung unmittelbar oder entsprechend anwendbar ist auch bei der Aufgabe von Miteigentumsanteilen, insbesondere von Wohnungs- und Teileigentum wird im einschlägigen Schrifttum unterschiedlich beurteilt (für eine Anwendung dieser Bestimmung: *Bärmann/Pick/Merle* WEG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 79 f. „da Wohnungseigentum echtes Eigentum ist, muß auch die Dereliktion möglich sein“; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 25 a; *Kanzleiter* in Münchener Kommentar 2. Aufl. § 928 Rdnr. 2; *Staudinger/Ertl* BGB 12. Aufl. § 928 Rdnr. 6; eine Zulässigkeit verneinend: BGB-RGRK 12. Aufl. § 928 Rdnr. 2; *Staudinger/Huber* BGB 12. Aufl. § 747 Rdnr. 14; *Palandt/Bassenge* 48. Aufl. § 928 Anm. 1). An einschlägiger Rechtsprechung liegt — soweit ersichtlich — zu dieser Problematik bislang lediglich eine Entscheidung des Kammergerichts vom 12.11.1987 (NJW 1989, 42) vor. In dieser Entscheidung hat das Kammergericht eine gemäß § 928 BGB erklärte Verzichtserklärung von Miteigentümern an einem Wegegrundstück für unwirksam erachtet, da „die gesetzliche Regelung über das Ausscheiden aus einer Gemeinschaft nach Bruchteilen es verbiete, die Aufgabe von Miteigentum an einem Grundstück gemäß § 928 BGB durch einseitige Verzichtserklärung gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung des Verzichts im Grundbuch zuzulassen“ (KG a. a. O.).

Die in jener Entscheidung enthaltenen Darlegungen zur Unwirksamkeit einer sich auf Miteigentumsanteile beziehenden Verzichtserklärung gemäß § 928 BGB sind nach der Ansicht der Kammer auch auf das Wohnungs- und Teileigentum anwendbar. Die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander sind als ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne der Bruchteilsgemeinschaft zu verstehen, das sich als ein besonderes Kraft Gesetzes entstehendes, aber parteiautonomer Gestaltung zugängliches Schuldverhältnis darstellt nicht anders, als das bei der gewöhnlichen Bruchteilsgemeinschaft der Fall ist (vgl. *Weitnauer* a. a. O. § 10 Rdnr. 8). § 6 WEG bringt die enge rechtliche Verbindung zwischen Sondereigentum und Miteigentumsanteil dahingehend zum Ausdruck, daß das Sondereigentum ohne den Miteigentumsanteil, zu dem es gehört, nicht veräußert oder belastet werden kann. Das Wohnungseigentum, dies gilt gleichermaßen auch für das Teileigentum, ist somit als besonders ausgestaltetes Miteigentum zu qualifizieren (vgl. *Weitnauer* a. a. O. § 6 Rdnr. 1). Demzufolge enthält die Woh-

nungseigentümergeinschaft neben Annäherungen an die Gesamthandsgemeinschaft auch Elemente der Bruchteilsgemeinschaft (*Bärmann/Pick/Merle* a. a. O. Vorbemerkung vor § 10 Rdnr. 9, § 10 Rdnr. 3). Nach der auch für Wohnungseigentümergeinschaften anwendbaren Bestimmung des § 747 Satz 1 BGB kann jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen. Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß eine Verfügung bezüglich des Miteigentumsanteils nebst des zugehörigen Sondereigentumsrechts zugunsten anderer Miteigentümer oder Dritter zulässig ist, soweit in der maßgeblichen Teilungserklärung keine Einschränkungen enthalten sind. Eine derartige Verfügung ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Vielmehr haben die Beschwerdeführer mit der erklärten Dereliktion eine sogenannte unteilbare Verfügung vorgenommen (vgl. hierzu *Staudinger/Huber* BGB 12. Aufl. § 747 Rdnr. 14), mit der sie die an der Schwimmhalle bestehende Eigentümergeinschaft einseitig verlassen wollen, da ihnen an einer Benutzung der Schwimmhalle nichts liegt. Eine solche Lösungsmöglichkeit sieht das Gesetz nicht vor. § 11 Abs. 1 Satz 1 WEG schreibt ausdrücklich die Unauflöslichkeit der Eigentümergeinschaft fest. Gleichwohl kann aufgrund einstimmigen Übereinkommens der Wohnungseigentümer das Gemeinschaftsverhältnis aufgelöst werden, wobei sich dann die Aufhebung der Gemeinschaft nach den §§ 752 ff. BGB vollzieht (vgl. *Bärmann/Pick/Merle* a. a. O. § 10 Rdnr. 16 ff.). Ein gemeinschaftliches Grundstück ist hiernach durch Zwangsversteigerung zu verkaufen und der Erlös nach Berichtigung der Verbindlichkeiten zu verteilen, vgl. § 753 BGB. Die Dereliktion gemäß § 928 BGB würde auch im vorliegenden Fall dazu führen, daß das Grundstück hinsichtlich dieses Miteigentumsanteils herrenlos würde, da eine Anwachsung bei den übrigen verbleibenden Eigentümern nicht eintritt. Die verbleibenden Miteigentümer müssen weiterhin die anfallenden Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums tragen, zu dem auch der herrenlose „Anteil“ zählt. Mit ihrem Verzicht würden daher die Beschwerdeführer den übrigen Mitgliedern der Eigentümergeinschaft Kosten und Lasten „aufdrängen“. Dies liefe auf die Zulassung einseitiger Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter hinaus (vgl. KG a. a. O.). Eine derartige Rechtsfolge ist nach Auffassung der Kammer unvereinbar mit den auch für die Wohnungseigentümergeinschaft geltenden gesetzlichen Regelungen über das Ausscheiden aus einer Gemeinschaft. Die Dereliktion nach § 928 BGB als sogenannte unteilbare Verfügung paßt deshalb nur auf die Aufgabe des Eigentums im ganzen, nicht jedoch auf die Aufgabe von Miteigentumsanteilen (*Staudinger/Huber* a. a. O.; KG a. a. O.).

Da die Beschwerdeführer somit nicht aus der Miteigentümergeinschaft bezüglich des Eigentums „Schwimmhalle“ durch den erklärten Verzicht ausscheiden können, hat das Grundbuchamt zu Recht die Eintragung dieses Verzichts im Grundbuch abgelehnt und den entsprechenden Antrag zurückgewiesen.

Soweit die Beschwerdeführer darauf abheben, daß das Grundbuchamt zuvor in gleichgelagerten Fällen einen entsprechenden Verzicht im Grundbuch eingetragen hat, ist darauf hinzuweisen, daß wegen der materiellrechtlichen Unwirksamkeit dieses Verzichts das Grundbuch durch die Eintragung des Verzichts unrichtig geworden ist. In welcher Form das Grundbuchamt oder auch die Miteigentümergeinschaft diese Unrichtigkeit des Grundbuchs beheben können, seitens der Eigentümergeinschaft etwa durch Geltendmachung eines Grundbuchberichtigungsanspruchs ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens (vgl. hierzu aber KG a. a. O.) und wird daher nicht weiter vertieft.

17. GBO §§ 34, 35 (*Zweigstelle und Hauptstelle eines Amtsgerichts als ein Gericht im Sinne des § 34 GBO*)

In entsprechender Anwendung des § 34 GBO ist der Nachweis der Erbfolge statt durch Vorlage des Erbscheins auch durch Bezugnahme auf Akten des Gerichts, bei dem das Grundbuch geführt wird, zulässig, wenn sich der Erbschein dort befindet. In diesem Zusammenhang sind die Grundbuchabteilungen der Zweigstelle und der Hauptstelle eines Amtsgerichts als ein Gericht anzusehen.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

Beschluß des LG Landau/Pfalz vom 17.11.1989 — 4 T 127/89 — (mitgeteilt von Notar *Dr. Albert Ball*, Bad Bergzabern)

18. BGB § 96; WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 (*Durch Grunddienstbarkeit abgesicherte Kfz-Stellplätze als Gegenstand einer zulässigen Benutzungsregelung der Wohnungseigentümer*)

Eine Regelung über die Benutzung von Kfz-Stellplätzen, die durch eine entsprechende Grunddienstbarkeit zugunsten eines nach dem WEG aufgeteilten Grundstücks abgesichert ist, kann Gegenstand einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG sein und in das Grundbuch eingetragen werden.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

AG Coburg, Beschluß vom 4.1.1989 — Coburg 21129 — mitgeteilt von Notarassessor *Dr. Joachim Schervier*, Rosenheim

Aus den Gründen:

Die von der bisherigen Alleineigentümerin des nach § 8 WEG in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks getroffene Regelung über die Benutzung der Stellplätze im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander kann als Inhalt des Sondereigentums nach § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG in das Grundbuch eingetragen werden. Zwar betrifft die getroffene Regelung nicht das Grundstück als solches, wohl aber Grunddienstbarkeiten, die den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks an den auf dem Nachbargrundstück gelegenen bestimmten Stellplätzen zustehen, und damit Bestandteile des Grundstücks im Sinne des § 96 BGB. Auch wenn die Grunddienstbarkeiten damit ihren Charakter als Rechte nicht verlieren und für sich betrachtet nicht selbst als Grundstücke angesehen werden können, sind die Wohnungseigentümer doch nicht gehindert, bezüglich dieser mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Dienstbarkeiten Vereinbarungen zu treffen, die als Inhalt von Sondereigentum auch gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers wirken, § 10 Abs. 2 WEG. Das Wohnungseigentumsgesetz läßt den Beteiligten bezüglich der Inhaltsbestimmung des Sondereigentums und der „Verdinglichung“ wesentlicher Regeln für das Zusammenleben der Wohnungseigentümer eine sehr weitgehende Gestaltungsfreiheit und schließt die Vertragsfreiheit im Interesse der Entwicklung des Instituts „Wohnungseigentum“ nur in wenigen Fällen aus (vgl. dazu im einzelnen *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl. 1987, vor § 10 Randnote 12–14; § 10, Randnote 24, 43 ff.). So kann etwa die Benutzungsregelung über ein im bloßen Miteigentum der Wohnungseigentümer stehendes Nachbargrundstück nicht zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden (vgl. *Bärmann/Pick/Merle* a. a. O. vor § 10, Randnote 14 Ziffer 12; OLG Frankfurt, Pflieger 1975, 179). Hier fehlt es an der rechtlichen Verbindung mit dem Grundstück, dessen Miteigentumsanteile mit

Sondereigentum verbunden sind. Im vorliegenden Fall hingegen betrifft die Vereinbarung Dienstbarkeiten, die rechtliche Bestandteile des Wohnungsgrundstücks sind. Im Hinblick auf die Vertragsfreiheit nach § 10 Abs. 2 WEG kann es keinen Unterschied machen, ob die Wohnungseigentümer Wohnungseigentum (gemeinschaftliches Eigentum) an den Stellplätzen haben oder Mitberechtigte von Grunddienstbarkeiten eines herrschenden Grundstücks und gleichzeitig Wohnungseigentümer dieses Grundstücks sind.

19. BGB § 1408 Abs. 2, § 1587 o Abs. 1 Satz 2 (*Beschränkte Übertragung von Anwartschaften bei der gesetzlichen Rentenversicherung in Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich*)

- Ehegatten können vereinbaren, daß in den Versorgungsausgleich nur die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor dem Ehezeitende erworbenen Anwartschaften einbezogen werden; doch darf das nicht zur Folge haben, daß dem Ausgleichsberechtigten mehr Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung übertragen werden, als ihm nach der gesetzlichen Regelung zustehen.**
- Zur Berechnung des Ausgleichsbetrages bei einem derartigen Teilausschluß.**

BGH, Beschluß vom 4.10.1989 — IV b ZB 106/88 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien haben am 6.7.1956 die Ehe geschlossen. Bei der Trennung haben sie am 26.6.1985 zu notariellem Protokoll eine Vereinbarung getroffen, in der sie zu III. wegen des Versorgungsausgleichs folgendes bestimmt haben:

„Der Versorgungsausgleich soll mit Wirkung ab dem 31.5.1985 in vollem Umfang ausgeschlossen werden, so daß im Falle einer Scheidung unserer Ehe für die Versorgungsanwartschaften, die in der Ehezeit bis zum 31.5.1985 erworben wurden, der Versorgungsausgleich entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen ist und für die Versorgungsanwartschaften, die während der Ehezeit nach dem 1.6.1985 erworben wurden, ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet.“

Der Scheidungsantrag des am 19.12.1934 geborenen Ehemannes (Antragsteller) ist der Ehefrau (Antragsgegnerin) am 30.1.1987 zugestellt worden.

Während der Ehezeit (1.7.1956 bis 31.12.1986, § 1587 Abs. 2 BGB) haben beide Parteien Rentenansprüche bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA; weitere Beteiligte) erworben. Für den Ehemann besteht außerdem eine Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung bei der Firma A., die sowohl im Anwartschafts- wie im Leistungsstadium statisch ist; eine Realteilung sieht die zugrundeliegende Versorgungsordnung nicht vor.

Das Amtsgericht — Familiengericht — hat die Ehe durch Urteil geschieden und den Versorgungsausgleich dahin geregelt, daß es vom Konto des Ehemannes bei der BfA auf das dort geführte Konto der Ehefrau monatliche Rentenansprüche in Höhe von 611,95 DM zum Ausgleich der Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung und weiterer 13,43 DM zum Ausgleich der Anwartschaft des Ehemannes auf betriebliche Altersversorgung übertragen hat, jeweils bezogen auf den 31.12.1986. Bei der Wertermittlung hat das Amtsgericht Auskünfte der BfA vom 25.5.1987 (für die Ehefrau) und vom 26.6.1987 (für den Ehemann) zugrunde gelegt, die es mit Rücksicht auf die notarielle Vereinbarung für eine Ehezeit vom 1.7.1956 bis zum 31.5.1985 hatte erteilen lassen und die demgemäß in einer solchen Ehezeit erworbene monatliche Rentenansprüche der Ehefrau von 181 DM und des Ehemannes von 1.404,90 DM ausweisen, jeweils bezogen auf den 31.5.1985. Die in der gleichen Zeit erworbene unverfallbare Anwartschaft des Ehemannes auf eine Betriebsrente hat das Amtsgericht mit 1.117,88 DM jährlich berechnet und diese für das am 31.5.1985 erreichte Lebensalter des Ehemannes, das es mit 51 Jahren angenommen hat, mit dem Faktor 4,2 der Tabelle 1 der Barwertverordnung in einen Barwert umgerechnet. Den sich ergebenden dynamisierten Wert von monat-

lich 24,86 DM hat das Amtsgericht durch erweitertes Splitting gemäß § 3 b VAHRG ausgeglichen.

Die BfA hat mit der Beschwerde beanstandet, daß das Ehezeitende auf den 31.5.1985 angenommen worden ist und demgemäß die ausgleichenden Rentenansprüche auf einen an diesem Tag eingetretenen Versicherungsfall berechnet worden sind. Es hat den Standpunkt vertreten, der in der Vereinbarung ausgedrückte Parteiwille müsse dadurch verwirklicht werden, daß aus den von den Parteien in der Ehezeit (bis zum 31.12.1986) jeweils erworbenen Werteinheiten die von ihnen ab dem 1.6.1985 erworbenen Werteinheiten abgezogen und die sich danach ergebenden Beträge ausgeglichen würden. Demgemäß hat die BfA zwei neue Auskünfte nach § 83 AVG — jeweils vom 5.11.1987 — vorgelegt, denen die Ehezeit bis zum 31.12.1986 zugrunde liegt und die die in dieser Zeit erworbenen Rentenansprüche des Ehemannes mit 1.594 DM und der Ehefrau mit 234 DM ausweisen, jeweils monatlich und bezogen auf den 31.12.1986. Weiter hat sie geltend gemacht, die Betriebsrentenanwartschaft des Ehemannes müsse mit dem Vervielfacher 4,4 in einen Barwert umgerechnet werden, weil das am 31.12.1986 erreichte Lebensalter des Ehemannes (52 Jahre) maßgeblich sei.

Das Oberlandesgericht hat den zum Ausgleich der Betriebsrentenanwartschaft zu übertragenden Monatsbetrag auf 11,52 DM, bezogen auf den 31.12.1986, geändert; es hat — weil der Ehemann am 31.5.1985 erst 50 Jahre alt war — bei der Umrechnung den Faktor 3,9 angewendet. Im übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde verfolgt die BfA ihr Beschwerdeziel weiter. Die Parteien haben sich dazu nicht geäußert.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde führt zu einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

1. Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die notarielle Vereinbarung der Parteien vom 26.6.1985 wirksam ist.

a) Nach § 1408 Abs. 2 BGB können die Ehegatten in einem Ehevertrag den Versorgungsausgleich ausschließen, und zwar auch teilweise (Senatsbeschluß vom 28.5.1986 — IV b ZB 63/82 — FamRZ 1986, 890, 892 [= DNotZ 1986, 635]). Die Dispositionsbefugnis der Ehegatten wird nur insoweit begrenzt, als sie den durch die §§ 1587 ff. BGB abgesteckten Rahmen für Eingriffe in öffentlich-rechtliche Versorgungsbeziehungen nicht überschreiten dürfen. Deshalb ist eine Vereinbarung gemäß §§ 134, 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB nichtig, wenn sie zur Folge hat, daß zu Lasten des Ausgleichspflichtigen mehr Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung übertragen werden, als dies bei Einbeziehung aller von den Parteien in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften der Fall wäre (Senatsbeschluß vom 7.10.1987 — IV b ZB 4/87 — BGHR BGB § 1587 o Abs. 1 Satz 2, Verzicht 1 = FamRZ 1988, 153, 154 m. w. N.). Diese Grenze gilt nicht nur für eine Vereinbarung im Zusammenhang mit der Scheidung (§ 1587 o Abs. 1 BGB), sondern gleichermaßen für eine Regelung durch Ehevertrag. Denn das Gesetz will generell verhindern, daß zu Lasten der gesetzlichen Rentenversicherung für den Berechtigten mehr Anwartschaften begründet werden, als ihm nach der gesetzlichen Regelung zustehen (vgl. Senatsbeschluß BGHZ 81, 152, 192 ff.). An der Unzulässigkeit eines sog. Supersplittings durch Parteivereinbarung hat sich durch Einfügung des § 3 b Abs. 1 Nr. 1 in das VAGRG nichts geändert. Zulässig ist nunmehr nur die durch Gesetz in engen Grenzen zur Vermeidung des schuldrechtlichen Ausgleichs ermöglichte Überschreitung der Halbteilung. Ein Ehevertrag darf indessen weiterhin nicht dazu führen, daß unmittelbar oder mittelbar mehr Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587 b Abs. 1 oder 2 BGB begründet oder übertragen werden, als gesetzlich bestimmt ist.

b) Die Vereinbarung vom 26.6.1985 geht davon aus, daß die Ehezeit über den 31.5.1985 hinaus bis zu dem gemäß § 1587 Abs. 2 BGB bestimmten Ehezeitende andauert; denn die Parteien sprechen von Versorgungsanwartschaften, „die während der Ehezeit nach dem 1.6.1985 erworben wurden“. Ihre Absprache kann daher nur so verstanden werden, daß unbeschadet des gesetzlich bestimmten Ehezeitendes (als das sich später der 31.12.1986 ergab) in den Ausgleich nur diejenigen Rentenanwartschaften einbezogen werden sollen, die beide Parteien jeweils bis zum 31.5.1985 erworben haben.

Das Oberlandesgericht hat die Vereinbarung nicht anders ausgelegt. Es hat zwar die Auffassung vertreten, daß es Ehegatten möglich sei, durch Parteivereinbarung das Ende der Ehezeit zu verschieben. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine vereinfachte Umschreibung des Gestaltungsspielraums, den die Ehegatten haben. Das ergibt sich hinreichend deutlich aus der Erwägung des Oberlandesgerichts, ein Verstoß gegen zwingendes Sozialversicherungsrecht komme jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn wie hier der Zeitpunkt unverändert bleibe, auf den nach dem Gesetz der Ausgleichsbetrag zu beziehen ist (31.12.1986).

2. Die weitere Beschwerde, die gegen die Wirksamkeit des Ehevertrages Bedenken nicht erhebt, wendet sich mit Erfolg dagegen, auf welche Weise das Oberlandesgericht der Parteivereinbarung Rechnung getragen hat.

a) Das Oberlandesgericht ist beim Ausgleich der Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung der Berechnung des Amtsgerichts gefolgt. Dieses hatte indessen, wie dargelegt, Auskünfte der BfA vom 25.5. und 26.6.1987 zugrundegelegt, in denen die von den Parteien jeweils erworbenen Rentenanwartschaften auf den 31.5.1985 und damit auf einen anderen Zeitpunkt bezogen werden, als das Oberlandesgericht selbst — zutreffend — für richtig hält, nämlich auf den 31.12.1986. Die Beschwerdeführerin weist mit Recht darauf hin, daß dies schon deshalb zu einem fehlerhaften Ergebnis führt, weil zwischen den beiden Zeitpunkten zwei gesetzliche Anpassungen der Renten in der gesetzlichen Rentenversicherung (zum 1.7.1985 und zum 1.7.1986) liegen; der vom Oberlandesgericht gebilligte Ausgleichsbetrag von 611,95 DM, bezogen auf den 31.12.1986, entspricht daher nicht der Hälfte des Wertunterschieds zwischen den jeweils auf den 31.5.1985 bezogenen Rentenanwartschaften der Parteien.

Nur eine auf den 31.12.1986 bezogene Berechnung ermöglicht im übrigen auch die Prüfung, ob die Vereinbarung zu einer (unzulässigen) Erhöhung des Ausgleichsbetrages führt.

b) Die weitere Beschwerde beanstandet zu Recht auch die Umrechnung der Betriebsrente des Ehemannes in einen dynamisierten Wert. Da die Parteien nicht das Ehezeitende vertraglich verändern konnten, sind auch für die Umrechnung der statischen Anwartschaft in einen dynamischen Wert die Tabellenwerte maßgeblich, die für das gesetzlich bestimmte Ehezeitende (31.12.1986) gemäß § 1587 a Abs. 3 Nr. 2 BGB i.V. mit § 2 Abs. 1 der Barwertverordnung i.d.F. vom 22.5.1984 (BGBl I 692) gelten. Der Jahresbetrag der Betriebsrente hätte daher gemäß Tabelle 1 zur Barwertverordnung mit dem Kapitalisierungsfaktor 4,4 vervielfacht werden müssen, weil der Ehemann am 31.12.1986 bereits 52 Jahre alt war.

3. Die angefochtene Entscheidung kann danach zum Ausgleich sowohl der Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1587 b Abs. 1 BGB) wie der Anwartschaft auf Betriebsrente (§ 3 b Abs. 1 Nr. 1 VAHRG) nicht bestehen bleiben. Der Senat kann jedoch abschließend in der Sache entscheiden, so daß es einer Zurückverweisung nicht bedarf.

a) Wie der Senat in BGHZ 92, 5, 7 ff. näher begründet hat, ist im Rechtsmittelverfahren über den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich die vorinstanzliche Entscheidung in jeder Richtung in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage zu bringen. Das Verbot der Schlechterstellung des Rechtsmittelführers steht hier schon deswegen nicht entgegen, weil mit der BfA der Versicherungsträger Beschwerde erhoben hat und sich wegen des noch ungewissen weiteren Versicherungsverlaufs nicht voraussagen läßt, ob sich eine Abänderung zu ihrem Nachteil oder Vorteil auswirken wird.

b) Die Vereinbarung der Ehegatten, die nach dem 31.5.1985 von ihnen erworbenen Rentenanwartschaften nicht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, ist dadurch zu verwirklichen, daß die auf die gesamte Ehezeit entfallenden Rentenanwartschaften um diejenigen zu bereinigen sind, die sie in der Zeit vom 1.6.1985 bis zum 31.12.1986 erworben haben, so daß nur die verbleibenden auszugleichen sind. Der rechnerische Weg dazu bestimmt sich nach den gleichen Grundsätzen, die bei einer Kürzung wegen längerer Trennungszeit nach Artikel 12 Nr. 3 Abs. 3 Sätze 3 und 4 des 1. EheRG gelten (vgl. dazu Senatsbeschuß vom 4.12.1985 — IV b ZB 907/81 — FamRZ 1986, 252, 253; *Johannsen/Henrich/Hahne* Eherecht § 1587 c BGB Rdnr. 4). Danach dürfen die jeweils von den Ehegatten bei der BfA erworbenen Anwartschaften nicht nach einem reinen Zeit/Zeit-Verhältnis — d.h. nach dem Verhältnis der gesamten Ehezeit zu der in Frage stehenden Trennungszeit — aufgeteilt werden, weil dies zu Unbilligkeiten führt, wenn in der Trennungszeit und der übrigen Ehezeit unterschiedlich hohe Rentenanwartschaften erwirtschaftet worden sind. Zu einem gerechteren Ergebnis führt es, den auf die Trennungszeit entfallenden Ausgleichsanspruch nach dem gesetzlichen Schema der §§ 1587 a Abs. 2 Nr. 2 BGB, 83 Abs. 2 AVG (bzw. 1304 Abs. 2 RVO) gesondert zu ermitteln und den gesetzlichen Ausgleichsanspruch entsprechend zu kürzen. Zu dem gleichen Ergebnis führt es, wenn die von den Ehegatten jeweils in der gesamten Ehezeit erworbenen Anwartschaften um diejenigen gekürzt werden, die sie in der Trennungszeit erworben haben, und der Wertunterschied aus den so bereinigten Rentenanwartschaften ausgeglichen wird.

Eine Berechnung nach dem Verhältnis der Werteinheiten hat der Senat auch bereits für den Fall angewendet, daß eine bei Ehezeitende gezahlte Erwerbsunfähigkeitsrente um eine über das Ehezeitende hinausreichende Zurechnungszeit bereinigt werden muß (Beschuß vom 15.3.1989 — IV b ZB 213/87 — BGHR BGB § 1587 a Abs. 2 Nr. 2 — Erwerbsfähigkeitsrente 3 = FamRZ 1989, 721, 723).

c) Die erforderliche Berechnung kann der Senat selbst vornehmen. Denn die benötigten Auskünfte gemäß § 83 AVG hat die BfA schon im Beschwerdeverfahren vorgelegt; sie sind im angefochtenen Beschuß in Bezug genommen. Bedenken gegen ihre Richtigkeit sind weder ersichtlich noch von den Beteiligten erhoben worden. (*Wird ausgeführt.*)

20. BGB §§ 134, 138, 242, § 1564 Satz 3, § 1585 c (*Zulässigkeit der Vereinbarung einer Abfindung für den Fall des Scheidungsantrags*)

Zur Wirksamkeit einer Vereinbarung, in der sich ein Ehegatte für den Fall, daß er einen Scheidungsantrag einreichen sollte, zur Zahlung einer Abfindungssumme an den Ehepartner verpflichtet.

BGH, Urteil vom 19.12.1989 — IV b ZR 91/88 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der am 1.11.1988 verstorbene frühere Kläger Dr. Eberhard G. und die Beklagte waren Eheleute. Als sie am 18.2.1972 die Ehe miteinander eingingen, stand Dr. G. (im folgenden: Ehemann) — im 64. Lebensjahr — kurz vor seiner Pensionierung als Ministerialrat; die Beklagte (im folgenden: Ehefrau) war 55 Jahre alt. Vor der Eheschließung hatten sie (am 3.1.1972) zu notarieller Urkunde gegenseitig auf alle Ansprüche auf Ausgleich eines etwaigen Zugewinns sowie auf ihre gesetzlichen Erbrechte verzichtet. Die Ehegatten lebten seit 1982 getrennt. In jenem Jahr kam es — auf den Antrag des Ehemannes — erstmals zu einem Scheidungsverfahren, das jedoch mit der Rücknahme des Scheidungsantrages endete. Zu dieser Rücknahme hatte sich der Ehemann in dem zuvor zu Protokoll des Familiengerichts geschlossenen Prozeßvergleich vom 23.3.1982 verpflichtet, in dem die Ehefrau dem Ehemann ihren hälftigen Miteigentumsanteil an der während der Ehe gemeinsam erworbenen Eigentumswohnung in B. gegen Zahlung von 70.000 DM übertragen hatte. Ferner sah der Vergleich die Verpflichtung des Ehemannes vor, an die Ehefrau eine monatliche Unterhaltsrente von 1.500 DM zu zahlen und für ihre Krankenversicherungskosten aufzukommen. Ziffer 6 des Vergleichs enthielt folgende Abrede:

„Herr Dr. Eberhard G. erklärt, daß er sich von seiner Frau Hildegard G. nicht scheiden lassen werde. Die Parteien sind darüber einig, daß diese Erklärung als Geschäftsgrundlage vorliegenden Vergleiches anzusehen ist. Sofern Herr Dr. G. dennoch Scheidungsantrag stellen sollte, sollen die in diesem Vergleich getroffenen Vereinbarungen, soweit sie Frau G. Rechte zusprechen als Mindestleistungen bestehen bleiben. Darüber hinaus verpflichtet sich Herr Dr. Eberhard G. für den Fall, daß er dennoch Scheidungsantrag stellen sollte, an seine Frau Hildegard G. eine Abfindungssumme von 100.000 DM als Zukunftssicherung vorbehaltlos zu zahlen. Dieser Anspruch wird fällig bei Eingang eines Scheidungsantrags beim zuständigen Familiengericht. Die Parteien sind sich darüber einig, daß die Vollstreckbarkeit der in diesem Vergleich enthaltenen Ansprüche nach gerichtlicher Protokollierung auch diesen Anspruch auf Zukunftssicherung umfaßt.“

Im Jahre 1987 hat der Ehemann erneut Scheidungsantrag gestellt. Weil die Ehefrau aus der Abrede in Ziffer 6 des Vergleichs Anspruch auf Zahlung von 100.000 DM erhebt und die Zwangsvollstreckung beabsichtigt, hat der Ehemann Klage auf Feststellung erhoben, daß der Vergleich vom 23.3.1982 nichtig sei. Das Amtsgericht hat festgestellt, daß der Vergleich in Ziffer 1 (Übertragung des Miteigentumsanteils auf den Ehemann) und Ziffer 6 nichtig sei. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben beide Ehegatten Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel des Ehemannes zurückgewiesen. Auf die Berufung der Ehefrau hat es das amtsgerichtliche Urteil dahin abgeändert, daß es die Klage in vollem Umfang abgewiesen hat. Nach dem vor Abschluß des Scheidungsverfahrens eingetretenen Tode des Ehemannes verfolgt sein Alleinerbe mit der (zugelassenen) Revision das Begehren weiter, daß die Berufung der Ehefrau zurückzuweisen und die Nichtigkeit des gesamten Vergleichs festzustellen sei.

Aus den Gründen:

Die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß der Vergleich vom 23.3.1982 in vollem Umfang gültig ist, hält den Angriffen der Revision stand.

I. 1. Das Gericht hat dargelegt, der Vergleich sei nicht deshalb nichtig, weil der Ehemann in Ziffer 6 erklärt habe, er werde sich nicht scheiden lassen. Mit dieser Erklärung sei er nicht die — unzulässige — Verpflichtung eingegangen, sich in Zukunft nicht scheiden zu lassen, sondern habe, wie sich aus dem Gesamtinhalt von Ziffer 6 ergebe, lediglich

eine unbedenkliche Absichtserklärung ohne rechtliche Bindungswirkung abgegeben.

Dagegen wendet sich die Revision mit der Rüge, die Auslegung widerspreche dem eindeutigen Wortlaut der Abrede und lasse unberücksichtigt, daß der Ehemann sich in der anschließenden Ziffer 7 des Vergleichs zur Rücknahme des damals anhängigen Scheidungsantrages verpflichtet habe. Neben dieser Verpflichtung könne die Erklärung des Ehemannes nur als bindende Zusage, als Scheidungsverzicht, verstanden werden. Die Ehegatten hätten die Scheidung ihrer Ehe für die Zukunft ausschließen wollen.

2. Die Rüge greift nicht durch. Dabei kann offenbleiben, ob der Senat den Prozeßvergleich selbst auslegen kann oder ob er die Auslegung des sachlich-rechtlichen Inhalts durch den Tatrichter nur beschränkt, wie sonst bei einem privatrechtlichen Individualvertrag, nachprüfen darf (vgl. BGH Urteil vom 4.4.1968 — VII ZR 152/65 — MDR 1968, 576 m. w. N.). Auch bei unbeschränkter Nachprüfung beständen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Auslegung durch das Berufungsgericht; ihr tritt der Senat vielmehr bei.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß es gegen das Gesetz verstößt und nach § 134 BGB nichtig ist, wenn Ehegatten die Scheidung ihrer Ehe ausschließen (BGHZ 97, 304 [= MittBayNot 1986, 185]) oder sich einseitig verpflichten, künftig keinen Scheidungsantrag zu stellen. Eine solche Verpflichtung hat das Berufungsgericht in der Erklärung des Ehemannes jedoch zu Recht nicht gesehen. Schon der Wortlaut der Vereinbarung spricht dagegen. Denn es heißt dort, die Ehegatten seien sich darüber einig, daß die Erklärung des Ehemannes Geschäftsgrundlage des Vergleichs sei. Diese Formulierung haben die Ehegatten bewußt gewählt. Das ergibt sich aus der Korrespondenz, die dem Vergleichsabschluß vorausgegangen ist. Dort hatte der Bruder der Ehefrau, der Oberamtsrichter i. R. Dr. D., den diese zu Rate gezogen hatte, in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 25.2.1982 ausdrücklich rechtliche Bedenken gegen den Vorschlag des Ehemannes erhoben, er (der Ehemann) verpflichte sich, keinen Scheidungsantrag zu stellen, und seinerseits vorgeschlagen, den Vergleich in diesem Punkt wie folgt abzuschließen: „Der Antragsteller erklärt, daß er sich von der Antragsgegnerin nicht scheiden lassen werde. Diese Erklärung ist Geschäftsgrundlage des vorliegenden Vergleichs. Sollte sie entfallen, so sollen . . .“. Es ist offensichtlich, daß dieser Vorschlag in den schließlich abgeschlossenen Prozeßvergleich Eingang gefunden hat. Hiernach haben die Ehegatten bei ihrer Abrede durch den Gebrauch des Wortes Geschäftsgrundlage zum Ausdruck bringen wollen, daß durch die Erklärung keine Verpflichtung des Ehemannes begründet werden sollte, in Zukunft keinen Scheidungsantrag mehr zu stellen. Ebenso haben sie klargestellt, daß Gegenstand ihrer Abrede nicht der Ausschluß einer künftigen Scheidung gewesen ist.

II. Die Parteien haben in ihrer Vereinbarung einen erneuten Scheidungsantrag des Ehemannes in ihre Überlegungen einbezogen und für diesen Fall bestimmte Folgen festgelegt. Gegen diese Abrede bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Sie verstößt weder gegen das Gesetz (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB).

1. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, Ziffer 6 des Vergleichs sei nicht deshalb nichtig, weil der Ehemann sich für den Fall, daß er dennoch Scheidungsantrag stelle, verpflichtet habe, an die Ehefrau eine Abfindungssumme von 100.000 DM als Zukunftssicherung zu zahlen. Dieser Be-

trag habe zum einen eine Entschädigung dafür sein sollen, daß die Ehefrau sich zunächst mit dem in Ziffer 1 des Vergleichs vereinbarten Betrag von 70.000 DM für die Überlassung der Miteigentumshälfte an der Eigentumswohnung zufrieden gegeben habe, deren Wert die Ehegatten bei Vergleichsabschluß mit etwa 300.000 DM angenommen hätten und die der Ehemann kurze Zeit danach für 280.000 DM verkauft habe. Darüber hinaus sei die Abfindungssumme zur Alterssicherung der Ehefrau im Falle der Scheidung bestimmt gewesen. Insoweit habe sie vorwiegend Ausgleich dafür sein sollen, daß die Ehefrau durch eine Scheidung die Aussicht auf die hohe Witwenpension verliere, die sie sonst im Falle des Vorversterbens ihres um acht Jahre älteren Ehemannes erhalte und die die geringfügige Versorgung, die ihr aus einem Versorgungsausgleich zukomme, bei weitem übersteige. Angesichts dieser die Abfindungssumme bestimmenden Gründe erscheine das Zahlungsverprechen nicht unangemessen hoch. Da auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Ehemannes nicht in Frage stehe, könne die Vereinbarung nicht als sittenwidrig angesehen werden.

Der Angriff der Revision gegen diese Ausführungen geht fehl.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Prüfung davon ausgegangen, daß es Eheleuten grundsätzlich freisteht, „für den Fall der Scheidung“ Unterhaltsverträge und sonstige vermögensrechtliche Vereinbarungen zu schließen, und daß sich insoweit Schranken nur aus §§ 134 und 138 BGB ergeben. Bei der Frage, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, hat es darauf hingewiesen, daß das Gesetz es in § 1566 Abs. 1 BGB i. V. mit §§ 630 ZPO, 1585 c BGB als erwünscht ansehe, wenn die Ehegatten die Scheidungsfolgen einverständlich regelten, und solche Vereinbarungen nicht etwa deshalb nichtig seien, weil sie die Scheidung ermöglichten oder erleichterten.

Diese Ausführungen rechtfertigen nicht die Annahme, daß das Berufungsgericht seiner Beurteilung einen unzutreffenden Maßstab zugrunde gelegt hat. Es hat an den Hinweis auf die vorgenannte gesetzliche Regelung lediglich die Annahme geknüpft, daß nur (noch) selten Gründe vorliegen, die Vereinbarungen von Ehegatten über ihre vermögensrechtlichen Beziehungen für den Fall einer Scheidung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB als nichtig erscheinen lassen. Dem ist nicht nur für Vereinbarungen zuzustimmen, die in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem schon anhängigen oder jedenfalls beabsichtigten Scheidungsverfahren getroffen werden; vielmehr gilt das auch für sonstige Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art, die Ehegatten während der Ehe oder sogar schon vorher vorsorglich für den Fall einer späteren Scheidung treffen. Für solche Vereinbarungen besteht grundsätzlich volle Vertragsfreiheit (vgl. Senatsurteil vom 24.4.1984 — IVb ZR 22/84 — FamRZ 1985, 788 m. w. N. sowie auch BGH Beschluß vom 4.10.1978 — IV ZB 84/77 — FamRZ 1978, 873, 874). Die Schranken ihrer Gültigkeit hat das Berufungsgericht zu Recht allein in §§ 134 und 138 BGB gesehen. Ob eine Vereinbarung im Einzelfall gegen die guten Sitten verstößt, d. h. dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft (vgl. BGHZ 69, 295, 297), hängt von ihrem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter ab, wobei sich aus dem zeitlichen Abstand zu einer nicht beabsichtigten, sondern nur für denkbar gehaltenen Scheidung zusätzliche Gesichtspunkte ergeben können (Senatsurteil vom 24.4.1984 a. a. O. S. 789). Daß sich ein Ehegatte in einer solchen Vereinbarung für den Fall der Scheidung zu Leistungen an den

anderen verpflichtet oder die getroffenen Abreden bei einer Scheidung sonst ausschließlich oder doch überwiegend zu seinen Lasten gehen, rechtfertigt allein nicht die Annahme, die Scheidung werde diesem Ehegatten in unzulässiger Weise erschwert. Zwar mag ihm der Entschluß, sich scheiden zu lassen, wegen der abzusehenden, durch die Vereinbarung begründeten Folgen schwerer fallen als seinem Ehepartner; darin liegt jedoch noch kein Nichtigkeitsgrund. Dazu müssen vielmehr weitere Umstände hinzukommen, die der Vereinbarung ein anstößiges Gepräge geben. Solche Umstände liegen etwa vor, wenn die Vereinbarung ein Leistungsversprechen zum Gegenstand hat, das den Versprechenden — nach Art einer Konventionalstrafe — von der künftigen Erhebung eines Scheidungsantrages abhalten soll. Ebenso wenig wie sich Ehegatten verpflichten können, künftig keinen Scheidungsantrag zu stellen (vgl. oben I 2), können sie die Ausübung ihres Scheidungsrechts durch entsprechende Vertragsstrafenversprechen oder ähnliche Vereinbarungen erschweren, die für den Scheidungsfall nachteilige Folgen vorsehen, um von der Erhebung eines Scheidungsantrages abzuhalten.

Von einem solchen Sachverhalt kann hier jedoch nicht ausgegangen werden. Zwar ist der Revision zuzugeben, daß von der in Ziffer 6 des Vergleichs eingegangenen Verpflichtung, an die Ehefrau eine Abfindungssumme von 100.000 DM zu zahlen, ein gewisser wirtschaftlicher Druck auf den Ehemann ausgegangen sein mag. Das kann jedoch die Sittenwidrigkeit allein nicht begründen. Denn Zweck der Vereinbarung und Beweggrund zu ihrem Abschluß war es nicht, dem Ehemann die Scheidung zu erschweren, sondern das Auskommen der Ehefrau im Falle der Scheidung zu verbessern. Vor allem sollte ihr, nachdem sie ihre Miteigentumshälfte an der Eigentumswohnung auf den Ehemann übertragen hatte, zur Alterssicherung ein Ausgleich für den mit einer Scheidung verbundenen Verlust der Aussicht auf eine ansehnliche Witwenversorgung verschafft werden. (*Wird ausgeführt.*)

Eine solche Vereinbarung verstößt trotz der möglichen Auswirkungen auf spätere Scheidungsabsichten des Ehemannes nicht gegen die guten Sitten.

2. Das ist nicht deshalb anders zu beurteilen, weil die Zahlung der Abfindungssumme nach dem Vergleich bei Eingang des Scheidungsantrages beim zuständigen Gericht und nicht erst mit der Scheidung fällig werden soll. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, durch die Absprache werde kein unzulässiger wirtschaftlicher Druck auf die Entschließungsfreiheit des Ehemannes ausgeübt. Den Ehegatten sei bei Vergleichsabschluß angesichts ihrer unmittelbar bevorstehenden Trennung klar gewesen, daß es künftig, sobald die Trennung lang genug gedauert haben werde, nur noch eines Scheidungsantrages bedürfe, um die Ehe zur Auflösung zu bringen. Deshalb hätten sie die Zahlung der Abfindungssumme bereits mit der Antragstellung fällig gestellt. In der Erwartung, daß ein Scheidungsantrag in ihrem Falle ohne weiteres zu einem baldigen Scheidungsauspruch führen werde, habe es aus ihrer Sicht keinen wesentlichen Unterschied gemacht, ob die von dem Ehemann geschuldete Abfindungsleistung sogleich mit der Stellung des Scheidungsantrages oder erst mit dem Ausspruch der Scheidung fällig gestellt wurde.

Hiernach hat das Berufungsgericht den Vergleich dahin ausgelegt, daß die Ehegatten zwar das Entstehen der Zahlungsverpflichtung an die Einreichung eines Scheidungsantrages

durch den Ehemann geknüpft haben, daß Grundlage dieser Verpflichtung jedoch die beiderseitige Vorstellung ist, der betreffende Scheidungsantrag werde auch zur Auflösung der Ehe führen.

Diese Auslegung ist bedenkenfrei; ihr schließt sich der Senat an. Für sie spricht vor allem der bereits erörterte Zweck, den die Ehegatten mit der Vereinbarung verfolgt haben. Soweit es ihnen dabei um die Absicherung der Ehefrau im Falle der Scheidung ging, ist nicht anzunehmen, daß ihnen bei der Anknüpfung der Zahlungsverpflichtung an die Einreichung des Scheidungsantrages durch den Ehemann gleichgültig war, ob ein solcher Antrag zur Scheidung der Ehe führen werde oder nicht. Denn durch die Einreichung allein wird die Bedürfnislage, die durch die Abfindungssumme behoben werden sollte, nicht herbeigeführt. Insbesondere läßt die Einreichung des Antrages die Aussicht auf eine Witwenversorgung nicht entfallen. Führt ein Scheidungsantrag nicht zur Auflösung der Ehe, etwa weil er zurückgenommen wird oder weil sich das Scheidungsverfahren, wie hier inzwischen geschehen, durch den Tod des Ehegatten in der Hauptsache erledigt, so bleibt das Anrecht des überlebenden Ehegatten auf Witwengeld nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG bestehen (vgl. *Schütz*, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder* 5. Aufl. Teil D § 19 BeamtVG Rdnr. 14). Danach liegt es nahe, daß die Ehegatten bei der Vereinbarung gemeinsam davon ausgegangen sind, ein die Zahlungsverpflichtung auslösender Scheidungsantrag werde auch zur Auflösung der Ehe führen.

Damit ist die Auflösung der Ehe nach der Vereinbarung der Ehegatten zwar nicht Entstehungsgrund für die Verpflichtung zur Zahlung der Abfindungssumme, wohl aber gemeinsame Grundlage ihres Geschäftswillens. Der Wegfall dieser Grundlage im Falle eines von dem Ehemann beantragten Scheidungsverfahrens, das nicht zur Auflösung der Ehe führt, läßt daher die durch die Antragstellung an sich entstehende Verpflichtung nicht unberührt, sondern nötigt zur Anpassung ihres Inhalts an die veränderten Umstände. Dadurch besteht die Gewähr, daß die in dem Vergleich getroffene Vereinbarung nicht dadurch anstößige Wirkungen entfalten kann, daß die verabredete Zahlungsverpflichtung an die Einreichung des Scheidungsantrages und nicht an die Scheidung der Ehe gebunden worden ist.

III. Auch sonst liegen keine Umstände vor, die die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung begründen. Vor allem hat das Berufungsgericht zu Recht ein grobes, unerträgliches Mißverhältnis zwischen der Höhe der vom Ehemann versprochenen Zuwendungen und seinen Vermögens- und Einkommensverhältnissen verneint.

21. BGB §§ 2019, 2041, 2111 (*Dingliche Surrogation an einem mit Nachlaßmitteln erworbenen Kommanditanteil*)

Bringt ein Vorerbe Nachlaßgegenstände als seine Einlage in eine Kommanditgesellschaft ein und wird er Kommanditist, dann gehört seine Rechtsstellung als Kommanditist als Surrogat zum Nachlaß (Aufgabe von BGH, Urteil vom 15.12.1976 — IV ZR 52/75 — NJW 1977, 433).

BGH, Urteil vom 21.11.1989 — IV a ZR 220/88 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist die Witwe des am 10.10.1984 verstorbenen Arztes Dr. S. (Erblasser); sie war seit 1971 oder 1972 seine zweite Ehefrau und hat ihn aufgrund gemeinschaftlichen Testaments vom 18.7.1973 allein beerbt. Der Beklagte ist ein Sohn des Erblassers aus dessen erster Ehe.

Durch rechtskräftiges Vorbehaltsurteil des Landgerichts ist der Beklagte verurteilt, zwei Darlehen die er von dem Erblasser erhalten hatte, in Höhe von insgesamt 105.000 DM nebst Zinsen an die Klägerin zurückzuzahlen. Die Entscheidung über eine vom Beklagten erklärte Aufrechnung ist vorbehalten geblieben. Dabei geht es um die Aufrechnung mit einer Forderung, die der Beklagte für sich und seine beiden Brüder als Nacherben nach seiner Mutter in Anspruch nimmt. Es handelt sich um folgendes:

Die im Jahre 1969 verstorbene Mutter und der Erblasser hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament von 1963 gegenseitig zu nichtbefreiten Vorerben und ihre drei Söhne als Nacherben eingesetzt, wobei die Nacherbfolge im Falle der Wiederverheiratung des Längstlebenden sofort mit der Wiederverheiratung eintreten sollte. Die Brüder des Beklagten haben ihre (Nacherben)Erbteile am Nachlaß der Mutter am 1.7.1985 an den Beklagten abgetreten.

Zum Nachlaß der Mutter des Beklagten hatte ein Restkaufpreisanspruch in Höhe von 150.000 DM gehört. Nach der Zahlung dieses Betrages an den Erblasser als Vorerben der Mutter legte dieser die Summe als Kommanditeinlage in der P-Kommanditgesellschaft an und zog daraus im Laufe der Jahre erhebliche Gewinne. Nach dem Tode des Erblassers beanspruchten der Beklagte und seine Brüder die Kommanditbeteiligung (oder deren Wert) als Bestandteil des Nachlasses ihrer Mutter. Wegen des Kommanditanteils von nominal 150.000 DM und des darauf entfallenden Gewinnanteils für das Jahr 1985 (30.000 DM) wurden sie von der Kommanditgesellschaft durch Zahlung von 180.000 DM abgefunden. Darüber hinaus verlangt der Kläger für sich und seine Brüder noch diejenigen Gewinne, die der Erblasser von der Kommanditgesellschaft nach Eintritt des Nacherbfalles (Heirat mit der Klägerin) in den Jahren 1972 bis 1984 erhalten hat; mit dieser Gegenforderung hat der Beklagte die Aufrechnung erklärt.

Im Nachverfahren hat das Landgericht das Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen, weil die Aufrechnung durchgreife. Im Berufungsverfahren hat der Beklagte die Gegenforderung auf 447.859,97 DM beziffert und diesen Betrag, soweit er die Klageforderung übersteigt, zum Gegenstand einer Widerklage gemacht und neben der Zurückweisung der Berufung der Klägerin beantragt, diese zur Zahlung von 342.859,97 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos erklärt und die Widerklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

1. Während das Landgericht die Kommanditbeteiligung des Erblassers als Bestandteil des Nachlasses der Mutter ansah und die Nutzungen, die der Vorerbe daraus noch nach dem Nacherbfall gezogen hat, dementsprechend den Nacherben zuwies, vertritt das Oberlandesgericht den gegenteiligen Standpunkt. Es meint, bei den Gewinnanteilen handele es sich nicht um Surrogate im Sinne von § 2019 BGB. Der Erblasser habe die Gewinnanteile in den einzelnen Jahren nicht als Gegenleistung für die Leistung der Kommanditeinlage, sondern aufgrund des Gesellschaftsvertrages erhalten. Die Zahlung der Kommanditeinlage an die Kommanditgesellschaft habe lediglich den Wegfall der persönlichen Haftung des Erblassers bewirkt. Ein echtes Austauschgeschäft habe nicht stattgefunden. Hierzu verweist das Berufungsgericht auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.12.1976, dem es folgen will. In diesem Urteil (IV ZR 52/75 — NJW 1977, 433) hat der frühere IV. Zivilsenat in einem Fall zu § 2019 BGB angenommen, die Rechtsstellung als Kommanditist, die ein vermeintlicher Erbe erlange, wenn er einen Erbschaftsgegenstand als seine Einlage in eine Kommanditgesellschaft einbringe und Kommanditist werde, sei kein Surrogat des Erbschaftsgegenstandes (vgl. dazu auch *Jochem*, JuS 1977, 408 f.).

2. Diese Auffassung vermag der erkennende Senat aber nicht zu teilen.

a) Soweit der frühere IV. Zivilsenat sich darauf gestützt hat, daß es sich bei der Einbringung einer Kapitaleinlage durch den Gesellschafter einer Personengesellschaft nicht um ein Austauschgeschäft handele, wie es zu einer (dinglichen) Surrogation gehöre, erscheint die Begründung nicht tragfähig. Bei einer derartigen Argumentation wird der Zweck des Gesetzes nicht genügend berücksichtigt.

Die erbrechtlichen Fälle der dinglichen Surrogation, wie sie etwa in den §§ 2019, 2041 und 2111 BGB normiert sind, haben den Sinn, die realen Werte (vgl. RGZ 87, 434, 437) eines bestimmten Sondervermögens (Nachlaß bzw. Erbschaft) zu binden und im Interesse bestimmter begünstigter Personen (bei §§ 2019 und 2041 BGB: der Erben; bei § 2111 BGB: der Nacherben) und ihrer Gläubiger über allen Wechsel der zu ihm gehörenden konkreten Bestandteile hinweg zusammenzuhalten und für den Zweck des Sondervermögens zu reservieren. Dieser Zweck wird dadurch erreicht, daß die im Laufe der wirtschaftlichen Entwicklung (RGZ 87, 434, 439) des Sondervermögens eintretende Änderungen im konkreten Bestand seiner Einzelteile unter bestimmten Voraussetzungen in den vom Gesetz geordneten Surrogationsfällen kraft Gesetzes auch zu einer entsprechenden rechtlichen (dinglichen) Zuordnung der Ersatzstücke (Surrogate) zu dem Sondervermögen und seinen Trägern führen. Dahinter steht der Gedanke: Der Wert des Sondervermögens und nicht seine konkrete Erscheinungsform ist das Ausschlaggebende. Daher muß jeder Umsatz einzelner Bestandteile des Vermögens und der darin liegende Abfluß realer Werte, wenn der Wert des Ganzen erhalten bleiben soll, durch die rechtliche Neuordnung eben derjenigen konkreten Ersatzgegenstände zum Nachlaß ausgeglichen werden, in die die abgeflossenen Werte eingegangen sind (vgl. RGZ 87, 434, 439, 440). Aus diesem Ordnungsschema der Surrogation bestimmte rechtsgeschäftliche Abflüsse realer Werte auszunehmen, etwa die Einbringung von Vermögensteilen in Personengesellschaften (oder auch in Kapitalgesellschaften), ließe die dingliche Surrogation insoweit zu einem bloß schuldrechtlichen Erstattungsanspruch auf den Wertbetrag „verkümmern“ (RGZ 89, 53, 58, 60; 87, 434, 440; WarnR 1920 Nr. 203 S. 256). Damit wäre der Schutzzweck der dinglichen Surrogation aus einem eher formalen Grund in erheblichem Umfang verfehlt.

b) Auch die zweite Begründung, die in dem Urteil vom 15.12.1976 (a. a. O.) gegeben wird, nämlich: Erwerbsgegenstand einer Surrogation könne nicht ein nichtübertragbares Recht oder eine nichtübertragbare Rechtsstellung sein, kann der Senat nicht als berechtigt anerkennen.

Blieben nichtübertragbare Rechtspositionen von der dinglichen Surrogation ausgeschlossen, dann würde damit der Schutz, den das Gesetz mit ihrer Hilfe den dadurch begünstigten Personen zukommen lassen will, dem Belieben derjenigen preisgeben, vor denen geschützt werden soll. Das eröffnete für Erbschaftsbesitzer wie Vorerben den Weg, Nachlaßgegenstände in unübertragbare Rechte und Rechtspositionen umzutauschen und sie damit den erbrechtlichen Bindungen und den vom Erblasser Begünstigten willkürlich zu entziehen. Sogar die Nachlaßgläubiger verlören auf diese Weise das in erster Linie ihnen vorbehalten (dinglich gebundene) Zugriffsobjekt Nachlaß (vgl. BGHZ 98, 48, 54 f. [= MittBayNot 1986, 191 = DNotZ 1987, 116]). Ein etwa an dessen Stelle tretender schuldrechtlicher Wertausgleichs-

anspruch, wie er im Bereich der Gesellschafter-Nachfolge erwogen wird, wäre hier wie dort unzureichend, schon weil er den gesetzlichen Vorrang der Nachlaßgläubiger vor den Eigengläubigern nicht gewährleisten könnte.

Ebensowenig wie im Bereich der Nachfolge eines Gesellschafter-Erben in den ererbten Gesellschaftsanteil (vgl. BGHZ 98, 48) kann es bei der dinglichen Surrogation zugelassen werden, daß sich die dingliche Sicherung ohne zwingende Sachgründe zu einem bloß persönlichen ungesicherten Geldanspruch verflüchtigt (so schon das OLG Jena, zustimmend zitiert in RGZ 89, 53, 59 für die Nacherbfolge). Der Senat gibt die gegenteilige Auffassung des früheren IV. Zivilsenats in dem Urteil vom 15.12.1976 (NJW 1977, 433 = LM 1 zu § 2019 BGB) deshalb ausdrücklich auf. Er kann das ohne Anrufung des großen Zivilsenats tun, weil das Erbrecht vom IV. auf den erkennenden Senat übergegangen ist.

3. Für den hier anzuwendenden § 2111 BGB gilt insoweit nichts anderes. Demgemäß ist der Kommanditanteil, den der Erblasser „durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft“ erworben hat, ein Bestandteil der Vorerbschaft geworden, und zwar einschließlich der damit verbundenen Gewinnrechte. Auch die aufgrund dieser Gewinnrechte gezogenen Gewinne gehören zur Vorerbschaft (sogenannte Rechtsurrogation). Das hat das Reichsgericht bereits in seinem Urteil vom 5.2.1920 zutreffend erkannt (WarnR 1920 Nr. 203).

Wie im einzelnen der vom Vorerben mit Mitteln des Nachlasses erlangte Kommanditanteil beim Nacherbfall auf den Nacherben rechtlich übergeht, ist hier nicht näher zu erörtern; der Beklagte ist wegen dieses Anteils bereits abgefunden. Jedoch wird insoweit mitzuberücksichtigen sein, was in der Rechtsprechung des BFH zu der unmittelbaren Rechtsnachfolge in einen ererbten Gesellschaftsanteil bei Vor- und Nacherbfolge bereits entwickelt worden ist (BGHZ 78, 177, 181 [= MittBayNot 1981, 32 = DNotZ 1981, 760]). Dort ist von besonderer Bedeutung, daß Mitgesellschafter sich im allgemeinen keinen Gesellschafter-Nachfolger aufdrängen zu lassen brauchen, mit dem sie sich nicht auf die Gesellschaft eingelassen haben (BGHZ 98, 48, 55). Ob das hieraus abgeleitete gesellschaftsrechtliche Postulat, der Nacherbe könne trotz Vorliegens der Voraussetzungen der dinglichen Surrogation Gesellschafter-Nachfolger nicht ohne die (gegebenenfalls nachträgliche) Zustimmung aller Mitgesellschafter werden, die erbrechtliche Surrogation behindern könnte, bedarf hier keiner Entscheidung. Immerhin können Mitgesellschafter aus besonderen Gründen verpflichtet sein, der Aufnahme eines Gesellschafter-Nachfolgers in die Gesellschaft zuzustimmen (BGH-Urteil vom 20.10.1986 — II ZR 86/85 — LM 12 zu § 139 HGB m. w. N. [= DNotZ 1987, 239]). Aber auch wenn es dem Nacherben als erbrechtlich befugtem Gesellschafter-Nachfolger nicht gelingen sollte, seine erbrechtliche Position *innerhalb* der Gesellschaft durchzusetzen, wäre die dingliche Surrogation nach Erbrecht damit nicht wirkungslos. Als unverzichtbarer Mindestschutz für den Nacherben müßte die Surrogation vielmehr mit dem Inhalt aufrechterhalten werden, daß der Vorerbe die vermögensrechtlichen Vorteile aus seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung ungeschmälert an den Nacherben weiterzugeben hätte. Das gilt vornehmlich für den künftigen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (RG WarnR 1920 Nr. 203), die laufenden Gewinnansprüche und auch etwaige darüber hinausgehende Entnahmerechte.

Von der Surrogation auf den Nacherben macht § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB allerdings eine Ausnahme, soweit ein Erwerb

dem Vorerben gebührt, nämlich für die Gewinnanteile (§§ 99, 100 BGB) die auf die Dauer der Vorerbschaft entfallen (vgl. auch BGHZ 81, 8). Die Gewinnanteile, die sich auf die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles beziehen, die also die Zeit nach Wiederverheiratung des Erblassers betreffen, gebühren jedoch folgerichtig den Nacherben. Zieht der Vorerbe die Nutzungen nach dem Nacherbfall trotzdem weiter, dann ist seine Pflicht zur Herausgabe an die Nacherben gemäß § 2130 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zweifelhaft. Dafür muß die Klägerin als Alleinerbin des Vorerben eintreten.

Demnach kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben. Das Berufungsgericht wird nunmehr die vom Beklagten erklärte Aufrechnung und deren Auswirkung auf die Klageforderung und auf die Widerklage zu prüfen haben. Dabei werden auch die in BGHZ 80, 269 niedergelegten Grundsätze zu Leitsatz b) zu beachten sein.

22. BGB §§ 2300, 2273 Abs. 1 (Zur Eröffnung der Schlußerbeneinsetzung nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten)

Die Eröffnung eines Erbvertrags hat sich nach dem Tod des Erstversterbenden auf alle letztwilligen Verfügungen dieses Erblassers zu erstrecken, gleichviel ob sie gültig oder ungültig oder durch sein Vorversterben gegenstandslos geworden sind. Verfügungen des Überlebenden, die sich nicht sondern lassen, sind mitzueröffnen.

BayObLG, Beschluß vom 19.9.1989 — BReg. 1 a Z 16/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte ist die Witwe des 1988 im Alter von 82 Jahren verstorbenen Erblassers. Aus dieser Ehe sind zwei Söhne und eine Tochter hervorgegangen. Der Erblasser und seine Ehefrau schlossen am 6.5.1977 einen Erbvertrag, in dessen Nr. II 1 sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Die Nr. II 2 lautet:

„Der Überlebende von uns setzt unsere beiden Söhne . . . zu gleichen Teilen zu seinen Erben ein. Ersatzerben sind jeweils die Abkömmlinge der Schlußerben nach Stämmen zu gleichen Anteilen.“

Nr. II 3 enthält die Anordnung:

„Die beiden vorgenannten Schlußerben . . . erhalten als Vorausvermächtnis unser Hausgrundstück . . .“

ferner eine Benutzungsregelung und andere Bestimmungen betreffend das „Vermächtnisanwesen“. In Nr. VI des Erbvertrags bestimmen die Vertragsschließenden:

„Zu Ziffer II 2 wird dahin ergänzt, daß Ersatzerbe für unseren Sohn H., falls er ohne Abkömmlinge vor uns wegfallen sollte, unser Sohn R. bzw. dessen Abkömmlinge zu gleichen Stammanteilen sein sollen.“

In einem zweiten Erbvertrag vom 23.12.1980 hoben die Ehegatten den Erbvertrag vom 6.5.1977 vollinhaltlich auf (Nr. I), setzten sich erneut gegenseitig zu Alleinerben ein (Nr. II 1) und bestimmten ferner (Nr. II 2):

„a) Der Überlebende von uns setzt unseren Sohn H . . . zu seinem Alleinerben ein. Ersatzerben sind die Abkömmlinge des Schlußerben nach Stämmen zu gleichen Teilen.

b) Der Schlußerbe wird mit folgendem Vermächtnis belastet: Der Schlußerbe ist verpflichtet, an unseren Sohn R. 20% des Schätzwertes unseres Anwesens . . . im Zeitpunkt des Todes des Zuletztversterbenden von uns hinauszuzahlen.

c) Der Überlebende von uns ordnet Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker wird unser Sohn H. ernannt.“

Der Rechtspfleger des Nachlaßgerichts hat angekündigt, daß er beide Erbverträge ihrem ganzen Inhalt nach eröffnen und allen Kindern der Vertragsschließenden bekanntgeben wolle. Die Beteiligte

hat hiergegen Erinnerung eingelegt und erklärt, sie wünsche, daß die in den Nr. II 2, II 3 und VI des Erbvertrags vom 6.5.1977 sowie die in Nr. II 2 des Erbvertrags vom 23.12.1980 enthaltenen Bestimmungen nicht eröffnet würden. Der Rechtspfleger und der Richter des Nachlaßgerichts haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluß vom 3.2.1989 zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte weitere Beschwerde eingelegt, zunächst durch einen ihrer Söhne zur Niederschrift des Nachlaßgerichts, später nochmals durch Schriftsatz eines Rechtsanwalts.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten ergibt sich bereits aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde (*Jansen* FGG 2. Aufl. Rdnr. 8, *Bassenge/Herbst* FGG/RPFIG 4. Aufl. Anm. 3a, jeweils zu § 27 FGG). Das Rechtsmittel ist jedoch nicht begründet.

2. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

3. Die Entscheidung des Landgerichts ist frei von Rechtsfehlern (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Zu Recht hat das Landgericht die als Beschwerde geltende Erinnerung der Beteiligten gegen die Entscheidung des Rechtspflegers (§ 3 Abs. 2 Satz 5 RPFIG) als zulässig betrachtet. Bei dessen Ankündigung, er werde die beiden Erbverträge ihrem ganzen Inhalt nach eröffnen und den Kindern der Vertragsschließenden Ehegatten bekanntgeben, handelt es sich um eine beschwerdefähige Verfügung im Sinn von § 19 Abs. 1 FGG (OLG Hamm FamRZ 1974, 387/388 und NJW 1982, 57; *Staudinger/Kanzleiter* BGB 12. Aufl. Rdnr. 11, *Palandt/Edenhofer* BGB 48. Aufl. Anm. 2 je zu § 2273). Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten als der überlebenden Ehefrau ergibt sich aus dem Umstand, daß die Entscheidung des Nachlaßgerichts auch ihre eigenen letztwilligen Verfügungen betrifft (*Jansen* § 20 Rdnr. 59 m. w. N.; LG Aachen MittRhNotk 1965, 368/370).

b) Zutreffend hat das Landgericht es für geboten erachtet, die beiden Erbverträge ihrem ganzen Inhalt nach zu eröffnen und zu verkünden.

aa) Für die Eröffnung von Erbverträgen gelten die Vorschriften über die Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente entsprechend (§§ 2300, 2273 BGB; BGHZ 70, 173/175 f. [= DNotZ 1978, 301]). Gemäß § 2273 Abs. 1 BGB sind die Verfügungen des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich sondern lassen, weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen. Diese Bestimmung setzt also voraus, daß beim Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten dessen Verfügungen vollständig zu eröffnen und zu verkünden sind. Sie besagt, daß nicht etwa gewisse Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten unter Umständen von der Eröffnung und Verkündung ausgenommen werden sollen, sondern nur solche des überlebenden Ehegatten, soweit sie sich nach der Fassung des Testaments oder Erbvertrags von denen des anderen Teils absondern lassen (BGHZ 91, 105/108; RGZ 150, 315/318; BayObLG Rpfleger 1982, 424/425; *Palandt/Edenhofer* § 2273 Anm. 1). Nach Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Regelung ist die Eröffnung die Regel, die Geheimhaltung bei Sonderungsfähigkeit die Ausnahme (*Bökelmann* JR 1984, 501; *Staudinger/Kanzleiter* § 2273 Rdnr. 5).

bb) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche die Beschwerdeführerin in Nr. II 2, Nr. II 3 und VI des Erbvertrags vom 6.5.1977 sowie Nr. II 2 des Erbvertrags vom 23.12.1980 getroffen hat, sich von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers nicht trennen lassen. Diese Verfügungen sind nicht nur sprachlich

zusammengefaßt („unser Sohn“, „unser Hausgrundstück“), sondern auch ihrem Inhalt nach beiden Ehegatten in gleicher Weise zuzuordnen. Dies gilt insbesondere auch für die Verfügungen, welche „der Überlebende von uns“ getroffen hat. Zur Zeit der Errichtung der Erbverträge haben die Ehegatten nicht gewußt, wer von ihnen zuerst versterben würde. Jeder von ihnen hat daher auch mit der Möglichkeit gerechnet, der Überlebende zu sein, und für diesen Fall verfügt (OLG Hamm FamRZ 1974, 387/389 und NJW 1982, 57; OLG Hamburg NJW 1965, 1969/1970; LG Stuttgart BWNotZ 1989, 81/82; *Staudinger/Kanzleiter* § 2273 Rdnr. 8; *Lange/Kuchinke* Erbrecht 3. Aufl. § 40 II 4 b; *Weirich* Handbuch des Erbrechts 2. Aufl. Rdnr. 287; *Steffen* RdL 1980, 4). Die von § 2273 BGB geforderte Sonderung ist nicht dadurch eingetreten, daß die Bestimmungen auf den Tod des Längerlebenden mit dem Tod des Erblassers endgültig zu Bestimmungen auf den Tod der überlebenden Ehefrau geworden sind (so *Langenfeld* NJW 1987, 1577/1582). Dies hat lediglich zur Folge, daß die Verfügungen auf den Tod des letztversterbenden Ehegatten als solche des Erstverstorbenen gegenstandslos geworden sind (BayObLG Rpfleger 1982, 424/425; OLG Köln DNotZ 1988, 721/722 mit Anm. von *Cypionka*; KG Rpfleger 1979, 137 [= DNotZ 1979, 556]), führt aber nicht dazu, daß sie dem Erstverstorbenen nicht mehr zuzuordnen wären.

cc) Zutreffend hat das Landgericht weiter ausgeführt, daß die Eröffnung und Verkündung der beiden Erbverträge sämtliche Verfügungen zu umfassen hat, die vom Erblasser herühren oder mitherrühren, gleichviel ob sie gültig oder ungültig oder als durch seinen Tod gegenstandslos geworden anzusehen sind (allgemeine Meinung, vgl. BGHZ 91, 105/108; RGZ 150, 315/318, BayObLG Rpfleger 1982, 424/425, jeweils m. w. N.). Es ist nicht Aufgabe des formalisierten Eröffnungsverfahrens, Zweifelsfragen hinsichtlich der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu entscheiden; hierüber ist im Erbscheinsverfahren oder vom Prozeßgericht zu befinden (BayObLGZ 1989 Nr. 53 und BayObLG Rpfleger 1982, 424/425, jeweils m. w. N.).

dd) Zutreffend hat das Landgericht auch zwischen dem Interesse der Beteiligten als der überlebenden Ehefrau an der Geheimhaltung ihres eigenen letzten Willens und dem Interesse der aus ihrer Ehe mit dem Erblasser hervorgegangenen Kinder an der Eröffnung und Bekanntgabe sämtlicher letztwilliger Verfügungen des Erblassers abgewogen. Den Konflikt zwischen dem Unterrichtsbedürfnis der Erben und dem Geheimhaltungsinteresse des Überlebenden hat der Gesetzgeber in § 2273 Abs. 1 BGB entschieden. Geheimzuhalten sind demnach nur die Verfügungen des Überlebenden, die sich von den Anordnungen des Erblassers sondern lassen (BGHZ 91, 105/109).

(1) Die Wahrung des Geheimhaltungsinteresses liegt in den Händen der Testierenden; sie können bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung die Schwierigkeiten bedenken und ausräumen, die beim ersten Erbfall hinsichtlich der Absonderung von Verfügungen des Überlebenden auftreten können (BGHZ 91, 105/110). Allein die Möglichkeit, daß dieses Ziel im Einzelfall nicht erreicht wird, kann eine Korrektur aus Billigkeitsgründen nicht rechtfertigen (vgl. BGHZ 88, 102/110 [= DNotZ 1984, 497]).

(2) Die gesetzlichen Erben, deren Informationsinteresse dem Geheimhaltungsbedürfnis der Beschwerdeführerin gegenübersteht, sind im vorliegenden Fall die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge (§ 2303 Abs. 1 BGB) der vertragsschließenden Ehegatten. Ein Vorrang des Unterrichts-

bedürfnisses pflichtteilsberechtigter Beteiligter wird auch von denjenigen nicht in Zweifel gezogen, die einen stärkeren Schutz des Überlebenden befürworten (LG Stuttgart BWNotZ 1989, 81/82; *Bühler* ZRP 1988, 59/61 und BWNotZ 1989, 82/83 f.; *Langenfeld* NJW 1987, 1577/1582).

(3) Im übrigen ist das Verfahren der Testaments- oder Erbvertragseröffnung auch nicht dazu bestimmt und geeignet, zu prüfen, ob im Einzelfall die umfassende Unterrichtung der als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen erforderlich ist (BayObLG Rpfleger 1982, 424/425 m. w. N.).

4. Unerheblich ist das Vorbringen der Rechtsbeschwerde, die vertragschließenden Ehegatten hätten den Willen gehabt, daß die auf den Tod des Längstlebenden von ihnen getroffenen letztwilligen Verfügungen beim ersten Erbfall nicht eröffnet werden sollten. Der Wille des Erblassers hat schon wegen § 2263 BGB außer Betracht zu bleiben. Die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten ist in § 2273 BGB geregelt. Danach hat nicht er, sondern das Nachlaßgericht über den Umfang der Eröffnung zu entscheiden (*Palandt/Edenhofer* § 2273 Anm. 2 m. w. N.). Der Umstand, daß auch die nicht sonderungsfähigen Verfügungen des überlebenden Ehegatten bekannt werden, ist eine Folge der von den vertragschließenden gewählten Form. Durch die Bekanntgabe möglicherweise entstehende Unannehmlichkeiten müssen hingenommen werden (vgl. BayObLGZ 1989 Nr. 53; KG Rpfleger 1979, 137/138).

5. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt. Neben der Beschwerdeführerin sind weitere Verfahrensbeteiligte nicht hervorgetreten. Ihre Verpflichtung, die Gerichtskosten zu tragen, ergibt sich aus der Kostenordnung.

23. FGG §§ 19, 23, 27; BGB §§ 133, 2100, 2109, 2353, 2363 (*Zur Auslegung des Begriffs „weitere Nacherben“ in einem notariellen Testament im Sinne der Anordnung einer Nachnacherbschaft*)

1. **Verfahrensgegenstand der weiteren Beschwerde, wenn ein Erbscheinsantrag vom Nachlaßgericht nicht ausdrücklich verbeschieden und beim Beschwerdegericht weiterverfolgt wird.**
2. **Auslegung eines Testaments, in dem der Erblasser im Zusammenhang mit Nacherbeneinsetzung nur Abkömmlinge bedacht hat, und zu den Voraussetzungen einer weiteren Nacherbeneinsetzung.**
3. **Wirksamkeit einer Nacherbeneinsetzung für einen über 30 Jahre nach dem Tod des Erblassers hinausreichenden Zeitraum.**
4. **In einem Erbschein, der einem Nacherben erteilt wird, ist der Tag anzugeben, an dem der Nacherbfall eingetreten ist.**

BayObLG, Beschluß vom 21.11.1989 — BReg. 1 a Z 56/89 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der damals 74jährige verwitwete Erblasser hatte am 8.6.1942 ein notariell beurkundetes Testament errichtet, das unter Nr. I lautet:

„Zu meinem alleinigen Erben setze ich meinen Sohn ein; derselbe ist aber verpflichtet, an meine Töchter A, B und C je 500,— RM — Fünfhundert Reichsmark — aus meinem von mir bei der Sparkasse hinterlegten Gelde zu zahlen, falls ich dies nicht schon bei meinem Lebzeiten getan habe. Meine Töchter erhalten diese Beträge als Ersatz

für ihre Erb- und Pflichtteilsrechte aus meinem Nachlasse; würden diese damit nicht zufrieden sein, so erhalten sie den ihnen zustehenden Pflichtteil.

Ist mein Sohn nicht bereit, mein Anwesen mit dem Geschäfte fortzuführen, so erhalten dieses Anwesen mit den vier Grundstücken und dem Geschäfte meine vier Kinder nach gleichen Teilen als Vermächtnis.

Das Erbe meines Sohnes belaste ich mit einer Nacherbfolge; Nacherben sind die Abkömmlinge meines Sohnes nach Stämmen. Verstirbt einer dieser Abkömmlinge, so sind weitere Nacherben in erster Linie dessen Geschwister nach gleichen Teilen und wenn diese ohne Abkömmlinge versterben in zweiter Linie meine vorgenannten drei Töchter oder deren gesetzliche Erben nach Stämmen.“

Der Erblasser ist 1943 verstorben. Das Nachlaßgericht hat seinem Sohn am 2.7.1943 einen Alleinerbschein mit Nacherbenvermerk erteilt. Der Sohn des Erblassers ist 1964 verstorben. Aus der ersten, später geschiedenen Ehe des Sohnes mit der Beteiligten zu 2 ist seine Tochter X., geboren 1932, hervorgegangen; aus der zweiten Ehe die Beteiligte zu 1, geboren 1949. Das Nachlaßgericht bewilligte auf Antrag der beiden Töchter des Vorerben am 2.3.1966 einen gemeinschaftlichen Erbschein, demzufolge der Erblasser mit dem am 2.9.1964 eingetretenen Nacherbfall von seinen beiden Enkelkindern (X und die Beteiligte zu 1) je zur Hälfte beerbt würde. Zum ungeteilt gebliebenen Nachlaß gehört ein Grundstück.

Am 7.10.1988 ist X verstorben, ohne Kinder und ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Einem gemeinschaftlichen Erbschein vom 13.12.1988 zufolge ist sie von ihrer Mutter, der Beteiligten zu 2, und von ihrer Halbschwester, der Beteiligten zu 1, je zur Hälfte beerbt worden.

Die Beteiligte zu 1 hat beim Nachlaßgericht beantragt, den gemeinschaftlichen Erbschein vom 2.3.1966 als unrichtig einzuziehen und einen neuen Erbschein des Inhalts zu erteilen, daß der Erblasser auf Grund des Testaments vom 8.6.1942 und des mit dem Tod des Vorerben eingetretenen Nacherbfalls sowie des mit dem Tod der Nacherbin X eingetretenen weiteren Nacherbfalls von der Beteiligten zu 1 allein beerbt worden sei. Sie meint, der Erblasser habe eine weitere Nacherbfolge angeordnet und weiterer Nacherbe sollte der jeweils überlebende Geschwisterteil sein. Die Beteiligte zu 2 ist diesem Antrag entgegengetreten.

Das Nachlaßgericht hat durch Beschluß vom 31.1.1989 den Einziehungsantrag zurückgewiesen. Dagegen hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt und beantragt, das Beschwerdegericht solle das Nachlaßgericht anweisen, den Erbschein vom 2.3.1966 einzuziehen und den beantragten neuen Erbschein zu erteilen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und angeordnet, daß die Beteiligte zu 1 die im Beschwerdeverfahren entstandenen notwendigen außergerichtlichen Auslagen der Beteiligten zu 2 zu erstatten habe. Außerdem hat das Landgericht den Geschäftswert auf 100 000 DM festgesetzt.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihre Anträge weiterverfolgt. Die Beteiligte zu 2 hat beantragt, die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. ...
2. ...
3. Die Ausführungen des Landgerichts beruhen auf Rechtsfehlern (§ 27 Satz 1 FGG, § 550 ZPO)

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß das Testament in dem Punkt, ob der Erblasser nur eine einzige Nacherbfolge oder auch eine weitere angeordnet hat, nicht eindeutig ist und deshalb ausgelegt werden muß. Eindeutig ist im Testament eine Nacherbfolge nach dem Sohn des Erblassers angeordnet (§ 2100 BGB). Sie sollte mit dessen Tode eintreten (§ 2106 Abs. 1 BGB). Mit der Benennung von „weiteren Nacherben“ für den Fall, daß einer der Abkömmlinge des Sohnes verstirbt, konnte eine Ersatznacherbeneinsetzung angeordnet sein (*Palandt/Edenhofer* § 2102 Anm. 3 m. w. N.), aber auch eine weitere Nacherbeneinsetzung in der Weise, daß die zunächst berufenen Nacherben bis zum Nacherbfall ihrerseits wieder Vorerben sind (*Palandt/Edenhofer* § 2100 Anm. 2 m. w. N.).

b) Die von den Tatsacheninstanzen vorgenommene Auslegung darf im Verfahren der weiteren Beschwerde zwar nur beschränkt nachgeprüft werden, nämlich darauf, ob sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut des Testaments nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt. Das ist einhellige Rechtsprechung (z.B. BayObLGZ 1986, 426/430 [= MittBayNot 1987, 157]).

c) Das Landgericht hat einen wesentlichen Umstand nicht berücksichtigt, nämlich den, daß der Erblasser in seinem Testament den Willen zum Ausdruck gebracht hat, nur von seinen Abkömmlingen beerbt zu werden. Er hat die Abkömmlinge seines Sohnes und beim Wegfall eines dieser Abkömmlinge dessen Geschwister eingesetzt, „in zweiter Linie“ seine drei Töchter, als letzte Erben deren „gesetzliche Erben nach Stämmen“; dies läßt wiederum darauf schließen, daß nur deren Abkömmlinge gemeint waren (§ 1924 Abs. 3 BGB), nicht auch deren Ehemänner. Nur die Abkömmlinge zu bedenken, ist zudem eine Absicht, die bei verwitweten Erblassern erfahrungsgemäß sehr häufig vorkommt. Diesen Umstand hat das Landgericht nicht gewürdigt, obwohl es nahegelegen hätte, ihn zu berücksichtigen. Der Wille des Erblassers, nur Abkömmlinge als Erben einzusetzen, ist im Testament so eindeutig zum Ausdruck gekommen, daß es dessen klarem Sinn widerspräche, die Beteiligte zu 2 als seit langem geschiedene Ehefrau des Sohnes nunmehr 45 Jahre nach dem Tod des Erblassers dessen Erbeserin werden zu lassen.

d) Auf diesen Auslegungsfehlern beruht die angefochtene Entscheidung; denn der Umstand, daß der Erblasser nur seine Abkömmlinge als Vor- oder Nacherben oder als weitere Nacherben einsetzen wollte, steht einer Testamentsauslegung entgegen, die dazu führt, daß der Erblasser nunmehr zu einem Viertel von seiner früheren Schwiegertochter als Erbeserin beerbt werden würde, weil sie den Nachlaßanteil, der ihrer Tochter neben der Beteiligten zu 1 zustand (§ 2032 BGB), im Wege der gesetzlichen Erbfolge (§ 1925 Abs. 1 und 3 Satz 1 BGB) erlangt hat. Hätte das Landgericht diesen Umstand berücksichtigt, hätte es anders entscheiden müssen, weil bei der Testamentsauslegung der wirkliche Wille des Erblassers gemäß dem § 133 BGB zu erforschen ist (allg. Meinung; z.B. *Palandt/Edenhofer* § 2084 Anm. 1 a).

4. Die weitere Beschwerde erweist sich als begründet. Die Entscheidung des Landgerichts muß aufgehoben werden, weil sie sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 27 Satz 2 FGG, § 563 ZPO). Der am 2.3.1966 ohne Nacherbenvermerk (§ 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB) bewilligte Erbschein ist nicht dadurch richtig geworden, daß der zweite Nacherbfall ab 10.5.1973 nicht mehr eintreten konnte; denn eine zweite Nacherbeneinsetzung ist nicht infolge des § 2109 Abs. 1 BGB unwirksam. Zwar waren beim Tod der ersten Tochter des Vorerben seit dem Erbfall mehr als 30 Jahre verstrichen; denn sie ist im Jahre 1988 verstorben und der Erbfall war im Jahre 1943 eingetreten. Es muß aber der Ausnahmefall des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB angewendet werden, so daß eine angeordnete zweite Nacherbfolge wirksam bleibt. Vorerbin wie Nacherbin im Sinne dieser Vorschrift war die verstorbene erste Tochter des ersten Vorerben. Auch der Tod ist ein bestimmtes Ereignis, das unter § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB fällt. Dies steht außer Streit (BayObLGZ 1975, 62/66 m. w. N.; *Soergel/Harder* BGB 12. Aufl. § 2109 Rdnr. 2). Die nunmehr verstorbene Tochter

des Vorerben hat auch zur Zeit des Erbfalls bereits gelebt; denn sie wurde 1932 geboren. Die dreißigjährige Frist des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB konnte daher für einen zweiten Nacherbfall beliebig überschritten werden (*Palandt/Edenhofer* § 2109 Anm. 2).

5. Es bedarf keiner Zurückverweisung. Der Senat kann die Entscheidung treffen, weil keine weiteren Ermittlungen nötig sind (*Bassenge/Herbst* § 27 FGG Anm. III 3 b). Der Beschwerde war stattzugeben. Das Landgericht hätte den Beschluß des Amtsgerichts aufheben, über die Einziehung des Erbscheins und über die Erteilung eines neuen Erbscheins entscheiden müssen.

a) Das Nachlaßgericht war anzuweisen, den Erbschein vom 2.3.1966 als unrichtig einzuziehen (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB)

aa) Diese Anordnung kann ergehen, obwohl seit der Erteilung des Erbscheins im Jahre 1966 ein langer Zeitraum vergangen ist (BayObLG FamRZ 1989, 99/102). Es steht auch nicht entgegen, daß die damaligen Beteiligten übereinstimmend davon ausgegangen sind, eine weitere Nacherbfolge sei nicht angeordnet (BGH NJW 1986, 1812/1813 [= DNotZ 1987, 109]). Dies gilt auch, wenn seitdem keine neuen Tatsachen eingetreten sind und die früher vom Nachlaßgericht vorgenommene Testamentsauslegung den Denkgesetzen nicht widersprochen hat (BayObLG a. a. O.).

bb) Der Erbschein ist mit dem zweiten Nacherbfall hinsichtlich der Erbfolge unrichtig geworden. Er war schon unrichtig, als er erteilt wurde, weil der gem. § 2363 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Nacherbenvermerk fehlte. Die Auslegung des Testaments ergibt, daß mit der Bezeichnung „weitere Nacherben“ eine weitere (zweite) Nacherbeneinsetzung erklärt und gewollt war. Nur auf diesem Wege konnte der Erblasser den eindeutig erklärten Willen, ausschließlich Abkömmlinge als Erben einzusetzen, für einen möglichst langen Zeitraum verwirklichen. Die anderen vom Landgericht angeführten und zur Auslegung herangezogenen Umstände treten demgegenüber zurück. Insbesondere ist es unerheblich, daß der Erblasser in dem vom Notar formulierten Testament das Wort „Nachnacherbe“ nicht verwendet hat und nicht ein zweites Mal das Wort „belastet“. Das letztere kann schon damit erklärt werden, daß er eine Wortwiederholung vermeiden wollte und davon ausging, daß mit der Formulierung „weitere Nacherben“ auch die beabsichtigte zweite Nacherbfolge genügend deutlich gemacht war. Nach den Erfahrungen des Senats ist das Wort „Nachnacherbe“ jedenfalls unter bayerischen Notaren nicht gebräuchlich. Dies dürfte schon 1942 so gewesen sein. Daher muß dieser Ausdruck in einem notariellen Testament nicht vermißt werden. Die Aussagen der drei Töchter aus dem Jahre 1943 sind ebensowenig geeignet, die Auslegung des Testaments in dem Sinne zu stützen, daß nur eine einzige Nacherbfolge angeordnet sei. Der von ihnen behauptete Wille des Erblassers, in erster Linie für den Fall vorsorgen zu wollen, daß der Sohn und Vorerbe aus dem Krieg nicht heimkehre, steht der Anordnung einer zweiten Nacherbfolge nicht entgegen.

b) Das Nachlaßgericht war anzuweisen, der Beteiligten zu 1 den beantragten Erbschein zu erteilen, weil sie mit dem zweiten Nacherbfall, nämlich dem Tode eines Abkömmlings des Vorerben, den Erblasser allein beerbt hat (§ 2139 BGB). Sie war neben ihrer Halbschwester X die einzige Tochter des ersten Vorerben und infolgedessen einzige Nacherbin des weiteren (zweiten) Nacherbfalls. Sie hat daher mit dem Tode

ihrer Halbschwester am 7.10.1988 den Erblasser allein beerbt. Als alleinige Nacherbin war sie antragsberechtigt (§ 2353 BGB; *Palandt/Edenhofer* § 2363 Anm. 3). Der Inhalt des Antrags entspricht der wirklichen Nacherbfolge; er muß im übrigen nicht wörtlich dem zu erteilenden Erbschein entsprechen (*Palandt/Edenhofer* § 2353 Anm. 3 c). Da es sich um eine Nacherbfolge handelt, muß der Tag angegeben werden, an dem sie eintritt (BayObLGZ 1965, 77/86; *Soergel/Damrau* § 2363 Rdnr. 12). Eine dritte Nacherbfolge kann wegen § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB nicht mehr eintreten; so daß es keines weiteren Nacherbenvermerks (§ 2363 Abs. 1 BGB) bedarf.

24. BeurkG §§ 7 Nr. 1, 27 (*Unwirksamkeit der Bestellung des Sozius des beurkundenden Notars zum Testamentvollstrecker*)

Die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Testamentvollstreckerernennung ist unwirksam, wenn der beurkundende Notar mit dem ernannten Testamentvollstrecker in einer Sozietät verbunden und an der im Testament vorgesehenen Testamentvollstreckervergütung über die Sozietätseinkünfte beteiligt ist.

OLG Oldenburg, Beschluß vom 26.10.1989 — 5 W 134/89 — (*rechtskräftig*) mitgeteilt vom Präsidenten des OLG Oldenburg

Aus dem Tatbestand:

In dem notariellen Testament vom 1.10.1985 — Ur-Nr. 540/85 des Notars H. — hat die Erblasserin Testamentvollstreckung angeordnet und den Antragsteller, der mit dem beurkundenden Notar in einer Sozietät verbunden ist, zum Testamentvollstrecker ernannt.

Dazu heißt es in § 3 des Testaments:

„Zum Testamentvollstrecker, dessen Tätigkeit angemessen honoriert werden soll, bestimme ich Herrn Rechtsanwalt X.“

Sollte der Testamentvollstrecker zur Übernahme seines Amtes nicht in der Lage sein, so soll der Landgerichtspräsident in Osnabrück einen Testamentvollstrecker bestimmen und zwar aus der Reihe der Juristen der Sozietät des beurkundenden Notars.“

Amtsgericht und Landgericht haben den Antrag auf Erteilung eines Testamentvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen, weil es sich um eine unzulässige selbstbegünstigende Beurkundung handele.

Aus den Gründen:

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde ist gemäß §§ 27, 29 FGG zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist die Testamentvollstreckerernennung zwar nicht wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Ziff. 1 BeurkG unwirksam. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine reine Sollbestimmung, deren Verletzung nicht zur Unwirksamkeit einer Beurkundung führt, sondern lediglich Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann (vgl. BGH NJW 1985, 2027 [= DNotZ 1985, 231]; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 48. Aufl., § 3 BeurkG Anm. 1).

Die Beurkundung verstößt aber gegen das Verbot, Willenserklärungen zu beurkunden, die darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen, § 7 BeurkG, wobei § 27 BeurkG die Ernennung zum Testamentvollstrecker ausdrücklich einer solchen vorteilhaften Zuwendung gleichstellt, weil sie regelmäßig mit der Erlangung

wirtschaftlicher Vorteile einhergeht (vgl. *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 9 unter Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 8 TestG abgedruckt in DJ 1938, 1255).

Hierzu haben die Tatsacheninstanzen verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Vergütung aus der Testamentsvollstreckertätigkeit aufgrund der bestehenden Sozietätsverhältnisse zu den Einkünften der Sozietät gehören und damit dem Antragsteller wie auch dem beurkundenden Notar zufließt. Auf diese Erzielung von Einkünften war das Testament — wie § 3 ausweist — auch gerichtet. Das wird auch von der weiteren Beschwerde nicht in Frage gestellt. Auf dieser Grundlage ist die Auffassung der Vorinstanzen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, der beurkundende Notar habe eine selbstbegünstigende, weil auf die Erlangung eines rechtlichen Vorteils gerichtete, mithin unwirksame Beurkundung vorgenommen.

Zwar wird in der Kommentarliteratur ohne jegliche Begründung im Anschluß an eine, allerdings nur vorläufige Stellungnahme der Bundesnotarkammer die Ansicht vertreten, daß eine solche Beurkundung weder gegen das Beurkundungs- noch gegen das Ständerecht verstößt (vgl. BNotK DNotZ 1976, 264; *Huhn/Schuckmann*, BeurkG, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 5, die allerdings die gesetzliche Regelung des § 27 BeurkG, soweit sie die Testamentsvollstreckerernennung betrifft, für bedauerlich halten, vgl. § 27 Rdnr. 7). Höchstrichterlich ist eine vergleichbare Fallgestaltung, soweit ersichtlich, noch nicht beurteilt worden. Der Bundesgerichtshof hat lediglich die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Testamentsvollstreckerernennung nicht allein deshalb für unwirksam erklärt, weil der beurkundende Notar mit dem ernannten Testamentsvollstrecker in einer Notarsozietät verbunden war (siehe Urteil vom 4.2.1987 — IV a ZR 229/85 — WM 1987, 564 [= MittBayNot 1987, 154]). Die Möglichkeit einer Beteiligung des beurkundenden Notars an der Testamentsvollstreckervergütung war aber nach den Urteilsfeststellungen „zumindest zweifelhaft und ... nicht vorgetragen“. Ebensovienig war das Testament auf einen derartigen Vorteil gerichtet. Das ist aber der entscheidende Unterschied zu der hier gegebenen Sachlage, bei der eine solche Zuwendung im Sinne von §§ 7, 27 BeurkG gerade feststeht.

Entgegen der vorgenannten Literaturansicht sieht der Senat weder Möglichkeit noch Anlaß, entgegen der gesetzlichen Regelung, die Beurkundung für wirksam zu erklären. Bereits die Auffassung, die Möglichkeit, daß der Notar sich zum Testamentsvollstrecker ernennen läßt, nur um sich den Vorteil der Testamentsvollstreckergebühren zuzuwenden, sei wegen des im Einzelfall bestehenden engen Vertrauensverhältnisses als gering einzuschätzen (vgl. *Huhn/Schuckmann* a. a. O., § 27 Rdnr. 7), vermag der Senat nicht zu teilen. Daß die Testamentsvollstreckergebühren einen mit der Ernennung auch erstrebten nicht zu vernachlässigenden Vorteil darstellen, erscheint nicht zweifelhaft. Abgesehen davon will diese Vorschrift eine Beeinflussung der Willensbildung und Willensäußerung des Erblassers zugunsten des Notars ausschließen (BGB RGRK-Kregel, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 1; *Jansen*, a. a. O., § 27 Rdnr. 1). Diese Warn- und Sicherungsfunktion im Hinblick auf eine von der Urkundsperson weitgehend unabhängige Selbstbestimmung bei der Festlegung des Erblasserwillens wird auch dann noch erreicht, wenn — was überwiegend für zulässig angesehen wird — der Erblasser die Testamentsvollstreckerernennung in einem privatschriftlichen Zusatztestament vornehmen kann (vgl. *Städinger/Firsching*, BGB, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 2;

Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 12. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 9; *Burkart* in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 27 BeurkG Rdnr. 10: „nicht ratsam, wenn auch nicht ungültig“). Denn jedenfalls kann der Notar in diesen Fällen die entsprechende Klausel nicht mehr routinemäßig in den Urkundstext aufnehmen, sondern muß den Erblasser gesondert darüber belehren, warum bei einer so gewollten Testamentsvollstreckerernennung anders vorzugehen ist, damit sie wirksam ist. Eine Umgehung der gesetzlichen Formstrenge bedeutet dies entgegen der weiteren Beschwerde nicht.

Auch das von der Beschwerde weiterhin hervorgehobene besondere Vertrauensverhältnis ausschließlich zu dem beurkundenden Notar und dem benannten Sozios fällt demgegenüber ebensowenig ins Gewicht wie etwaige Schwierigkeiten, die Rechtslage einem Erblasser deutlich zu machen. Allein die gegebenen Möglichkeiten von Interessenkollisionen stehen der Zulässigkeit einer Beurkundung solcher Klauseln entgegen, die darauf gerichtet sind, die Einkünfte aus der Sozietät und damit auch die Einkünfte des beurkundenden Notars zu erhöhen. Für eine von der weiteren Beschwerde angeregte Einholung einer gutachtlichen Stellungnahme der für den hiesigen Bezirk zuständigen Notarkammer war in der Rechtsbeschwerdeinstanz kein Raum. Daß die Tatsacheninstanzen von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben, bedeutet keinen Verfahrensfehler.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

25. BNotO § 21 (*Internationale Zuständigkeit für die Erteilung von Vertretungsbescheinigungen*)

Ein deutscher Notar ist auch zuständig, unter Einsichtnahme in ausländische Register Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, die sich auf eine ausländische Gesellschaft beziehen.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Aachen, Beschluß vom 20.4.1988 — 3 T 20/88 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 2) und 3) streiten sich vor dem Oberlandesgericht Frankfurt in II. Instanz über Räumungs- und Zahlungsansprüche der Beteiligten zu 3) gegen die Beteiligte zu 2). Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27.10.1987 wurde der Beteiligten zu 3), einer Gesellschaft niederländischen Rechts in der Rechtsform einer BV, aufgegeben, ihre Vertretungsverhältnisse klarzustellen. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23.11.1987 überreichte sie eine Vertretungsbescheinigung des Beteiligten zu 1) vom 6.11.1987 über ihre Vertretungsverhältnisse.

Die Bet. zu 2) beantragte, den Bet. zu 1) anzuweisen, die erteilte Bescheinigung einzuziehen.

Aus den Gründen:

Der Antrag der Beteiligten zu 2) ist in analoger Anwendung von § 15 BNotO zulässig. Nach § 21 BNotO gehört es zu den Amtspflichten eines Notars, Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, sofern sich diese aus einer Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register ergibt. Verweigert der Notar seine Amtstätig-

keit ohne ausreichenden Grund, so entscheidet über Beschwerden eine Zivilkammer des Landgerichts im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nichts anderes kann gelten, wenn der Notar eine derartige Amtstätigkeit unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften ausübt und dadurch in die Rechte Dritter eingreift. Die Beschwer der Beteiligten zu 2) folgt hier aus der Beweiskraft der erstellten Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 2 BNotO. Soweit es die Beteiligte zu 2) unterlassen hat, den Beteiligten zu 1) zuvor selbst zur Einziehung der Bescheinigung aufzufordern, ist dieser Mangel durch den Zurückweisungsantrag des Beteiligten zu 1) in diesem Verfahren geheilt.

In der Sache selbst hat die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2) keinen Erfolg. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) ist die von dem Beteiligten zu 1) erstellte Bescheinigung nicht mangels internationaler Zuständigkeit des Beteiligten zu 1) unwirksam. Die Kammer schließt sich insoweit der in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Auffassung an, daß es sich bei der Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO ihrem Wesen nach um eine gutachterliche Stellungnahme handelt, da sie über die bloße Wiedergabe des Registerinhalts hinaus notwendigerweise auch rechtliche Schlußfolgerungen des Notars enthält (vgl. *Seybold/Hornig*, 5. Aufl., § 21 BNotO Rdnr. 15). Gutachterliche Äußerungen des Notars können sich jedoch auf inländische als auch auf ausländische Sachverhalte erstrecken. Daß die nach § 21 Abs. 2 S. 1 BNotO erforderliche Tatsachenermittlung hier im Ausland erfolgen mußte, steht dem nicht entgegen, da der Schwerpunkt der Tätigkeit des Notars bei der Niederlegung der rechtlichen Schlußfolgerungen, nicht bei der Einsichtnahme in das Register liegt. Dies ergibt sich bereits daraus, daß die Einsichtnahme nach ganz herrschender Meinung durch Hilfspersonen erfolgen kann (vgl. *Seybold/Hornig*, 5. Aufl., § 21 BNotO Rdnr. 18).

Eine einengende Betrachtungsweise ist insoweit nicht geboten, da im Grenzverkehr mit den europäischen Nachbarländern gewisse Grenzüberschreitungen, die die Hoheitsrechte der Nachbarländer bzw. umgekehrt diejenigen der Bundesrepublik Deutschland nicht verletzen, nicht zu vermeiden sind. Ob ein Notar über das bislang gesagte hinaus nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, Vertretungsbescheinigungen unter Einsichtnahme in ausländische Register zu erstellen, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Entscheidung.

C.

Kostenrecht

26. § 19 Abs. 4 KostO n.F. (*Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung des Geschäftswertes bei landwirtschaftlichen Betriebsübergaben*)

Gegen die Verfassungsmäßigkeit der Begrenzung des Geschäftswertes auf das Vierfache des Einheitswertes bei landwirtschaftlichen Betriebsübergaben durch den am 1.7.1989 in Kraft getretenen § 19 Abs. 4 KostO n.F. bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

OLG Hamm, Beschluß vom 4.12.1989 — 15 W 425/89 — mitgeteilt von *Konrad Arps*, Richter am OLG Hamm

D.

Steuerrecht

27. ErbStG 1974 § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 2; BewG § 121 a (*Zur Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs durch Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungs Statt*)

Wird zur Befriedigung eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs ein Grundstück an Erfüllungs Statt hingegeben und verpflichtet sich der Pflichtteilsberechtigte wegen des seinen Anspruch übersteigenden Werts des Grundstücks zu Leistungen, so ist der Wert des Grundstücks nur in dem Ausmaß der Besteuerung des Erwerbs von Todes wegen zugrunde zu legen, in dem der Pflichtteilsberechtigte das Grundstück aufgrund seines Pflichtteilsanspruchs erworben hat.

BFH, Urteil vom 21.6.1989 — II R 135/85 —

Aus dem Tatbestand:

Der Erblasser hatte einen leiblichen Sohn und einen Adoptivsohn. Der Adoptivsohn ist aufgrund letztwilliger Verfügung Alleinerbe.

Ein Zivilrechtsstreit zwischen dem Alleinerben und dem Pflichtteilsberechtigten (leiblicher Sohn) wurde vor dem BGH dahin verglichen, daß der Alleinerbe zur Abgeltung des Pflichtteilsanspruchs 370 000 DM und 60 000 Südafrikanische Rand zahlt. Die DM-Schuld sollte dadurch erfüllt werden, daß der Pflichtteilsberechtigte das Eigentum an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück an Erfüllungs Statt erhält. Der Pflichtteilsberechtigte übernahm eine auf dem Grundstück lastende Grundsuld samt der gesicherten Verbindlichkeit in Höhe von rd. 75 000 DM. Er verpflichtete sich außerdem, an den Alleinerben als Wertausgleich 150 000 DM zu zahlen.

Aus den Gründen:

1. ...

Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 u. a. der Erwerb „auf Grund eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs“. Das FG hat zutreffend angenommen, daß der Erwerb des Pflichtteilsberechtigten dem Grunde nach der Erbschaftsteuer nach dieser Vorschrift unterliegt. Denn der vor dem BGH abgeschlossene Prozeßvergleich, der den Streit über das Bestehen und die Höhe der erbrechtlichen Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten beendete, beinhaltet auch die in diesem Rahmen erklärte Anerkennung des geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs.

Hinsichtlich der Höhe des geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs spricht der Vergleich dem Pflichtteilsberechtigten zwei selbständig nebeneinandertretende Ansprüche zu, nämlich einen in Deutscher Mark bezifferten Anspruch und einen weiteren Anspruch auf 60 000 Rand. Hinsichtlich der Erfüllung dieser Ansprüche sind jeweils selbständige Regelungen getroffen. Das FG geht davon aus, die Verpflichtung des Pflichtteilsberechtigten zur Zahlung eines Wertausgleichs stehe wirtschaftlich im Zusammenhang mit der Begründung der auf Südafrikanische Rand lautenden Forderung und erhalte dadurch den Charakter „eines gegenüber der das Grundstück betreffenden Vereinbarung verselbständigten Vorgangs“. Damit hat es die Grenzen der möglichen Auslegung des Prozeßvergleichs überschritten; denn das Ergebnis des Vergleichs war die Begründung von zwei selbständig nebeneinander bestehenden Forderungen. Die Vereinbarungen über die Erfüllung dieser Forderungen können nicht deren Selbständigkeit aufheben.

Neben der eingeräumten Forderung auf 60 000 Rand hat der Pflichtteilsberechtigte das Grundstück unter gleichzeitiger Begründung einer Leistungsverpflichtung über 150 000 DM

und bei gleichzeitiger Übernahme der Verbindlichkeit, zu deren Sicherung das Grundpfandrecht eingetragen war, an Erfüllungs Statt für den von ihm geltend gemachten und im Vergleich auf (zusätzlich) 370 000 DM bezifferten weiteren Anspruch erhalten.

Das FG ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (vgl. Urteil in BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350 [= MittBayNot 1982, 152], s. auch Urteil in BFHE 134, 370, BStBl II 1982, 76 [= MittBayNot 1982, 151]) davon ausgegangen, daß bei Hingabe an Erfüllungs Statt für einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch der Besteuerung des Pflichtteilsberechtigten nach dem ErbStG die an Erfüllungs Statt hingegebenen Wirtschaftsgüter mit ihrem erb-schaftsteuerrechtlichen Wert (§ 12 ErbStG 1974) zugrunde zu legen sind. Das gilt im vorliegenden Fall nicht nur für die auf 60 000 Rand bezifferte Forderung, sondern auch für die Grundstücksleistung an Erfüllungs Statt. Es hat bei seiner Entscheidung jedoch übersehen, daß der Pflichtteils-berechtigte wegen des überschießenden Werts des hin-gegebenen Grundstücks den Alleinerben von einer Verbind-lichkeit in Höhe von rd. 75 000 DM befreit hat, und es hat weiter in diesem Zusammenhang — rechtlich unzutref-fend — die Zahlung des Pflichtteilsberechtigten in Höhe von 150 000 DM außer acht gelassen.

Dem Pflichtteilsberechtigten ist das Grundstück nicht nur aufgrund des von ihm geltend gemachten Pflichtteilsan-spruchs an Erfüllungs Statt hingegeben worden, sondern auch um der von ihm zu erbringenden Leistungen wegen. Der Wert des Grundstücks (§ 12 Abs. 2 ErbStG 1974 i. V. m. § 121 a BewG) kann deshalb nicht in vollem Umfang der Besteuerung des Erwerbs des Pflichtteilsberechtigten zugrunde gelegt werden, sondern nur in dem Ausmaß, in dem der Pflichtteilsberechtigte das Grundstück lediglich aufgrund des Pflichtteilsanspruchs erworben hat. Dabei können die Leistungen des Pflichtteilsberechtigten, die ihren Grund im überschießenden Verkehrswert des Grund-stücks gegenüber dem zu befriedigenden Anspruch aus Pflichtteilsrecht haben, jedoch nicht vom Wert des Grund-stücks abgezogen werden. Denn der Erwerb des Grund-stücks aufgrund geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs kann nur so weit reichen, als es anteilig um dieses Anspruchs willen hingegeben wurde. Das bedeutet im vor-liegenden Fall, daß der Wert des Grundstücks nur in dem Verhältnis der Besteuerung des Erwerbs von Todes wegen zugrunde gelegt werden kann, in dem die vergleichsweise begründete und durch die Hingabe des Grundstücks er-loschene Forderung zu den Leistungen des Pflichtteils-berechtigten steht.

28. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 (*Schenkung-steuerpflicht einer Schenkung unter Widerrufsvorbehalt*)

Der Umstand, daß eine (vollzogene) Schenkung unter freiem Widerrufsvorbehalt steht oder auch dem Zuwendenden eine Verfügungsvollmacht des Zuwendungsempfängers erteilt wird, steht der Schenkungsteuerpflicht nicht entgegen (Einschränkung der Entscheidung vom 28.11.1984 II R 133/83, BFE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= MittBayNot 1989, 133])

BFH, Urteil vom 13.9.1989 — II R 67/86 —

29. EStG § 10 e Abs. 1; AO 1977 § 39 Abs. 2 Nr. 1 (§ 10 e EStG nicht anwendbar bei Bau auf fremdem Grund und Boden)

Wer auf fremdem Grund und Boden Gebäude errichtet, die wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sind, ist regel-mäßig weder zivilrechtlicher noch wirtschaftlicher Eigen-tümer (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977). Ihm stehen keine Abzugs-beträge nach § 10 e EStG zu.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

FG München, Urteil vom 11.9.1989 — 15 K 2152/89 — (*rechts-kräftig*)

Aus dem Tatbestand:

Streitig ist, ob ein Bau auf fremdem Grund und Boden die Steuer-begünstigung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung im eigenen Haus rechtfertigt.

Die Kläger sind Eheleute, die in den Streitjahren Einkünfte aus nicht-selbständiger Arbeit erzielten, die Klägerin bis 31.8.1987; sie ist seitdem Hausfrau.

Die Kläger haben im Jahr 1987 auf dem Grundstück der Eltern der Klägerin einen Anbau errichtet, den sie seit September 1987 selbst bewohnen. Unstreitig erfolgte der Anbau nicht aufgrund eines ding-lichen Rechts an dem Grundstück, vielmehr nach Auskunft der Kläger in der Erwartung, daß sie einmal den Altbestand sowie das gesamte Grundstück infolge Erbregelung erhalten werde.

Mit ihren Einkommensteuererklärungen 1987 und 1988 haben die Kläger im Zusammenhang mit diesem Anbau Abzugsbeträge nach § 10 e EStG i. H. v. 4 638 DM (1987) und 5 070 DM (1988) geltend gemacht.

Das Finanzamt hat diese Beträge bei der Festsetzung des Lohn-steuererstattungsantrags durch (gemeinsamen) Lohnsteuerjahres-ausgleich 1987 und 1988 nicht berücksichtigt. Der Einspruch der Kläger ist erfolglos geblieben.

Mit ihrer Klage vertreten die Kläger die Auffassung, daß ein ent-sprechender Sonderausgabenabzug zu gewähren sei. Anspruchsberechtigt sei nach § 10 e Abs. 1 EStG auch der wirtschaftliche Eigentümer eines Gebäudes, das heiße der, der die Herstellungskosten und Anschaffungskosten getragen hat. Es gebe somit grund-sätzlich zwei verschiedene Anspruchsberechtigte, nämlich den bürgerlichrechtlichen und den wirtschaftlichen Eigentümer. Wie durch die Unterschrift gegenüber der zuständigen Baubehörde belegt sei, sei die Grundstückseigentümerin mit der Bebauung ein-verstanden gewesen. Dies rechtfertige den Schluß darauf, daß im Streitfall wirtschaftliches Eigentum der Kläger gegeben sei.

Das Finanzamt beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Kläger seien nicht wirtschaftliche Eigentümer des Grundstücks bzw. des Gebäudes gewesen. Zu einer anderen Auffassung könne man auch nicht deshalb kommen, weil im Jahre 1989 das Eigentum am Grundstück übertragen worden sei.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Gemäß § 10 e Abs. 1 EStG 1987 (zum zeitlichen Geltungs-bereich vgl. § 52 Abs. 1 EStG 1987) kann der Steuerpflichtige von den Herstellungskosten einer Wohnung in einem im Inland belegenen eigenen Haus ... im Jahr der Fertigstel-lung und in den folgenden sieben Jahren jeweils bis zu 5 v.H., höchstens jeweils 15 000 DM wie Sonderausgaben abziehen.

Allein mit zivilrechtlichen Maßstäben beurteilt haben die Kläger im Streitjahr über keine Wohnung im eigenen Haus verfügt. Ihnen gehörte weder das Hauptgebäude noch der Anbau. Der Anbau ist im Sinne von § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Die Kläger waren aber nicht Eigentümer dieses Grundstücks. Der Sonderfall eines Scheinbestandteils i. S. v. § 95 Abs. 1 BGB liegt im Streitfall nicht vor. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil man jedenfalls im Verhältnis näher

Angehöriger nicht davon ausgehen kann, daß ein auf dem Grundstück des Angehörigen errichteter Anbau nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden wurde (vgl. *Stuhrmann*, DStR 1987, 547 TNr. III b). Für einen hiervon abweichenden Sachverhalt gibt es keinen Anhaltspunkt. Auch § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB trifft nicht zu. Diese Vorschrift setzt voraus, daß ein Gebäude auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines dinglichen Rechts (vgl. *Palandt*, Kommentar zum BGB, § 95 Anm. 3) errichtet wurde. Die Kläger hatten aber kein derartiges dingliches Recht.

Bleibt die Möglichkeit, daß den Klägern am Anbau wirtschaftliches Eigentum zustand (§ 39 AO 1977).

Es kann aber zunächst schon zweifelhaft sein, ob § 10 e EStG eine vom Zivilrecht abweichende Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums in dem Umfang erfaßt, wie sie die Kläger erstreben. § 10 e EStG bezweckt — wie früher die Förderung nach § 7 b EStG — (u.a.) die Erleichterung der Vermögensbildung durch Erwerb von Wohnungseigentum (vgl. BT-Drucks. 10/3633, Begründung: I. Allgemeiner Teil). Die Art des Wohnungseigentums hebt § 10 e EStG dadurch hervor, daß er die Förderung auf ein *eigenes* Haus (bzw. eine *eigene* Eigentumswohnung) bezieht. Dies muß umso mehr auffallen, als § 7 b EStG eine derartige Festlegung nicht enthielt, sondern mehr oder minder auf die Zurechnung des begünstigten Objekts auf den Steuerpflichtigen (vgl. z.B. § 7 b Abs. 6 Satz 1 EStG) sowie ansonsten auf den Bauherrn und dessen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten abhob. Während ein nach zivilrechtlichen Maßstäben fremdes Gebäude gegebenenfalls über § 39 AO 1977 wirtschaftlich dem Steuerpflichtigen *zugerechnet* werden kann, deutet die Wahl des Begriffs „*eigenes* Haus“ und die Nichtverwendung des Begriffs „*Bauherr*“ darauf hin, daß der Gesetzgeber dem wirtschaftlichen Eigentum im Rahmen des § 10 e EStG keinen wesentlichen Raum geben wollte. Der Gegenauffassung (vgl. z.B. *Schmidt/Drenseck*, EStG, 8. Aufl. 1989, § 10 e Anm. 6 a) ist entgegenzuhalten, daß sie ihre Position kaum begründet. Soweit sie etwa das Erbbaurecht als Beleg anführt, läßt sie außer Betracht, daß insoweit bereits zivilrechtlich ein aufgrund Erbbaurecht errichtetes Gebäude dem Bauenden zuzurechnen ist, weil das Erbbaurecht selbst wie ein Grundstück behandelt wird (vgl. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, *Palandt*, a. a. O., Anm. 4).

Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, daß § 10 e EStG auch wirtschaftliches Eigentum bzw. die Bildung eines Wirtschaftsguts Gebäude, das der Steuerpflichtige zu eigenen Wohnzwecken selbst nutzt, in der Hand des Steuerpflichtigen fördern will, kann den Klägern die Förderung nach § 10 e EStG nicht zugebilligt werden. Denn sie sind nicht wirtschaftliche Eigentümer des Anbaus geworden.

Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977 ist jemandem ein Wirtschaftsgut abweichend von der Eigentumslage zuzurechnen, wenn er die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, daß er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.

Darüber, wann dies bei Bauten auf fremdem Grund und Boden der Fall ist, besteht Streit. Einige Stimmen im Schrifttum halten dies schon bei einer Gestattung des Grundstückseigentümers bezüglich des Baues für möglich (vgl. z.B. *Schmidt/Drenseck*, a. a. O., § 10 e Anm. 6 f.; *Stephan*, DB 1987, 297/302 f., dort auch zur Rechtsentwicklung; *ders.*, Die Besteuerung selbstgenutzten Wohneigentums, 2. Aufl. 1987, 39, 132 f; *Obermeier*, Das selbstgenutzte Wohneigen-

tum ab 1987, 2. Aufl. 1988, Tz. 101; *Meyer-Scharenberg*, DStR 1986, 785). Andere heben darauf ab, ob aufgrund eindeutiger Vereinbarungen der zivilrechtliche Eigentümer von Grund und Boden und Gebäude in seiner Verfügungsmacht zugunsten des Gebäudeerbauers beschränkt ist (so z.B. *Blümich/Falk*, EStG/KStG/GewStG, 13. Aufl., § 10 e EStG Tz. 143), insbesondere das schuldrechtliche Nutzungsverhältnis unkündbar vereinbart ist, der Gebäudeerbauer die Gebäudeherstellungskosten, die laufenden Bewirtschaftungskosten und gegebenenfalls die Finanzierungskosten selbst trägt, ihm andererseits für den Fall der Beendigung des Nutzungsverhältnisses eine angemessene Entschädigung für das von ihm errichtete Gebäude zusteht (vgl. etwa *Jaser/Wacker*, Die neue Eigenheimbesteuerung, 3. Aufl. 1987, S. 137 f.). Schließlich wird auch die Auffassung vertreten, daß für Gebäude auf fremdem Grund und Boden, die wesentlicher Bestandteil dieses Grund und Bodens sind, regelmäßig die Annahme wirtschaftlichen Eigentums des Bauenden ausscheidet (BMFS vom 15.5.1987 IV B 1 S 2225 a — 63/87, BStBl I 1987, 434; *Stuhrmann*, a. a. O., TNr. III c; *Märkle/Franz*, Selbstgenutztes Wohneigentum, 2. Aufl. 1987, S. 16 f.; *Fricke*, Das Wohneigentum in der Einkommensteuer [1988], S. 50).

Die Rechtsprechung des BFH lehnt es in vergleichbaren Fällen im Regelfall ab, ohne weiteres wirtschaftliches Eigentum dessen anzunehmen, der auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude errichtet hat (vgl. BFH-Urteile vom 27.9.1988 VIII R 193/83 BStBl II 1989, 414; vom 20.5.1988 III R 151/86 BStBl II 1989, 269; vom 16.10.1984 IX R 71/84 BStBl II 1985, 154 [= MittBayNot 1985, 95]; vom 21.12.1978 III R 20/77 BStBl II 1979, 466 — Einheitsbewertung —; vom 21.10.1978 VIII R 182/75 BStBl II 1979, 399 — Betriebsvermögen).

Der Senat folgt der Rechtsprechung des BFH sowie der letztgenannten Auffassung im Schrifttum. Nur diese Auffassung läßt sich zwanglos aus § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO 1977 herleiten. Mit dem Gesetz in Widerspruch steht etwa die Ansicht, daß der Anspruch nach § 951 BGB wirtschaftliches Eigentum des Gebäudeerbauers begründen könnte. Denn dieser Anspruch schließt die Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers ebensowenig aus wie ein nicht ordentlich kündbares schuldrechtliches Nutzungsverhältnis. Daß der Gebäudeerbauer selbst die Herstellungskosten des Gebäudes trägt, liegt regelmäßig im Wesen der Gestaltung zum Bau auf fremdem Grund und Boden und liefert kein Argument für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums (vgl. schon BFH-Urteil vom 30.4.1954 III 169/53 U BStBl III 1954, 194).

Hiernach beurteilt, ist es nicht möglich, den Klägern den Anbau gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO 1977 zuzurechnen.

Selbst wenn man im Streitfall berücksichtigt, daß die Kläger i. S. v. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG letzte Alternative AO 1977 bezüglich des Anbaus Eigenbesitz gehabt haben, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung der Sache. Denn diese Gesetzesalternative dehnt keineswegs die Möglichkeit zur Annahme wirtschaftlichen Eigentums aus, sondern knüpft an die in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO 1977 aufgestellten Voraussetzungen an; anderenfalls wäre die letztgenannte Vorschrift in wesentlichen Bereichen ohne Bedeutung. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO 1977 enthält nur Klarstellungen.

Aus vorstehenden Ausführungen folgt, daß der Anbau der Kläger in den Streitjahren keine von ihnen selbstgenutzte Wohnung im *eigenen* Haus dargestellt hat, weswegen das Finanzamt zu Recht die Steuerbegünstigung nach § 10 e EStG versagt hat.

IV. Hinweise für die Praxis

1. Schenkungsteuer;

hier: Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder betreffend den Gegenstand der Schenkung bei Geldhingabe zum Erwerb eines Grundstücks oder zur Errichtung eines Gebäudes

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 2.11.1989 — Az.: 34 — S 3806 — 1/80 — 65 373

Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (zuletzt Urteil vom 3.8.1988, BStBl II S. 1025 [= MittBayNot 1989,48]) kann die Hingabe von Geld zum Erwerb eines Grundstücks oder zur Errichtung eines Gebäudes als Schenkung von Grundbesitz anzusehen sein. Das gilt auch dann, wenn nicht die gesamten Kosten der Anschaffung oder Errichtung vom Schenker getragen werden. In diesen Fällen kann eine Schenkung des dem Geldbetrag entsprechenden Teils des Grundstücks vorliegen. Entscheidend ist, was dem Bedachten nach dem erkennbaren Willen des Zuwendenden verschafft werden soll.

I. Schenkung des Geldbetrags unter einer Auflage

In der Hingabe von Geld zum Erwerb eines Grundstücks — sei es in Höhe der vollen oder eines Teils der Anschaffungskosten — ist eine Geldschenkung unter einer Auflage zu sehen, wenn der Schenker dem Beschenkten gegenüber lediglich zum Ausdruck bringt, daß dieser für den zugewendeten Geldbetrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung ein Grundstück erwerben soll, ohne daß dabei schon feststeht, um welches Grundstück es sich genau handelt. Entsprechendes gilt, wenn der Schenker den Beschenkten lediglich verpflichtet, auf einem diesem gehörenden Grundstück nach eigener Vorstellung ein Gebäude zu errichten bzw. den Geldbetrag für die Errichtung eines solchen Gebäudes mit zu verwenden (= Baukostenzuschuß), ohne daß bereits bei Ausführung der Zuwendung ein konkretes Bauvorhaben besteht.

Die Schenkung gilt mit der Geldhingabe als ausgeführt. Da die Auflage dem Beschenkten selbst zugute kommt, ist sie nicht abzugsfähig (§ 10 Abs. 9 ErbStG). Es unterliegt deshalb der volle Geldbetrag der Besteuerung.

II. Mittelbare Schenkung eines Grundstücks

1 Hingabe von Geld zum Erwerb eines Grundstücks

1.1 Der Schenker übernimmt den vollen Kaufpreis

Wird eine Schenkung in der Weise ausgeführt, daß der Schenker für die Anschaffung eines genau bestimmten Grundstücks den dafür erforderlichen vollen Kaufpreis

zur Verfügung stellt, so ist das Grundstück als zugewendet anzusehen. Die Schenkung gilt erst in dem Zeitpunkt als ausgeführt, in dem das Grundstück auf den Beschenkten übergeht. Es ist mit seinem steuerlich maßgebenden Wert anzusetzen.

Übernimmt der Schenker die Kosten für den Erwerb eines bestimmten Grundstücks mit einem Gebäude im Zustand der Bebauung (z.B. einem Rohbau), ohne auch die Kosten für die endgültige Fertigstellung des Gebäudes zu tragen, so ist die Zuwendung mit dem Steuerwert für ein Grundstück im Zustand der Bebauung anzusetzen (§ 91 Abs. 2 BewG; § 12 Abs. 4 ErbStG).

1.2 Der Schenker übernimmt einen Teil des Kaufpreises für ein Grundstück

Will der Schenker dem Beschenkten nur einen Teil eines bestimmten Grundstücks zuwenden und wird die Schenkung in der Weise ausgeführt, daß der Schenker nur einen Teil des im übrigen vom Beschenkten aus eigenen Mitteln aufzubringenden Kaufpreises für dieses Grundstück übernimmt, so gilt der Teil des Grundstücks als zugewendet, der dem Verhältnis des zugewendeten Geldbetrags zum Gesamtkaufpreis entspricht. Stellt der Schenker dem Beschenkten für die Anschaffung eines mit Hypotheken oder Grundschulden belasteten Grundstücks den Restkaufpreis zur Verfügung, während die Hypotheken und Grundschulden vom Beschenkten übernommen werden, so gilt der dem Restkaufpreis entsprechende Teil des Grundstücks als zugewendet. Dabei ist es gleichgültig, ob Gläubiger der Hypothek usw. der Schenker oder ein Dritter ist. Trägt der Schenker nur einen Teil des Restkaufpreises, so gilt der diesem Teil entsprechende Teil des Grundstücks als zugewendet.

Trägt der Schenker nur einen unbedeutenden Teil des im übrigen vom Beschenkten aufgebrauchten Kaufpreises, so ist nach allgemeiner Lebenserfahrung in der Regel davon auszugehen, daß der Schenker lediglich einen Geldzuschuß zu einem vom Beschenkten in vollem Umfang für eigene Rechnung erworbenen Grundstück geleistet hat. Was als unbedeutender Teil des Kaufpreises anzusehen ist, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Es bestehen jedoch keine Bedenken, bis etwa 10 v.H. des im übrigen vom Beschenkten aufgebrauchten Kaufpreises als unbedeutend anzusehen.

1.3 Übernahme des Kaufpreises durch mehrere Schenker

Die vorangegangenen Ausführungen gelten entsprechend, wenn mehrere Schenker gemeinsam Geld für die Anschaffung eines bestimmten Grundstücks zur Ver-

fügung stellen. Soweit eine Grundstücksschenkung anzunehmen ist, gilt jeweils von dem einzelnen Schenker der Teil des Steuerwerts des Grundstücks als zugewendet, der dem Verhältnis des von ihm zugewendeten Geldbetrags zum Gesamtkaufpreis entspricht.

2. Hingabe von Geld zur Errichtung eines Gebäudes

2.1 Der Schenker übernimmt die Kosten des Erwerbs eines Grundstücks und der anschließenden Errichtung eines Gebäudes

Wenn der Schenker die Kosten des Erwerbs eines bestimmten unbebauten Grundstücks und der im Anschluß daran auf diesem Grundstück erfolgenden Errichtung des Gebäudes übernimmt, so liegt eine einheitliche Zuwendung eines bebauten Grundstücks vor. Maßgebend ist der Steuerwert des bebauten Grundstücks. Das gleiche gilt, wenn der Schenker die Kosten des Erwerbs eines Grundstücks im Zustand der Bebauung und die Restkosten für die Fertigstellung des Gebäudes übernimmt. Übernimmt der Schenker zwar die vollen Kosten des Erwerbs eines Grundstücks, aber nur einen Teil der Kosten der Errichtung bzw. Fertigstellung des Gebäudes, so ist vom Steuerwert des bebauten Grundstücks der Teil anzusetzen, der dem Verhältnis des insgesamt hingegebenen Geldbetrags zu den Gesamtkosten für Grundstückserwerb und Gebäudeerrichtung entspricht.

2.2 Der Schenker übernimmt die Kosten der Errichtung eines Gebäudes

Wenn der Schenker die Kosten der Errichtung eines Gebäudes auf einem dem Beschenkten bereits gehörenden oder von ihm noch zu erwerbenden Grundstück übernimmt, so gilt der Teil des Steuerwerts des bebauten Grundstücks als zugewendet, der auf das Gebäude entfällt. Als Gebäudewertanteil gilt

- bei Ermittlung des Einheitswerts nach dem Ertragswertverfahren der Einheitswert des bebauten Grundstücks abzüglich des Bodenwertanteils gemäß Abschnitt 20 BewRG;
- bei Ermittlung des Einheitswerts nach dem Sachwertverfahren der Teil des Einheitswerts, der dem Anteil des Gebäudewerts (§ 85 BewG) und ggf. der Außenanlagen (§ 89 BewG) am Ausgangswert (§ 83 BewG) entspricht.

Entsprechend ist zu verfahren, wenn vom Schenker die Kosten der Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück eines Dritten übernommen werden, das nach Fertigstellung des Gebäudes auf den Beschenkten übertragen werden soll und tatsächlich übertragen wird (vgl. BFH-Urteil vom 6.3.1985, BStBl II S. 382 [= MittBayNot 1985, 221]). Unterbleibt die Grundstücksübertragung, so ist Gegenstand der Schenkung ein Gebäude auf fremdem Grund und Boden (§ 94 BewG).

Bei teilweiser Übernahme der Baukosten durch den Schenker bzw. bei Übernahme der Baukosten durch mehrere Schenker gelten die Ausführungen in Abschnitt II 1.2 und 1.3 sinngemäß.

3 Der Schenker übernimmt die Kosten für Um-, Aus- oder Anbauten oder Reparaturmaßnahmen u.ä. an einem Grundstück bzw. Gebäude

Wenn der Schenker die Kosten für Um-, Aus- oder Anbauten, für Maßnahmen zur Reparatur, Modernisierung,

Renovierung oder Sanierung an einem Grundstück bzw. einem Gebäude übernimmt, ist eine mittelbare Grundstücksschenkung *nur dann* anzunehmen, wenn diese Zuwendung im wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Zuwendung eines bestimmten Grundstücks oder Gebäudes erfolgt und somit ein einheitliches Rechtsgeschäft angenommen werden kann (BFH-Urteil vom 5.2.1986, BStBl II S. 460 [= MittBayNot 1986, 215]). Maßgebend ist der Steuerwert des Grundstücks nach Durchführung der genannten Maßnahmen.

Dieser Erlaß tritt an die Stelle des Erlasses vom 3.9.1979 und ist auf alle noch nicht bestandskräftigen Fälle anzuwenden.

2. Schenkungsteuer;

hier: Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur schenkungsteuerrechtlichen Behandlung von gemischten Schenkungen sowie von Schenkungen unter einer Auflage

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 9.11.1989 — Az.: 34 — S 3806 — 2/115 — 63 698

1 Wertermittlung

Nach § 10 Abs. 1 ErbStG gilt als steuerpflichtiger Erwerb die Bereicherung des Erwerbers, soweit sie nicht steuerfrei ist. Während die Vorschrift für Erwerbe von Todes wegen klarstellt, wie die Bereicherung zu ermitteln ist, enthält sie für die Ermittlung der Bereicherung aus einer Schenkung unter Lebenden keine besondere Regelung. Die Bereicherung aus einer Schenkung ist daher unmittelbar aus dem jeweiligen Besteuerungstatbestand des § 7 ErbStG herzuleiten.

2 Bereicherung bei einer freigebigen Zuwendung unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG)

Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt eine freigebige Zuwendung als Schenkung, „soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird“.

Der Bundesfinanzhof hat für die Ermittlung der Bereicherung aus einer gemischten Schenkung und für die Ermittlung ihres Steuerwerts die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dahingehend ausgelegt, daß als Besteuerungstatbestand der freigebigen Zuwendung die bürgerlich-rechtliche Bereicherung des Bedachten anzusehen ist, d. h. daß bei einer derartigen Zuwendung der Wille zur freigebigen Bereicherung des Bedachten nicht den entgeltlichen Vertragsteil mit umfaßt (vgl. BFH-Urteile vom 12.12.1979, BStBl 1980 II S. 260, vom 21.10.1981, BStBl 1982 II S. 83 [= MittBayNot 1982, 99], und vom 14.7.1982, BStBl 1982 II S. 714 [= MittBayNot 1983, 37]).

Der Bundesfinanzhof hat in seinem Urteil vom 12.4.1989 (BStBl 1989 II S. 524 [= MittBayNot 1989, 232]) die entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf Schenkungen unter einer Auflage für solche Fälle bestätigt, in denen dem Bedachten Leistungen auferlegt werden, die diesem Aufwendungen im Sinne von Geld- oder Sachleistungen verursachen (Leistungsaufgaben).

Als Bereicherung gilt somit

- bei einer gemischten Schenkung der Unterschied zwischen dem Verkehrswert der Leistung des Schenkers und dem Verkehrswert der Gegenleistung des Beschenkten und
- bei einer Schenkung unter einer Leistungsaufgabe der Unterschied zwischen dem Verkehrswert des zugewendeten Vermögens und dem Verkehrswert der vom Schenker angeordneten Auflage sowie ggf. der vom Beschenkten übernommenen Verbindlichkeiten.

Diese Grundsätze gelten nach dem BFH-Urteil vom 12.4.1989 (a. a. O.) nicht, soweit dem Bedachten die Nutzungen des Schenkungsgegenstandes zeitlich befristet nicht gebühren, weil ein Nutzungsrecht besteht oder im Zuge der Schenkung zu bestellen ist (Nutzungs- oder Duldungsaufgabe). Insoweit obliegt ihm lediglich eine zeitlich beschränkte Duldungspflicht, die keinen entgeltlichen Vertragsteil begründet. Als Bereicherung des Bedachten gilt der gesamte Vermögensanfall. Die Belastung durch die Auflage als vorübergehende Einschränkung der Bereicherung ist durch Abzug der Last zu berücksichtigen, soweit § 25 Abs. 1 ErbStG dies nicht ausschließt (vgl. auch Ziff. 5).

3 Ermittlung des Besteuerungswerts der Bereicherung

3.1 Gemischte Schenkung und Schenkung unter Leistungsaufgabe

Wie der die Bereicherung des Bedachten darstellende Teil des Verkehrswertes der Leistung des Schenkers als Besteuerungstatbestand gilt (s. Ziff. 2), so stellt der gleiche Teil des Steuerwerts der Leistung des Schenkers den Steuerwert der Bereicherung des Bedachten dar.

Dieser Steuerwert ist nach folgender Formel zu ermitteln:

$$\frac{\text{Steuerwert der Leistung des Schenkers}}{\text{Verkehrswert der Leistung des Schenkers}} \times \frac{\text{Verkehrswert der Bereicherung des Beschenkten}}{\text{Verkehrswert des Beschenkten}} = \text{Steuerwert der freigebigen Zuwendung}$$

Beispiel 1:

A überträgt B ein Grundstück (Einheitswert + 40 v. H. = 140 000 DM; Verkehrswert = 500 000 DM), das mit einer von B zu übernehmenden Hypothekenschuld von 100 000 DM oder mit einer Leistungsaufgabe des Schenkers in gleicher Höhe belastet ist. Die bürgerlich-rechtliche Bereicherung des B beträgt somit (500 000 DM minus 100 000 DM =) 400 000 DM. Steuerlich ist die Bereicherung des B aus der freigebigen Zuwendung mit $\frac{140\,000 \times 400\,000}{500\,000}$ DM = 112 000 DM zu erfassen.

3.2 Schenkungen unter Nutzungs- oder Duldungsaufgabe

Vom Steuerwert der Zuwendung ist die vollziehende Auflage als Last mit ihrem Kapitalwert gem. §§ 13 bis 16 BewG abzuziehen, soweit § 25 Abs. 1 ErbStG dem nicht entgegensteht.

Beispiel 2:

A überträgt B ein Grundstück (Einheitswert + 40 v. H. = 140 000 DM; Verkehrswert = 500 000 DM), das mit einer Duldungsaufgabe (lebenslanges Wohnrecht zugunsten Schwester C, 60 Jahre alt) mit einem Steuerwert von 60 000 DM belastet ist.

Steuerlich ist der Erwerb des B mit 140 000 DM ./. 60 000 DM = 80 000 DM zu erfassen.

3.3 Mischfälle

Bei Schenkungen, die sowohl Elemente der gemischten Schenkung und Schenkung unter Leistungsaufgabe als auch der Schenkung unter Nutzungs- oder Duldungsaufgabe enthalten, ist von dem nach Ziff. 3.1 unter Berücksichtigung der Gegenleistung/Leistungsaufgabe ermittelten Steuerwert der freigebigen Zuwendung der Kapitalwert der Nutzungs- oder Duldungsaufgabe (§§ 13 bis 16 BewG) als Last abzuziehen, soweit § 25 Abs. 1 ErbStG dem nicht entgegensteht.

Beispiel 3:

A überträgt B ein Grundstück (Einheitswert + 40 v. H. = 140 000 DM; Verkehrswert = 500 000 DM), das mit einer von B zu übernehmenden Hypothekenschuld von 100 000 DM oder mit einer Leistungsaufgabe in gleicher Höhe belastet ist. Zusätzlich besteht eine Duldungsaufgabe (lebenslanges Wohnrecht zugunsten Schwester C, 60 Jahre alt) mit einem Steuerwert von 60 000 DM.

Der maßgebende Besteuerungswert errechnet sich wie folgt:

$$\frac{140\,000 \times (500\,000 \text{ ./. } 100\,000)}{500\,000} \text{ DM ./. } 60\,000 \text{ DM} = 112\,000 \text{ ./. } 60\,000 \text{ DM} = 52\,000 \text{ DM.}$$

4 Ermittlung der Verkehrswerte von Leistung, Gegenleistung und Auflage

Als Verkehrswerte der Leistung des Schenkers, der Gegenleistung des Beschenkten, der vom Beschenkten übernommenen Verbindlichkeiten und der vom Schenker angeordneten Auflage gelten die gemeinen Werte im Sinne des § 9 BewG. Es bestehen keine Bedenken, wenn die Verkehrswerte von Anteilen an einer Personengesellschaft nach den Grundsätzen der Abschn. 18 Abs. 1, 2 und 4, 19 VStR, die Verkehrswerte für Einzelbetriebe durch entsprechende Anwendung der Unternehmensbewertungsgrundsätze des Abschn. 18 Abs. 4 VStR, die Verkehrswerte von nichtnotierten Aktien und Anteilen nach den Grundsätzen der Abschn. 74 ff. VStR und die Verkehrswerte von Betriebsgrundstücken nach den Grundsätzen des Abschn. 77 Abs. 3 VStR ermittelt werden. Mineralgewinnungsrechte können mit dem zuletzt für Vermögensteuerzwecke festgestellten Wert angesetzt werden. In der Regel können die in der Schenkungsteuererklärung angegebenen Verkehrswerte übernommen werden. Beim Grundbesitz kann es im Zweifelsfall zweckmäßig sein, den angegebenen Verkehrswert durch die zuständige Bewertungsstelle überprüfen zu lassen.

5 Auswirkungen auf § 25 ErbStG

Die Anwendung des § 25 ErbStG setzt den Erwerb eines entsprechend belasteten Vermögens voraus. Diese Voraussetzungen liegen bei der dargestellten Rechtsaus-

legung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht vor, soweit es sich um gemischte Schenkungen oder Schenkungen unter Leistungsaufgabe handelt. Dabei gilt als Erwerb des Bedachten nicht der gesamte Vermögensanfall (einschließlich der Belastung); der Besteuerungstatbestand ist vielmehr auf die Bereicherung des Bedachten beschränkt. Demzufolge ist in diesen Fällen für die Anwendung des § 25 ErbStG kein Raum (vgl. BFH-Urteil vom 21.10.1981, a. a.O.).

Die Vorschrift des § 25 ErbStG ist anzuwenden, soweit es sich um Schenkungen unter Nutzungs- oder Duldungsaufgabe handelt (vgl. BFH-Urteil vom 12.4.1989, a. a. O.).

6 Erwerbe Dritter bei einer gemischten Schenkung oder einer Schenkung unter einer Auflage (Fälle des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG)

Die Besteuerung von Erwerben, die auf Grund einer Auflage oder einer Bedingung des Schenkers anfallen (z. B. Barabfindungen, die der Beschenkte anderen Erbberechtigten zu zahlen hat), wird durch die Besteuerung der Schenkung, durch die sie veranlaßt sind, nicht berührt. Diese Erwerbe unterliegen mit dem Wert der Besteuerung, der sich für sie nach § 12 ErbStG ergibt.

7 Anwendungszeitpunkt

Dieser Erlaß ist uneingeschränkt auf freigebige Zuwendungen im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG anzuwenden, für welche die Steuer nach dem 11.7.1989 entstanden ist oder entsteht. Auf freigebige Zuwendungen, für welche die Steuer vor dem 12.7.1989 entstanden ist und die noch nicht bestandskräftig veranlagt sind, ist dieser Erlaß ebenfalls anzuwenden, wenn nicht vom Steuerpflichtigen beantragt wird, die Veranlagung entsprechend den Grundsätzen der bisherigen gleichlautenden Erlasse vom 10.2.1983 (BStBl 1983 I S. 238 [= MittBayNot 1983, 90]) durchzuführen.

Dieser Erlaß ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Bundesländer.

3. Erbschaftsteuer;

hier: Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur erbschaftsteuerlichen Behandlung einer rückwirkend vereinbarten Zugewinnngemeinschaft

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 10.11.1989 – Az.: 34 – S 3804 – 5/3 – 63 696

Nach § 5 Abs. 1 ErbStG bleibt beim Erwerb des überlebenden Ehegatten, wenn für die Ehe mit dem verstorbenen Ehegatten der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft galt, ein Betrag in Höhe der Zugewinnausgleichsforderung steuerfrei, die der überlebende Ehegatte nach § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen könnte, wenn er nicht Erbe geworden wäre und ihm auch kein Vermächtnis zusteht.

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs in seinem Urteil vom 28.6.1989 II R 82/86 (= MittBayNot 1989, 282) ist die zivil-

rechtlich zulässige rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft auch erbschaftsteuerrechtlich zu berücksichtigen.

In Übereinstimmung mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder bitte ich demgegenüber die Auffassung zu vertreten, daß nach dem Sinn und Zweck des § 5 ErbStG und unter Berücksichtigung des allgemeinen Grundsatzes, daß Beteiligte ihre steuerlichen Verhältnisse stets nur für die Zukunft neu gestalten können, nur die fiktive Ausgleichsforderung erbschaftsteuerfrei sein kann, die sich für die Dauer der Zugewinnngemeinschaft ab dem Datum des maßgebenden Vertragsabschlusses ergibt. Der Zugewinn, den jeder Ehegatte in der davorliegenden Zeit erzielt hat, ist Bestandteil seines Vermögens.

Auch beim Tod eines Ehegatten oder einer Scheidung der Ehegatten während der Dauer der Gütertrennung wäre der bis dahin erzielte Zugewinn nicht auszugleichen gewesen.

Ich bitte deshalb, das genannte BFH-Urteil nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden und weise gleichzeitig darauf hin, daß keine Bedenken bestehen, bis zur Entscheidung über das weitere zu dieser Frage anhängige Revisionsverfahren mit Zustimmung der Beteiligten die Entscheidung über vergleichbare Rechtsbehelfe sowie die Vollziehung der Steuerbescheide in Höhe der auf die streitigen Ausgleichsforderungen entfallenden Steuerbeträge auszusetzen (§§ 363, 361 AO).

4. Preisindex der Lebenshaltung im Bundesgebiet

hier: Bekanntmachung des Bayerischen Landesamts für Statistik und Datenverarbeitung vom 19.12.1989

Das Bayerische Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung teilt mit:

Preisindex der Lebenshaltung auf neuer Basis 1985 = 100

Die Preisindexzahlen der Lebenshaltung im Bundesgebiet sind im Oktober 1989 auf Basis 1985 = 100 umgestellt worden. Damit verlieren ab Januar 1985 die bislang noch auf Basis 1980 = 100 veröffentlichten Indexzahlen ihre Gültigkeit. Für Zwecke des längerfristigen Vergleichs wurden jedoch die neuen Ergebnisse auf die früheren Basisjahre umgerechnet.

Nachdem diese Indexergebnisse, insbesondere des Preisindex der Lebenshaltung aller privaten Haushalte, auch in Bayern von vielen Vertragsparteien als Wertsicherungsmaßstab in Wertsicherungsklauseln herangezogen worden sind, werden nachstehend die nunmehr gültigen neuen Indexzahlen den ab sofort ungültigen Indexzahlen alter Berechnung gegenübergestellt.

Beispiel: In einer Wertsicherungsklausel ist der Dezember 1987 als Ausgangsmonat für eine Wertanpassung genannt mit einer Indexzahl 121,3 (1980 = 100, alte Berechnung). Dieser Wert ist nunmehr durch den neuen Wert 121,2 (neue Berechnung, 1980 = 100 in gleicher Zeile) zu ersetzen. Falls der Indexstand von 1976 = 100 verwendet worden ist (141,7) so gilt nunmehr die neue Indexzahl 141,6.

Preisindex für die Gesamtlebenshaltung
aller privaten Haushalte im Bundesgebiet

Jährliche und monatliche Entwicklung seit 1985

Jahr Monat	Neue Berechnung					Alte Berechnung			
	Original- basis 1985	1980	umbasiert 1976	1970	1962	Original- basis 1980	1976	umbasiert 1970	1962
jeweils = 100									
1985 D*	100	120,8	141,2	198,4	243,1	121,0	141,3	198,5	243,3
1986 D	99,9	120,7	141,0	198,1	242,8	120,7	141,0	198,0	242,7
1987 D	100,1	121,0	141,3	198,6	243,4	121,0	141,4	198,6	243,5
1988 D	101,4	122,5	143,2	201,2	246,5	122,4	143,1	200,9	246,3
1985 Januar	99,3	120,0	140,2	197,0	241,4	120,0	140,2	197,0	241,4
Februar	99,7	120,5	140,8	197,8	242,4	120,5	140,8	197,8	242,4
März	100,0	120,8	141,2	198,4	243,1	120,9	141,3	198,4	243,2
April	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,1	141,5	198,8	243,6
Mai	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,2	141,6	198,9	243,8
Juni	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,3	141,7	199,1	244,0
Juli	100,1	121,0	141,3	198,6	243,3	121,1	141,5	198,8	243,6
August	99,8	120,6	140,9	198,0	242,6	120,7	141,0	198,1	242,8
September	99,9	120,7	141,0	198,2	242,9	120,9	141,3	198,4	243,1
Oktober	100,0	120,8	141,2	198,4	243,1	121,1	141,5	198,8	243,6
November	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,3	141,7	199,1	244,0
Dezember	100,3	121,2	141,6	199,0	243,8	121,4	141,9	199,3	244,2
1986 Januar	100,6	121,6	142,0	199,6	244,6	121,6	142,1	199,6	244,6
Februar	100,5	121,5	141,9	199,4	244,3	121,3	141,7	199,1	244,0
März	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,0	141,4	198,6	243,4
April	100,1	121,0	141,3	198,6	243,3	120,9	141,3	198,4	243,2
Mai	100,1	121,0	141,3	198,6	243,3	120,9	141,3	198,4	243,2
Juni	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,1	141,5	198,8	243,6
Juli	99,8	120,6	140,9	198,0	242,6	120,5	140,8	197,8	242,4
August	99,5	120,2	140,5	197,4	241,9	120,2	140,5	197,3	241,8
September	99,6	120,4	140,6	197,6	242,1	120,4	140,7	197,6	242,2
Oktober	99,3	120,0	140,2	197,0	241,4	120,0	140,2	197,0	241,4
November	99,2	119,9	140,1	196,8	241,2	119,9	140,1	196,8	241,2
Dezember	99,3	120,0	140,2	197,0	241,4	120,1	140,3	197,1	241,6
1987 Januar	99,8	120,6	140,9	198,0	242,6	120,6	140,9	197,9	242,6
Februar	99,9	120,7	141,0	198,2	242,9	120,7	141,0	198,1	242,8
März	99,9	120,7	141,0	198,2	242,9	120,7	141,0	198,1	242,8
April	100,1	121,0	141,3	198,6	243,3	121,0	141,4	198,6	243,4
Mai	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,1	141,5	198,8	243,6
Juni	100,3	121,2	141,6	199,0	243,8	121,3	141,7	199,1	244,0
Juli	100,3	121,2	141,6	199,0	243,8	121,3	141,7	199,1	244,0
August	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,2	141,6	198,9	243,8
September	100,0	120,8	141,2	198,4	243,1	120,9	141,3	198,4	243,2
Oktober	100,1	121,0	141,3	198,6	243,3	121,1	141,5	198,8	243,6
November	100,2	121,1	141,5	198,8	243,6	121,1	141,5	198,8	243,6
Dezember	100,3	121,2	141,6	199,0	243,8	121,3	141,7	199,1	244,0
1988 Januar	100,7	121,7	142,2	199,8	244,8	121,5	142,0	199,4	244,4
Februar	100,9	121,9	142,5	200,2	245,3	121,8	142,3	199,9	245,0
März	100,9	121,9	142,5	200,2	245,3	121,9	142,4	200,1	245,2
April	101,2	122,3	142,9	200,8	246,0	122,2	142,8	200,6	245,8
Mai	101,4	122,5	143,2	201,2	246,5	122,4	143,0	200,9	246,2
Juni	101,5	122,7	143,3	201,4	246,7	122,6	143,3	201,2	246,6
Juli	101,5	122,7	143,3	201,4	246,7	122,5	143,1	201,1	246,4
August	101,4	122,5	143,2	201,2	246,5	122,6	143,3	201,2	246,6
September	101,5	122,7	143,3	201,4	246,7	122,6	143,3	201,2	246,6
Oktober	101,6	122,8	143,4	201,6	247,0	122,7	143,4	201,4	246,8
November	101,9	123,1	143,9	202,2	247,7	123,0	143,7	201,9	247,4
Dezember	102,1	123,4	144,2	202,6	248,2	123,3	144,1	202,4	248,0
1989 Januar	103,0	124,5	145,4	204,3	250,4	124,6	145,6	204,5	250,6
Februar	103,4	125,0	146,0	205,1	251,4	125,0	146,1	205,2	251,4
März	103,5	125,1	146,1	205,3	251,6	125,2	146,3	205,5	251,8
April	104,1	125,8	147,0	206,5	253,1	125,9	147,1	206,6	253,2
Mai	104,3	126,0	147,3	206,9	253,6	126,2	147,5	207,1	253,8
Juni	104,4	126,2	147,4	207,1	253,8	126,4	147,7	207,5	254,2
Juli	104,3	126,0	147,3	206,9	253,6	126,2	147,5	207,1	253,8
August	104,2	125,9	147,1	206,7	253,3	126,1	147,4	207,0	253,6
September	104,4	126,2	147,4	207,1	253,8	126,4	147,7	207,5	254,2
Oktober	104,7	126,5	147,8	207,7	254,5	-	-	-	-
November	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Dezember	-	-	-	-	-	-	-	-	-

* D = Durchschnitt aus 12 Monatszahlen