

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, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 4

MittBayNot

Juli/August 1992

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

Pflichtteilergänzung nach aktueller Rechtsprechung — Chancen und Risiken —

von Notar *Dr. Dieter Liedel*, Pappenheim

In mehreren Entscheidungen hat der IV. Senat des BGH in letzter Zeit zur Pflichtteilergänzung Stellung genommen. Kontroverse Urteile mehrerer Oberlandesgerichte — teils bewußt abweichend von der Linie des BGH — und eine rechtsdogmatische Monographie zur Behandlung von Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt kennzeichnen die unsichere und die trotz — oder gerade wegen — der BGH-Entscheidungen verworrene Rechtslage, die der Notar bei Gestaltungsvorschlägen für Rechtsgeschäfte unter Familienangehörigen berücksichtigen muß. Ob trotz der in den entschiedenen Fällen mit Allgemeingültigkeitsanspruch getroffenen Feststellungen zur Rechtslage das letzte Wort gesprochen ist, erscheint angesichts der festzustellenden Widersprüche zweifelhaft; eine klare Linie ist jedenfalls nicht erkennbar.

A. Überblick über die besprochenen Entscheidungen

Am 30.5.90 hat der IV. Senat des BGH¹ entschieden, daß für die Berechnung der Pflichtteilergänzung dem Zuwendenden vorbehaltene Nutzungen vom Wert des zugewendeten Gegenstands abzuziehen sind, m. a. W. als Schenkung nur die Differenz zwischen dem „Wert“ des Gegenstands und dem Betrag der kapitalisierten Nutzung angesetzt wird. Der 2. Zivilsenat des OLG Hamburg ist dem in einem Urteil vom 20.8.91² entgegengetreten und will den Wert eines Vorbehaltsnießbrauchs (im entschiedenen Fall richtig: Wohnungsrechts) jedenfalls dann nicht berücksichtigen, wenn damit etwa verbundene Kosten aus den Erträgen der Zuwendung gedeckt werden können. Er beruft sich dabei insbesondere auf eine kürzlich veröffentlichte Monographie³, die

dem BGH bei seiner genannten Entscheidung noch nicht bekannt gewesen sein dürfte. Urteilsanmerkungen des gleichen Autors zu den beiden genannten Entscheidungen⁴ haben die von ihm vertretenen Standpunkte einem größeren Personenkreis bekannt gemacht. Den BGH haben sie ersichtlich, wie aus seiner neuesten Entscheidung vom 8.4.1992⁵ ersichtlich wird, nicht beeindruckt, aber immerhin zu einer näheren Begründung seiner Rechtsprechung veranlaßt.

In zwei Entscheidungen vom 27.11.91⁶ hat sich der gleiche Senat des BGH mit den erbrechtlichen Auswirkungen von Zuwendungen unter Ehegatten befaßt. In der einen bestätigt er die ständige Rechtsprechung, daß die Begründung von Gütergemeinschaft nur ausnahmsweise Schenkung im Sinne des § 2325 BGB⁷ ist; dagegen kann eine Schenkung im Sinne dieser Bestimmung sehr wohl bei der Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft vorliegen, wenn dabei eine Partei mehr erhält, als ihr nach § 1476 zusteht. Nach der anderen Entscheidung des gleichen Senats vom gleichen Tag, die vor dem Hintergrund der Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre der vergangenen zwei Jahrzehnte aufhorchen läßt, wird die sogenannte unbenannte Zuwendung unter Ehegatten grundsätzlich wie eine Schenkung im Sinne der erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2287, 2325

³ *Reiff*, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungssteuer, Berlin 1989; im folgenden zitiert: *Reiff*, Dogmatik. Dieser Aufsatz setzt sich nachfolgend anstelle einer Buchbesprechung mit *Reiff's* Gedanken auseinander; vgl. dazu auch die Besprechung von *Custodis* in MittRhNotK 1992, 33.

⁴ FamRZ 1991, 553 und FamRZ 1992, 363.

⁵ IV ZR 2/91 = MittBayNot 1992, 280 (in diesem Heft).

⁶ IV ZR 266/90 zur Gütergemeinschaft, MittBayNot 1992, 127 = NJW 1992, 558 und IV ZR 164/90 zur „unbenannten“ Zuwendung, MittBayNot 1992, 150 = NJW 1992, 564.

⁷ §§ im Text sind solche des BGB, soweit nicht anders angegeben.

¹ DNotZ 1991, 902 = FamRZ 1991, 552 m. Anm. v. *Reiff*.

² FamRZ 1992, 228.

behandelt⁸. Hiermit wird der verbreiteten Meinung, die von der vermeintlichen Entgeltlichkeit der ehebezogenen Zuwendungen ausgeht⁹, eine Abfuhr erteilt. Zugleich stellt der Senat klar, daß in Übereinstimmung mit ihm der XII. Senat solche Zuwendungen als objektiv unentgeltlich ansieht. Das OLG Köln¹⁰ hat diese Rechtsprechung bereits wenige Tage zuvor in einer beide Problemkreise verknüpfenden Entscheidung vorweggenommen, die den Weg künftiger Gestaltungen deutlich vorzeigt.

B. Der Vorbehaltsnießbrauch bei der Pflichtteilergänzung

Die Überleitung von Vermögen, insbesondere Grundbesitz und Betriebsvermögen von einer Generation auf die nächste im Bestreben, dieser eine gesicherte Rechtsposition bei anstehenden Investitionen zu verschaffen und sie die damit verbundenen steuerrechtlichen Absetzungsmöglichkeiten ausschöpfen zu lassen, sie rechtzeitig in die Verantwortung für den Besitz einrücken zu lassen und nicht zuletzt auch das Lebenswerk der älteren Generation zu erhalten und vor einer Zersplitterung zu bewahren ist gesellschaftlich sinnvoll und zunehmend notwendig, je mehr die allgemeine Lebenserwartung über das Rentenalter hinaus ansteigt. Im landwirtschaftlichen Bereich wird sie sogar durch gesetzliche Regelungen¹¹ in einer Weise begünstigt, die mit dem Gleichheitssatz allenfalls dann vereinbar ist, wenn ein hohes öffentliches Interesse an solchen Vermögensnachfolgen anzuerkennen ist¹², und wird wirtschaftlicher Druck ausgeübt, indem Altersgeld erst nach einer Betriebsübergabe bezogen werden kann. Im juristischen Schrifttum und insbesondere der Rechtsprechung hingegen werden Übergeben in vorweggenommener Erbfolge häufig als Versuche dargestellt, unter Umgehung der Schranken der Testierfreiheit Pflichtteilsberechtigte zu schädigen¹³. In der Tat läßt sich bei den Beteiligten zumeist auch keinerlei Verständnis¹⁴ dafür wecken, daß sie „ethisch und sozial gehalten seien, die Hälfte des während ihres Lebens angesammelten Vermögens den Pflichtteilsberechtigten zu hinterlassen“¹⁵, insbesondere auch solchen, die keinerlei Beziehung mehr zu ihren Eltern unterhalten. Zum typischen Inhalt solcher Verträge gehört der Vorbehalt von Nutzungsrechten, insbesondere Wohnrechten, aber auch unter Umständen Nießbrauchsvorbehalte zur Sicherung des Lebensunterhalts der Übergeber.

⁹ Morhard, „Unbenannte Zuwendungen“ zwischen Ehegatten — Rechtsfolgen und Grenzen der Vertragsgestaltung, NJW 1987, 1734; Schotten, Die ehebedingte Zuwendung — ein überflüssiges Rechtsinstitut? NJW 1990, 2841, 2842; Arend, Übertragung zwischen Ehegatten, MittRhNotK 1990, 65, 66 bei Fußn. 12; Palandt/Edenhofer, BGB 48. Aufl., § 2325 Anm. 2 a; zuletzt Werthmann, Die unbenannte Zuwendung im Privatrechtssystem, Bern/Frankfurt a.M. 1990; siehe dazu die Besprechung von Jaeger, DNotZ 1991, 501.

¹⁰ 20 ZS v. 22. 11. 1991, FamRZ 1992, 480.

¹¹ §§ 2312 BGB, 16 Abs. 1 S. 2 GrstVG, 19 Abs. 4 KostO.

¹² BVerfG v. 16. 10. 1984, DNotZ 1985, 149, 154.

¹³ Z. B. Reiff, Dogmatik, § 6 S. 165 ff.; BGH v. 27. 11. 1991, MittBayNot 1992, 150, 152.

¹⁴ Daß das Pflichtteilsrecht sich auch heute noch mit den vorherrschenden Auffassungen der Bevölkerung decke, wie Reiff, Dogmatik, § 5 I 3 S. 138 unter Hinweis auf Coing, Gutachten zum 49. Deutschen Juristentag 1972 meint, ist eine durch keinerlei empirische Untersuchung belegte Behauptung, von deren Richtigkeit der Verf. nach seiner Erfahrung nicht überzeugt ist.

¹⁵ Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs, zit. nach Reinicke, NJW 1973, 597, 598.

1. Bewertung in der Rechtsprechungspraxis

In seiner Entscheidung vom 30. 5. 1990¹⁶ hat der BGH — soweit ersichtlich — erstmals ausführlicher, wenn auch angesichts des hierzu veröffentlichten Schrifttums immer noch reichlich knapp Stellung zur Berechnung der Pflichtteilergänzung bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt genommen. Er beruft sich hierbei auf eine bisherige Praxis, den kapitalisierten Wert der vorbehaltenen Nutzungen vom „Wert“ des verschenkten Gegenstands abzuziehen und zwar „unabhängig davon, ob ein dingliches Nutzungsrecht zustande gekommen war oder ob die Nutzungen dem Schenker lediglich schuldrechtlich zugesagt waren“, „ob der Schenker sich einen Nießbrauch ausdrücklich vorbehalten hatte oder ob dieser wie eine Gegenleistung des Beschenkten oder eine Auflage an ihn formuliert war“. Eine Begründung für diese Praxis sucht man allerdings nicht nur hier sondern auch bei den bislang veröffentlichten Entscheidungen vergebens¹⁷. Auch die beiden in der Entscheidung angegebenen Kommentarstellen¹⁸ enthalten weder einen Hinweis auf eine solche Rechtsprechungspraxis noch ist ihnen eine klare Begründung hierfür zu entnehmen: Jeweils nur mit einem einzigen Satz und ohne nähere Begründung heißt es bei BGB-RGRK/Johannsen¹⁹ in Bezug auf eine gemischte Schenkung, daß ein als Gegenleistung bestelltes Nießbrauchsrecht oder wiederkehrende Leistungen mit ihrem Kapitalwert zum Abzug zu bringen seien. Und Staudinger/Ferid/Cieslar²⁰ berufen sich bei Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt für das Prinzip des niedersten Bemessungsansatzes, von anderen „Niederstwertprinzip“ genannt, auf Soergel/Dieckmann²¹, der diesen Lösungsansatz tatsächlich begründet²², ihn aber inzwischen²³ gerade wieder in Frage gestellt hat. Die Berücksichtigung einer Gegenleistung im Rahmen einer gemischten Schenkung und die Anwendung des Niederstwertprinzips ist jedoch rechtlich zweierlei und hat miteinander nichts zu tun. Und Auflagen mindern nach h. M. nicht den Wert der Schenkung²⁴.

2. Die rechtsdogmatische Monographie Reiffs

Hier ist es das Verdienst der Arbeit von Reiff²⁵, das Wesen der seit der frühen Zeit des römischen Rechts

¹⁶ Oben Fußn. 1.

¹⁷ Vgl. Reiff, FamRZ 1991, 553.

¹⁸ BGB-RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2325 Rdnr. 22 a. E.; Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB 12. Aufl., § 2325 Rdnr. 75 f. Während frühere Auflagen das Thema völlig ignorierten, findet sich jetzt bei Palandt/Edenhofer, BGB 51. Aufl., § 2325 Rdnr. 13 ein kurzer kommentarloser Hinweis auf die Entscheidung vom 30. 5. 1990 und die abweichende Ansicht Reiffs.

¹⁹ A. a. O.; näheres dazu bei Reiff, FamRZ 1991, 553.

²⁰ A. a. O.

²¹ BGB, 10. Aufl., § 2325 Rdnr. 17.

²² Vgl. Reiff, FamRZ 1991, 554.

²³ BGB, 11. Aufl., § 2325 Rdnr. 19; in der 12. Auflage liegt der Erbrechtsband noch nicht vor; es bleibt abzuwarten, wofür sich Dieckmann diesmal ausspricht.

²⁴ BGH v. 7. 4. 89, DNotZ 1989, 775 unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung, nach der Versorgungsleistungen in einem Übergabevertrag nicht Gegenleistung „im eigentlichen Sinn“ sondern eine aus dem zugewendeten Vermögen zu leistende Auflage darstellen; Staudinger/Ferid/Cieslar, BGB, 12. Aufl., § 2325 Rdnr. 77, Staudinger/Ferid, BGB, 11. Aufl., § 2325 Rdnr. 64, a. A. Reiff, FamRZ 1992, 365 unter Hinweis auf den historischen Gesetzgeber).

²⁵ Oben Fußn. 3.

bereits bekannten Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt juristisch sauber zu klären. Daran schließt sich als zweiter Hauptteil seiner Arbeit die Erörterung der Auswirkungen auf die Pflichtteilsergänzung und in einem Annex die der schenkungssteuerrechtlichen Beurteilung.

a) die dogmatischen Grundlagen

Ungewöhnlich, aber gerade für den Praktiker interessant ist sein Einstieg in die Problematik über den dinglichen Vollzug des Vorbehaltsgeschäfts²⁶. Während die altrömischrechtliche Konstruktion der Übertragung „deducto usu fructu“, also unter unmittelbarem Abzug d. h. Vorbehalt, Abspaltung des Nutzungsrechts vom Vollrecht (Eigentum) auch der heutigen allgemeinen Vorstellung und dem Sprachgebrauch („VorbehaltNießbrauch“) am nächsten kommt und z. B. auch im französischen Recht nach wie vor so verstanden wird, muß man wohl Reiff zustimmen, daß dieser Weg unter der Geltung des BGB nicht gangbar ist. Noch das preußische ALR ging davon aus, daß der Veräußerer den Nießbrauch *behält*, nicht erst *erhält*. Während unter einer inzwischen wohl überholten, von der Denkweise des späten gemeinen Rechts geprägten Auffassung nur die Bestellung eines Fremdnießbrauchs durch den Erwerber des zugewendeten Gegenstands logisch möglich erschien — „nulli res sua servit“ — wird inzwischen weitgehend auch die Zulässigkeit der Bestellung eines Eigentümergebrauches, jedenfalls in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Veräußerung, anerkannt²⁷. Auch der Sonderfall einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt an einen Minderjährigen wird bekanntlich als lediglich rechtlich vorteilhaft qualifiziert, was nur dann logisch unanfechtbar ist, wenn der Minderjährige nicht erst selbst die Belastung vornimmt²⁸.

Der Ertrag aus dieser Untersuchung der Möglichkeiten des dinglichen Vollzugs liegt beim schuldrechtlichen Grundgeschäft²⁹: die Bestellung eines Eigentümergebrauches und anschließende Veräußerung wird entgegen der bisher h. M. nicht als Auflagenschenkungen³⁰ sondern als reine Schenkung qualifiziert. Dem läßt sich beim reinen Nießbrauchsvorbehalt nichts entgegensetzen. Selbst wenn die bisherige Praxis des BGH keinen Unterschied zwischen schuldrechtlicher Vereinbarung eines Nutzungsrechts (= Gegenleistung? Auflage?) und einer dinglichen Belastung (= Minderung des Werts des Geschenks im Sinne des § 2325 Abs. 2 S. 2?) macht, sollte die Vertragspraxis nicht bedenken- oder gedankenlos Begriffe wie „Gegenleistung“ oder „Auflage“ verwenden, wenn nach dem Willen der Beteiligten ein Recht „vorbehalten“ werden soll, bietet sich doch die

²⁶ Reiff, Dogmatik, § 1, S. 25 bis 96.

²⁷ Inzwischen auch ohne diese Zielrichtung anerkannt für den Fall des Wohnungsrechts eines Miteigentümers, BayObLG v. 19.12.1991, BayObLGZ 1991 Nr. 84.

²⁸ So überzeugend Reiff, Dogmatik, § 1 IV 2 c, S. 93 entgegen der h. M., die hier wegen des wirtschaftlichen Ergebnisses den formal rechtlichen Nachteil übergeht.

²⁹ Reiff, Dogmatik, § 2, S. 97 bis 126.

³⁰ Reiff weist auch nach (S. 104 ff.), daß die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt im gemeinen Recht, von dessen Begriff der „donatio sub modo“ das BGB ausging, gerade nicht als solche Auflagenschenkungen verstanden wurde.

Bestellung des Nießbrauchs durch den Veräußerer auch als der für diesen sicherere Weg³¹ an. In der Praxis wird dieser Weg allerdings zumeist nicht gangbar sein, werden doch in aller Regel neben vorbehaltenen Nutzungen auch Leistungen meist wiederkehrender Art zur Versorgung des Übergebers schuldrechtlich vereinbart und durch Reallast gesichert, deren Zusammenfassung mit einem Wohnungsrecht als „Leibgeding“ nur möglich ist, wenn die Bestellung einheitlich und d. h. durch den Übernehmer erfolgt.

b) Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt als gestreckter Erwerb

Das Ergebnis des ersten Teils dieser Arbeit scheint eine überzeugende Begründung für die erwähnte Praxis des BGH bei der Berechnung der Pflichtteilsergänzung zu liefern. Sorgsam hat Reiff hier den Meinungsstand und die bisherigen dürtigen Aussagen der Rechtsprechung zusammengetragen und anhand eines Beispiels die höchst unterschiedlichen Ergebnisse dargestellt³². Ihnen setzt Reiff, basierend auf dem ökonomischen Ansatz von Kessler³³ den Gedanken des „gestreckten Erwerbs“ entgegen³⁴, den das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 20.8.1991³⁵ aufgegriffen hat. Danach wird dem Empfänger der Schenkung nicht nur die Sachsubstanz³⁶ zugewendet sondern auch von vorne herein der Teil des Gesamtnutzungspotentials, der zeitlich nach dem vom Schenker zurückbehaltenen Teil liegt. Es wird nicht zunächst nur das „nackte“ Eigentum und erst mit Erlöschen des Nießbrauchs etwa in einer zweiten Stufe die Nutzungsmöglichkeit geschenkt, wie dies von Dieckmann³⁷ erwogen und in der Entscheidung des BGH vom 30.5.1990 erörtert und abgelehnt wurde, sondern in einem einheitlichen Akt das ab dem Zeitpunkt des Erbfalls unbelastete Eigentum, dessen Erwerb sich nur nicht sofort sondern allmählich vollzieht und mit dem Zeitpunkt des Erbfalls abgeschlossen wird. In diesem Ergebnis gleich liegen die im Vollzug bis zum Tod des Zuwendenden ausgesetzte³⁸ bzw. aufschiebend befristete³⁹ Schenkung, das Schenkungsversprechen auf den Todesfall und die erst kurz vor dem Tod des Erblassers erfolgte Schenkung ohne Nießbrauchsvorbehalt⁴⁰. Hiermit stimme auch die Rechtslage im Ausland überein⁴¹.

3. Nießbrauchsvorbehalt kein Vermögensopfer

Das OLG Hamburg⁴² hat dem einen weiteren Gesichtspunkt hinzugefügt, mit dem sich der BGH bei seiner jüngsten Entscheidung noch nicht auseinandergesetzt hat

³¹ Reiff, Dogmatik, S. 81 ff.

³² Reiff, Dogmatik, § 7, S. 172 bis 186 und § 11, S. 262 bis 268.

³³ BB 1975, 1386.

³⁴ Reiff, Dogmatik, § 2 II und III, S. 108 bis 121.

³⁵ Oben Fußn. 2.

³⁶ Bei Reiff als „Hüllenwert“ bezeichnet; der BGH spricht vom „nackten Eigentum“.

³⁷ Oben Fußn. 23.

³⁸ Vgl. v. Koch, MittBayNot 1975, 122 f. zum Abschluß des Erwerbsvorgangs im Hinblick auf die Frist des § 2325 Abs. 3.

³⁹ Reiff, FamRZ 1991, 555.

⁴⁰ Reiff, Dogmatik, S. 231.

⁴¹ Reiff, §§ 8 und 12, S. 187 bis 205 und 269 bis 272.

⁴² Oben Fußn. 2.

und der in den Bereich der echten Auflagenschenkung hineinreicht: Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Nießbrauchsbestellung durch Leistung des Erwerbers erfolgt, könne es nur darauf ankommen, ob der Erwerber hierfür selbst ein Vermögensopfer zu bringen hat oder ob die Leistung aus dem *Ertrag* der zugewendeten Sache erbracht werden kann⁴³. Der Vorbehaltsnießbrauch ist der Grenzfall der aus dem Ertrag zu erbringenden Leistung, nämlich der gesamte Ertrag während des Zeitsegments der Nutzungsberechtigung des Zuwendenden an sich. Ein von diesem zurückbehaltenes Nutzungsrecht (Vorbehaltsnießbrauch) verlangt als solches dem Erwerber keinerlei Vermögensopfer ab, jedenfalls dann, wenn der Nutzungsberechtigte entsprechend der gesetzlichen Bestimmung die Kosten der Unterhaltung und die öffentlichen und privaten Lasten zu tragen hat⁴⁴. Das Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 S. 2 steht dem nach Ansicht des OLG Hamburg nicht entgegen. Dieses Gericht unterscheidet Wertveränderungen, die den Gegenstand selbst betreffen (als Beispiele führt es Preissteigerung, Beschädigung oder Verlust einer Sache an) und Veränderungen rechtsgeschäftlicher Belastungen, die von § 2325 Abs. 2 S. 2 „nicht eindeutig erfaßt“ seien, weil es sich bei ihnen im Regelfall nicht um *zufällige* Veränderungen handelt, die alleine der historische Gesetzgeber in den Risikobereich des Pflichtteilsberechtigten habe verlegen wollen.

4. Der maßgebliche Vergleichstatbestand

In seiner Entscheidung vom 8. 4. 1992⁴⁵ stellt der BGH nunmehr in Auseinandersetzung mit der Kritik von *Reiff* klar, daß auch er nicht bloß das „nackte Eigentum“ als zugewendet ansieht sondern erkennt an, daß auch die künftige Nutzungsbefugnis zugewendet ist. Vergleichstatbestand ist und bleibt aber für den BGH entgegen *Reiff* und dem OLG Hamburg — und wohl auch entgegen dem OLG Nürnberg, das ja ebenfalls den Nießbrauchsvorbehalt nicht als Abzugsposten berücksichtigen wollte — nicht der Erwerb des Erben durch den Erbfall sondern die Umsetzung des verschenkten Gegenstands in Geld unter Nießbrauchsvorbehalt zum Zeitpunkt der Schenkung⁴⁶. Damit wird der Zweck des § 2325 neu interpretiert. Expressis verbis und apodiktisch heißt es, daß der Pflichtteilsberechtigte *gerade nicht* so zu stellen ist, als befände sich der verschenkte Gegenstand noch im Nachlaß⁴⁷. Wirtschaftlich begründet der BGH dies damit, daß dem Nachlaß und damit dem Pflichtteilsberechtigten unmittelbar die Vorteile des Nießbrauchsvorbehalts zugute kommen: Zinsen, Mieteinnahmen, ersparte Aufwendungen.

Diese Begründung ist im Gegensatz zu den Ausführungen in der Entscheidung vom 30. 5. 1990⁴⁸ nachvollziehbar und scheint plausibel; sie trifft gleichwohl nicht zu. Denn wenn schon wirtschaftlich vom Ergebnis her im Hinblick auf den Nachlaßwert argumentiert wird, kann man nicht so tun, als würde der verschenkte Gegenstand zwar zunächst — unter Nießbrauchsvorbehalt — in Geld umgesetzt, der Erlöste Geldbetrag aber dann bis zum Erbfall in bar aufbewahrt. Wie *Reiff* nachgewiesen hat⁴⁹, wird der Preisabschlag, der bei einem Verkauf unter Nießbrauchsvorbehalt vorgenommen wird, durch den bei verzinslicher Anlage des Barkaufpreises auf die Dauer des Nießbrauchs erzielten Zins zumindest voll ausgeglichen⁵⁰, so daß sich im Nachlaß nicht nur der Barkaufpreis zuzüglich der durch den Nießbrauch gezogenen Nutzungen sondern darüber hinaus auch der Zins des Barkaufpreises befindet und somit wertmäßig kein Unterschied gegenüber dem Fall besteht, daß der Gegenstand nicht veräußert worden ist.

Auch der vom BGH als weiteres Argument angeführte Vergleich mit dem Fall einer Zuwendung des Nießbrauchs an einen Dritten anstelle des Vorbehalts für den Schenker scheint plausibel⁵¹. Bei näherer Betrachtung wird jedoch deutlich, daß die Regelung des § 2325 Abs. 2 S. 2 zwangsläufig wegen der beiden alternativen Anknüpfungzeitpunkte zu sich widersprechenden Ergebnissen führen muß: Vermeidet die Lösung des BGH einen Widerspruch gegenüber der Zuwendung eines Nießbrauchs an einen Dritten, führt gerade dies zu anderen Widersprüchen: z. B. gegenüber dem Fall der obligatorisch wirksam vereinbarten, in ihrem Vollzug jedoch bis zum Tod des Schenkers ausgesetzten Schenkung; auch in diesem Fall verbleiben die Nutzungen dem Schenker und kommen dadurch dem Nachlaß und damit dem Pflichtteilsberechtigten zugute. Daß im Rahmen des § 2287 ein Abzug des Nutzungswerts nicht einmal diskutiert wird⁵², sollte nicht übergangen werden. Und gerade wenn man die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt als einen gestreckten Erwerb erkennt, der sich allmählich vollzieht, ist es fragwürdig, formal auf einen am Anfang dieses Prozesses liegenden Zeitpunkt als den des „Vollzugs“ abzustellen; mindestens genauso gut läßt sich argumentieren, daß die Schenkung wirtschaftlich erst vollzogen ist, wenn der zunächst vorbehaltene Nießbrauch erloschen ist und der Begünstigte alles erhalten hat, was er im Ergebnis erhalten sollte. Vor allem aber berücksichtigt die Sicht des BGH nicht die im wirklichen Leben vorgegebenen Alternativen. Nicht der Verkauf an einen Dritten ist die Alternative zur Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt — zumeist an einen nahen Angehörigen⁵³ — son-

⁴³ Dieses Verständnis deckt sich weitgehend mit der neuen Schenkungssteuerrechtsprechung des BFH, vgl. dazu unten Ziff. 6.

⁴⁴ Nicht zu verwechseln ist das freilich mit einem Ertrag, der erst durch Einsatz eigener Arbeitsleistung erwirtschaftet werden kann, wie z. B. bei einem landwirtschaftlichen oder Gewerbebetrieb.

⁴⁵ Oben Fußn. 5.

⁴⁶ Daß der Barkaufpreis, den ein Verkäufer bei Verkauf einer Sache unter befristetem Nutzungsvorbehalt aufgrund Anrechnung und Abzugs des kapitalisierten Nutzungswerts erhält, in Bezug auf den Zeitpunkt des Erlöschens des Nutzungsrechts aufgrund seiner Verzinsung oft mehr wert sein kann als dem Substanzwert entsprach, weist *Reiff* S. 124 überzeugend nach.

⁴⁷ Anders nach *Reiff*, Dogmatik, § 10 I 2 a, S. 237, Fußn. 36 der historische Gesetzgeber.

⁴⁸ Der Satz des BGH, der Wegfall des vorbehaltenen Nutzungsrechts mit dem Tod des Erblassers, d. i. die Zuwendung dieses gesamten Nutzungspotentials ab dem Erbfall werde ausreichend durch den Abzug des kapitalisierten Betrags des vorbehaltenen Nutzungswerts vom (welchem?) Sachwert berücksichtigt, ist logisch nicht nachvollziehbar.

⁴⁹ *Reiff*, Dogmatik, § 2 IV 2, S. 124.

⁵⁰ Bei Zuwendung von z. B. Wertpapieren ziemlich exakt, bei Immobilien sogar mehr als das, da diese erfahrungsgemäß eine niedrigere Rendite als Wertpapiere haben.

⁵¹ Daß dieser Vergleich jedenfalls im Schenkungssteuerrecht nicht verfangt, weist *Reiff*, Dogmatik, § 15 III, S. 307 f. nach. Die neue steuerrechtliche Rechtsprechung liegt voll auf der von ihm vertretenen Linie.

⁵² *Reiff*, Dogmatik, § 10 I 4 b), S. 241.

⁵³ Vgl. *Reiff*, Dogmatik, § 6, S. 165 ff.

dem die erbrechtliche Lösung⁵⁴. Vergleichstatbestand in der Praxis ist eben nicht die Umsetzung in Geld sondern die Überleitung des Vermögensgegenstands auf den Begünstigten im Wege der Erbfolge oder in vorweggenommener Erbfolge.

5. Nutzungsrecht als Gegenstand der Zuwendung

Wer vor dem Erbfall eine Sache samt ihrem Gebrauchsvorteil erhält, erhält damit mehr, als derjenige, der den Gebrauchsvorteil erst mit dem Erbfall (durch Erlöschen des vorbehaltenen Nutzungsrechts) erlangt, aber auch mehr als derjenige, der die Sache überhaupt erst mit dem Erbfall erlangt. Konsequenterweise müßte also die vorzeitige *zusätzliche* Zuwendung des Gebrauchsvorteils den Wert der Schenkung um den kapitalisierten Wert der Nutzungsmöglichkeit *erhöhen*⁵⁵.

Wenn sich dies jedoch nach § 2325, wonach höchstens der Wert des verschenkten Gegenstands zum Zeitpunkt der Zuwendung anzusetzen ist, verbietet, dann müßte konsequenterweise im Rahmen des § 2325 das Nutzungspotential vor dem Erbfall überhaupt außer Ansatz bleiben! Aber dann in jeder Beziehung: nicht nur die vorhandene, auch die nicht vorhandene Nutzungsmöglichkeit⁵⁶.

Was unter dem verschenkten Gegenstand und dessen Wert zu verstehen ist, ist offenbar keineswegs so eindeutig, wie dies der BGH darstellt. Der normale Wortsinn umfaßt jedenfalls nicht rechtsgeschäftliche Belastungen, wenn vom Wert einer Sache die Rede ist, sondern nur deren tatsächlichen Zustand. Es mindert die Substanz der zugewendeten Sache nicht, wenn der Empfänger deren Früchte für eine gewisse Zeit ganz oder teilweise nicht behalten bzw. erhalten darf, sondern diese dem Zuwendenden oder einem Dritten zustehen. Die Formulierung, die Regelung des § 2325 Abs. 2 „*gebiete*“ die vom BGH vorgenommene Auslegung, ist nichts als eine starke Behauptung, die ein Abwägen des Für und Wider ersparen soll⁵⁷. Die Begründung des OLG Hamburg für seine gegenteilige Auffassung, das Niederstwertprinzip wolle nur zufällige, unabhängig von den rechtsgeschäftlichen Gestaltungen der Vertragsbeteiligten eintretende, den merkantilen Wert des zugewendeten Gegenstands verändernde Umstände erfassen, also nicht auch die planmäßig durch die Parteien der Schenkung zunächst herbeigeführte, von selbst aber sich wieder ausgleichende Wertminderung, kann sich immerhin auf die Begründung des historischen Gesetzgebers berufen und zeigt, daß die Sachlage so selbstverständlich nicht ist.

⁵⁴ Dazu gleich unten Ziff. 7.

⁵⁵ In diese Richtung geht die Entscheidung des BGH vom 17.9.1986, DNotZ 1987, 315, wo im Erlaß einer Rente, also im Verzicht auf wiederkehrend zu leistende Zahlungen eine ergänzungspflichtige Schenkung gesehen wurde, und die Argumentation in der Entscheidung vom 8.4.92, wonach der einem Dritten zugewendete Nießbrauch „selbstverständlich“ in die Ergänzungsberechnung einzustellen wäre. Von hier wäre der Weg nicht weit, im *Verzicht* auf den Vorbehalt der Nutzungen einer verschenkten Sache eine zusätzliche Schenkung zu sehen.

⁵⁶ Und dann macht es tatsächlich keinen Unterschied, ob man das vom Erwerber eingeräumte Nutzungsrecht als Auflage der Schenkung qualifiziert oder mit *Reiff* zunächst den Veräußerer einen Eigentümergebrauch bestimmen und sodann die Sache abzüglich abgespaltenem Nutzungsrechtssegment verschenken läßt.

⁵⁷ Zur offensichtlichen Neigung des Senats, derartige vermeintliche Zwänge zu behaupten, siehe unten C.4.

6. Die schenkungssteuerrechtliche Beurteilung

Ein Seitenblick auf die steuerrechtliche Beurteilung mag für den Zivilrichter kein Argument sein, für den Praktiker, der weiß, daß häufig das Steuerrecht *ein* um nicht zu sagen *das* maßgebliche Kriterium für die Entscheidung der Vertragsbeteiligten ist, kann diese Sicht nicht außer acht lassen. Die Vorgeschichte der Reform des § 25 ErbStG zeigt, wie sehr zivilrechtliche Gestaltungen von der früheren, Erbschaftssteuer sparenden Rechtslage geprägt waren⁵⁸ und als Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten verstanden wurden. Die damalige steuerrechtliche Wertung auch des Vorbehaltsnießbrauchs als „Gegenleistung“ dürfte auch heute noch in manchem Kopf und in mancher anzutreffenden Formulierung nachwirken. Der Gesetzgeber ist dem mit der Neufassung des § 25 ErbStG entgegengetreten. Und der BFH hat sich in seiner Entscheidung vom 12.4.1989⁵⁹ endgültig von dem Gedanken verabschiedet, ein dem Schenker vorbehalten Nießbrauch könne als wie immer geartete Leistung des Erwerbers einen Abzugsposten darstellen. Der BFH unterscheidet nunmehr im Rahmen von reinen, Auflagen- und gemischten Schenkungen nach Leistungen, die dem Begünstigten Aufwendungen verursachen und reinen Duldungsaufgaben, zu denen vorbehaltene Nutzungsrechte zählen, aber auch die Auskehr der Früchte, die nur ein Hinausschieben des mit dem Rechtsübergang grundsätzlich verbundenen Nutzungsrechts bewirken⁶⁰. Die klare und zivilrechtlich präzise Gedankenführung des BFH, insbesondere zur Abgrenzung von Gegenleistungen und Auflagen und von Leistungen des Erwerbers und reinen Duldungspflichten würde manchem Zivilrichter⁶¹ zum Studium gut anstehen.

Schenkungssteuerrechtlich wird also nunmehr der mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastete verschenkte Gegenstand gleich bewertet wie der unbelastete. Konsequenter hat der BFH jetzt auch in seiner Entscheidung vom 29.1.1992⁶² dieses Rechtsverständnis dahin weitergeführt, daß ein Nießbrauchsvorbehalt, der keine Gegenleistung im Schenkungssteuerrecht darstellt, auch nicht Bemessungsgrundlage einer Grunderwerbsteuer sein kann und damit einem entgegenstehenden Ländererlaß der Finanzverwaltung den Boden entzogen.

Die zivil- und steuerrechtliche Beurteilung des gleichen Sachverhalts ist damit wieder einmal auseinandergefallen. Und das kann diesmal wirklich nicht den Finanzgerichten angelastet werden.

7. Zusammenfassung

Zusammengefaßt läßt sich feststellen: Ob ein Nutzungsvorbehalt bei der Pflichtteilsergänzung nach dem „Niederstwertprinzip“ zu berücksichtigen ist, läßt sich dem *Wortlaut* des § 2325 Abs. 2 S. 2 nicht entnehmen. Es geht also nicht darum, eine gesetzliche Bestimmung etwa entgegen ihrem Wortlaut nicht anzuwenden, sondern darum, ihren Wortsinn durch Auslegung zu ermitteln.

⁵⁸ Vgl. *Reiff*, Dogmatik, § 15 I, S. 300 f.

⁵⁹ MittBayNot 1989, 232; hierzu Verwaltungserlaß, MittBayNot 1990, 130.

⁶⁰ Die Übereinstimmung mit der *Reiff*'schen Formulierung vom „gestreckten Erwerb“ ist auffallend, daß ohne dieser vom BFH oder jener von den *Reiff*'schen Gedanken beeinflusst sein kann.

⁶¹ Dazu unten 7.

⁶² BB 1992, 847.

Sowohl die dokumentierte Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers als auch der von Reiff dokumentierte Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen spricht gegen eine Berücksichtigung des Vorbehaltsnießbrauchs. Aber vor allem: Sich nicht widersprechende Ergebnisse für Erbfall und Vorwegnahme der Erbfolge werden nur erhalten, wenn die Nutzungsmöglichkeit in der Zeit vor dem Erbfall unberücksichtigt bleibt. Zweck der gesetzlichen Regelung ist entgegen der Auffassung des BGH, den Pflichtteilsberechtigten so zu stellen, wie er ohne die Schenkung stünde.

Drei gängige Varianten des gleichen Falls, wie sie alltäglich in der notariellen Beratungspraxis vorkommen, verdeutlichen die Ungereimtheit der Lösung des BGH: Soll ein Objekt bereits zu Lebzeiten des künftigen Erblassers auf den vorgesehenen Erwerber übertragen werden oder nur eine vorsorgende Erbregelung getroffen werden?

- a) Wird der Begünstigte als Erbe eingesetzt, schuldet er den Pflichtteil aus dem vollen Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls⁶³.
- b) Erhält der Begünstigte die Sache vorzeitig, ohne jede Einschränkung, was ausschließlich im Interesse des Begünstigten ist, weil er das Objekt zusätzlich vorzeitig nutzen kann, schuldet er trotz des zusätzlichen Vorteils⁶⁴ auch nur den gleichen Betrag wie als Erbe. — Diese Lösung ist also für den Begünstigten deutlich besser als a), für den Erblasser entsprechend ungünstiger, für den Pflichtteilsberechtigten gleich — ein vom Gesetzgeber in Kauf genommener Widerspruch.
- c) Erhält der Begünstigte die Sache dagegen unter Nießbrauchsvorbehalt, ändert sich also an der wirtschaftlichen Situation der beiden Beteiligten praktisch nichts, außer daß der künftige Erblasser nicht mehr die Substanz des Objekts für sich verwerten kann, stehen beide Beteiligte wirtschaftlich weitgehend so wie im Fall a). Man sollte deshalb annehmen, daß der Pflichtteilsberechtigte dann auch nur stehen kann wie im Fall a) oder b).

Folgt man indes der Lösung der BGH-Entscheidungen, findet man hier die Patentlösung zur Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten! Dabei geht es nicht nur um marginale Abzugsbeträge⁶⁵: Bei Übertragung von Grundbesitz unter Nießbrauchsvorbehalt kann bei ausreichend langer statistischer Lebenserwartung der kapitalisierte Wert der vorbehaltenen Nutzung den Substanzwert der Zuwendung erreichen. Dies kann insbesondere bei der Übertragung an einen zweiten Ehegatten, bei dem die Frist des § 2325 Abs. 3 nicht zu laufen beginnt ggf. in Verbindung mit einer Scheidungsklausel trotz der nachstehend besprochenen Entscheidungen viel Sinn machen.

Dies verdeutlicht der vom OLG Köln⁶⁶ entschiedene Fall: Bei der Einräumung von Miteigentum an Grundbesitz an den Ehegatten des hochbetagten späteren Erblassers, welcher diese Zuwendung nur um 2 1/2 Jahre überlebte,

unter Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs, Vereinbarung eines Verfügungs- insbesondere Veräußerungsverbots mit Widerrufsvorbehalt für den Fall der Zuwiderhandlung und einer Scheidungsklausel wurde dieser Nießbrauch mit einem Betrag von immerhin 30% des Wertes des zugewendeten Grundbesitzes als Abzug berücksichtigt. Hätte das Gericht bei einer Lebenserwartung von mindestens 8 1/2 Jahren dann wohl einen 100%igen Abzug anerkannt?! Und das, obwohl das Gericht an anderer Stelle ausdrücklich feststellt, daß der bisherige Eigentümer sich seine Eigentümerrechte weitgehend erhalten hatte. Ist solch ein Ergebnis noch vermittelbar oder muß der juristische Laie hier nicht zu Recht von einem Trick sprechen? Geradezu erschütternd ist es, wenn man dann noch lesen muß, daß es sich um eine gemischte Schenkung gehandelt habe⁶⁷, weil dem Erblasser ein Nießbrauch eingeräumt worden sei, und daß der Nachlaß (!) um den um diese Gegenleistung geminderten Wert geschmälert worden sei. Aber selbst ein derart miserabel begründetes Urteil läuft angesichts der BGH-Rechtsprechung nicht Gefahr, aufgehoben zu werden, während sich dies für die ungleich sorgfältiger begründete Entscheidung des OLG Hamburg⁶⁸ unschwer vorhersagen läßt.

C. Ehebezogene Zuwendungen bei der Pflichtteilsergänzung

Zu diesem Problemkreis bieten die beiden neuen Entscheidungen des BGH⁶⁹ nicht nur viel Stoff zum Nachdenken sondern verbreiten auch erhebliche Rechtsunsicherheit.

1. Ausgangslage

Seit altersher entspricht es ständiger Rechtsprechung und kann als gesichert gelten, daß die ehevertragliche Begründung von Gütergemeinschaft in der Regel nicht Schenkung im Sinne des § 2325 BGB ist, auch wenn hierdurch eine erhebliche Bereicherung eines Ehegatten eintritt⁷⁰. Dies beruht zunächst auf dem vom Reichsgericht stets vertretenen⁷¹ Verständnis eines für das Schuld- und Erbrecht einheitlichen Rechtsbegriffs der Schenkung, für die keine Vermutung bestehe⁷². Der BGH hatte zunächst diese Rechtsprechung übernommen und die Ansicht des damaligen Berufungsgerichts, daß im Rahmen des § 2325 allein die objektive Bereicherung entscheide, als Auslegung gegen Wortlaut und Sinn der Vorschrift, die nur zu Rechtsunsicherheit führen würde, zurückgewiesen⁷³. An diesen Satz sollte man sich angesichts der neueren Entscheidungen erinnern. In späteren Entscheidungen wurde dieser Grundsatz zunehmend aufgeweicht, indem eine „tatsächliche Vermutung“ bei einem „groben Mißverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung für die Einigkeit der Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit eingeführt wurde⁷⁴. In seiner Anmerkung zu jener Entscheidung⁷⁵ fand der Bundesrich-

⁶³ Der Einfachheit halber soll hier sonstiges Vermögen des Erblassers außer acht gelassen werden.

⁶⁴ Wenn keine Preisveränderung usw. eingetreten ist.

⁶⁵ Vgl. die Rechenbeispiele bei Reiff, Dogmatik, § 7, S. 176 bis 186, wo ausgehend von den gleichen Werten je nach der Lösung der Ergänzungsbetrag um rd. 200% differieren kann.

⁶⁶ Oben Fußn. 10.

⁶⁷ Zur Abgrenzung von der Auflagenschenkungen kurz und instruktiv BFH v. 29.1.1992, BB 1992, 847.

⁶⁸ Oben Fußn. 2.

⁶⁹ Oben Fußn. 5.

⁷⁰ Palandt/Edenhofer, BGB 51. Aufl., § 2325 Rdnr. 11; MünchKommB, § 2323 Rdnr. 13.

⁷¹ RG v. 25.3.1930, RGZ 128, 187, 188 f.

⁷² RG v. 22.3.1940, RGZ 163, 257, 259.

⁷³ Entscheidung des V. Senats vom 9.11.60, LM Nr. 1 zu § 2325.

⁷⁴ BGH v. 21.6.72, BGHZ 59, 132 = NJW 1972, 1709.

⁷⁵ LM Nr. 7 zu § 2325.

ter *Johannsen* die griffige Formulierung, daß der Parteiwille eine objektiv nicht vorhandene Gegenleistung nicht ersetzen, eine objektiv unentgeltliche Zuwendung nicht zu einer entgeltlichen gemacht werden könne⁷⁶.

2. Unentgeltlichkeit ehebezogener Zuwendungen

Diesen Satz muß der BGH bei seiner Entscheidung vom 27.11.91 zur unbenannten (richtig wohl: ehebezogenen oder ehebedingten⁷⁷) Zuwendung⁷⁸ im Sinn gehabt haben, als er insbesondere der Kritik von *Jaeger*⁷⁹ an der bisherigen Rechtsprechung folgend, die unbenannte Zuwendung als im Regelfall objektiv unentgeltlich⁸⁰ erkannte⁸¹. Ein Teil des Schrifttums hatte vermeint, aus den veröffentlichten bisherigen Entscheidungen etwas anderes zu entnehmen und die ehebezogenen Zuwendungen als entgeltliche Rechtsgeschäfte verstanden⁸². Diese Autoren waren den zumindest mißverständlichen⁸³ Formulierungen der BGH-Entscheidungen aufgesessen, bei denen viel von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit zu lesen ist⁸⁴. Bei genauer Prüfung trifft jedoch die Feststellung des Senats zu, daß stets Ausgangspunkt der Erörterung die fehlende *Einigung* der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit war. Andererseits hatte immerhin die Bundesrichterin *Lambert-Lang* expressis verbis von Zuwendungen gesprochen, die „mit einer Gegenleistung erkaufft“⁸⁵ seien. Beim heutigen Sachstand wird sich jedenfalls die Theorie von der Entgeltlichkeit der ehebedingten Zuwendung als Regelfall nur mehr schwer halten lassen. Daß ausnahmsweise ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegen kann, erkennt auch der BGH in seiner Entscheidung vom 27.11.1991 an⁸⁶.

⁷⁶ Anzumerken ist dazu, daß es bei der „tatsächlichen Vermutung“ gar nicht darum geht, eine objektiv unentgeltliche Zuwendung zu einer entgeltlichen zu machen, sondern um die subjektive Komponente des Schenkungstatbestands, nämlich die Einigung über die Unentgeltlichkeit. Und die kann — auch nach den hier besprochenen Entscheidungen — sehr wohl bei „objektiver“ Unentgeltlichkeit fehlen.

⁷⁷ Zur Terminologie vgl. *Jaeger*, Zur rechtlichen Deutung ehebezogener (sog. unbenannter) Zuwendungen und zu ihrer Rückabwicklung nach Scheitern der Ehe, DNotZ 1991, 431, 432; richtigerweise sollte als „unbenannte“ Zuwendung nur eine solche bezeichnet werden, bei der der Rechtsgrund nicht ausdrücklich vereinbart bzw. benannt wird, vgl. *Lambert-Lang*, DNotZ Sonderheft 1985, 200*; *Amann*, DNotZ Sonderheft 1985, 202*.

⁷⁸ Oben Fußn. 5.

⁷⁹ A. a. O.

⁸⁰ Dazu *Jaeger*, a. a. O. S. 437; ebenso *Sandweg*, a. a. O. S. 1966; *Schotten*, a. a. O. S. 2847 ist der Ansicht, daß ehebedingte Zuwendungen in der Regel oder zumindest sehr häufig Schenkungen seien.

⁸¹ Zur Qualifizierung von Zuwendungen als „objektiv unentgeltlich“ siehe auch BGH v. 28.2.1991, MittRhNotK 1991, 283 im Hinblick auf § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG (Pflichtteilsverzicht).

⁸² Siehe oben Fußn. 9; so auch noch *Palandt/Edenhofer*, 48. Aufl. § 2325 Anm. 2 a; unbestimmt jetzt 51. Aufl., Rdnr. 10. Auch das OLG Köln, oben Fußn. 10, hält Zuwendungen unter Ehegatten nach der BGH-Rechtsprechung für „nicht unentgeltlich“.

⁸³ So zutreffend *Jaeger*, a. a. O., dort Fußn. 27.

⁸⁴ Z. B. Urteil vom 24.3.1983, NJW 1983, 1611; vom 17.1.1990, DNotZ 1990, 492, 493.

⁸⁵ DNotZ Sonderheft 1985, 208*.

⁸⁶ MittBayNot 1992, 150, 152; insbesondere Leistungen zur Altersversorgung scheinen unter dem Topos „geschuldeter Vorsorgeunterhalt“ jedenfalls teilweise von der Einordnung als „objektiv unentgeltlich“ ausgenommen zu sein und damit nicht der Pflichtteilergänzung unterworfen; wohl a. A. *Palandt/Edenhofer* 51. Aufl., § 2325 Rdnr. 10.

3. Vergleichbarkeit der Sachverhalte und Argumentation

Ist somit davon auszugehen, daß Zuwendungen unter Ehegatten in der Regel, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, als unentgeltlich zu qualifizieren sind, sind sie nur dann und deshalb nicht Schenkung, weil es an der Einigung über die Unentgeltlichkeit, gemeint ist: über die Freigebigkeit, an dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Schenkung, fehlt⁸⁷. „Der Rechtsgrund für die Bereicherung liegt vielmehr regelmäßig in einem familienrechtlichen Vertrag“; führt der BGH aus⁸⁸. Allerdings nicht, wie man dies aufgrund der bekannten Formulierung⁸⁹ annehmen möchte, in der Entscheidung zur ehebezogenen Zuwendung sondern in der zur Gütergemeinschaft. Nun ist die Diskussion um die causa der ehebezogenen Zuwendung⁹⁰ hinlänglich bekannt; soll es sich doch hierbei um einen formlos (!) gültigen familienrechtlichen Vertrag *sui generis*⁹¹ handeln, der die Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts verdrängt. Insoweit würde somit Übereinstimmung bestehen zwischen der Bereicherung aufgrund von Gütergemeinschaft und der durch ggf. unbenannte, jedenfalls ehebezogene Zuwendung, „der die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und darin ihre Geschäftsgrundlage hat“⁹². Aber selbst — und damit hebt sich die Ehevertrags-Entscheidung vom bisher Bekannten ab, wenn die dabei eintretende Bereicherung „als unentgeltlich empfunden und gewollt“ ist, also auch der subjektive Tatbestand der Schenkung erfüllt ist, hält es der BGH hier für nicht gerechtfertigt, sie schon deshalb dem Recht der Schenkung zu unterwerfen⁹³. Die Annahme einer Schenkung erscheint ihm nur dann gerechtfertigt, wenn festgestellt werden kann, daß die „Geschäftsabsichten der Eheleute nicht zwecks Verwirklichung der Ehe auf eine Ordnung der beiderseitigen Vermögen gerichtet waren“. Auch diese Formulierung führt die vor genannten bekannten Standardformulierungen zur ehebezogenen Zuwendung fort; insoweit paßt also die Güterrechts-Entscheidung nahtlos in die bekannte Rechtsprechung.

⁸⁷ Diesen Gesichtspunkt hat das OLG Köln, oben Fußn. 10, erst gar nicht erörtert, vielmehr „unentgeltlich“ wie jeder juristische Laie mit „Schenkungen“ gleichgesetzt.

⁸⁸ Was nun wieder nichts mit der Frage zu tun hat, ob eine Schenkung oder ein anderes Rechtsgeschäft vorliegt, ebenso *Jaeger* a. a. O. S. 444, sondern mit der, ob überhaupt eine causa vorliegt oder eine rechtsgrundlose Leistung, vgl. dazu *Langenfeld*, DNotZ Sonderheft 1985, 178*.

⁸⁹ Z. B. BGH v. 17.1.1990, DNotZ 1990, 492, 493; v. 8.7.1982, DNotZ 1983, 180 = NJW 1982, 2236.

⁹⁰ Hierzu ausführlich *Sandweg*, NJW 1989, 1965, 1967.

⁹¹ *Lang*, LM § 242 Bb Nr. 102; *Jaeger*, a. a. O. S. 444.

⁹² BGH v. 17.1.1990, DNotZ 1990, 492, 493 m. umfangreichem Rechtsprechungsnachweis.

⁹³ Dafür ließe sich immerhin anführen, daß eben ein Unterschied zwischen der vom Gesetz vorgegebenen und damit als Sonderfall gebilligten Güterstandsvereinbarung und der praeter legem aus Billigkeitsgründen entwickelten causa der ehebezogenen Zuwendung bestehe.

4. Gegensätzliche Rechtsfolgen

Wer aber jetzt annehmen würde, daß damit eine homogene Rechtsprechung zu ehebezogenen Zuwendungen, sei es durch ehevertragliche Vereinbarung von Gütergemeinschaft, sei es in sonstiger Weise, entwickelt wäre, muß sich getäuscht sehen. Denn während nach der Ehevertrags-Entscheidung „sowohl die Gläubiger als auch die Pflichtteilsberechtigten die für das Ehegüterrecht grundlegende Befugnis, die güterrechtlichen Verhältnisse jederzeit für die Zukunft zu ändern als eine Folge der Eheschließungsfreiheit grundsätzlich hinnehmen müssen“, „nötigt“ (!) nach der anderen Entscheidung des gleichen Senats vom gleichen Tag das „berechtigte Interesse“ von Pflichtteilsberechtigten dazu, „die (d. h. doch wohl *alle*) Fälle der unbenannten Zuwendung im Erbrecht wie eine Schenkung zu behandeln. Als Begründung hierfür kann man lesen, daß die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung „inzwischen vielfach (!) als ein gangbarer Weg angesehen und genutzt“ (!) wird, „um Vermögen zum Nachteil von Vertragserben oder von Pflichtteilsberechtigten am Nachlaß vorbei an solche Personen weiterzuleiten, die dem Erblasser genehmer sind“⁹⁴.

Diese Feststellungen müssen erstaunen: Einmal, woher der Senat bereits jetzt, kaum ein Jahrzehnt nach der grundlegenden Entscheidung vom 26.11.1981⁹⁵ solche Tendenzen will feststellen können; das heißt doch, daß bereits kurz nach dem Bekanntwerden dieser Entscheidung eine größere Anzahl potentieller Erblasser die Chancen erkannt⁹⁶, unverzüglich genutzt und wenig später verstorben sein muß, so daß die darüber geführten Rechtsstreite bereits den Instanzenweg bis zum BGH durchlaufen haben! Es drängt sich der Verdacht auf, daß hier eine durch keinerlei Tatsachen belegte und auch nicht belegbare Alltagstheorie die Erkenntnisfindung beeinflusst hat⁹⁷. Was aber besonders auffällt, ist, daß ohne Prüfung des Einzelfalls bzw. der Fallgruppe⁹⁸ pauschal ehebezogene Zuwendungen als Umgehungsgeschäfte gebrandmarkt werden; es soll also gerade nicht darauf ankommen, ob festgestellt werden kann, daß die „Geschäftsabsichten der Eheleute nicht zwecks Verwirklichung der Ehe auf eine Ordnung der beiderseitigen Vermögen gerichtet waren“, wie dies am gleichen Tag für das Ehegüterrecht entschieden wurde.

Auch die weitere vom BGH angeführte Begründung überzeugt nicht: Daß vor der Einführung der neuen Rechtsfigur in die Rechtsordnung eine Zuwendung unter Ehegatten im allgemeinen als Schenkung im Sinne von § 516 BGB angesehen wurde (nicht „anzusehen war“, wie der BGH ausführt) und daher in den Anwendungsbereich der §§ 2287, 2288, 2325 BGB fiel, belegt doch nicht, daß eine solche Wertung richtig war! Gerade im Gegenteil stellt sich die Frage nach der Richtigkeit dieser Einordnung, wenn die Ehegatten subjektiv nicht von einer Schenkung ausgegangen sind. Mahnte doch der BGH in der Entscheidung vom 9.11.60⁹⁹, daß die Ansicht, im Rahmen des § 2325 entscheide allein die objektive Bereicherung, als Auslegung gegen Wortlaut und Sinn der Vorschrift nur zu Rechtsunsicherheit führen würde. Daß dem historischen Gesetzgeber die Vorstellung einer die Schenkung verdrängenden unbenannten Zuwendung nicht geläufig war, ist nichts neues. Geläufig waren ihm aber z. B. mit der Ausstattung durchaus objektiv unentgeltliche Zuwendungen innerhalb der Familie, die er nicht als Schenkung qualifizierte und gerade nicht den Rechtsfolgen der §§ 2287, 2288, 2325 unterstellen wollte¹⁰⁰. Das gleiche gilt ja auch nach der ständigen und durch Entscheidung vom gleichen Tag bestätigten Rechtsprechung zur Bereicherung durch Ehevertrag. Von einem „Verfehlen“ des Regelungsplans des Gesetzgebers kann da keine Rede sein.

5. Differenzierung nach Fallgruppen

Freilich sind gerade dem Praktiker Fälle bekannt, in denen möglichst alles Vermögen auf einen Ehepartner übertragen werden soll, um Pflichtteilsberechtigte um ihren Pflichtteil zu bringen. Hier kann es ebensowenig auf die bloße *Bezeichnung* des Rechtsgeschäfts als „ehebezogene Zuwendung“ ankommen, wie es im Rahmen des Zugewinnausgleichs auf die Bezeichnung einer Zuwendung als „Schenkungen“ ankommen konnte¹⁰¹. Auch die Motivation einer „haftungsgünstigeren Verteilung“ — im Klartext: beabsichtigter Benachteiligung etwaiger künftiger Gläubiger (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 AnfG) — bzw. verdeckter Treuhand können ihre Gleichstellung mit Schenkungen im Sinne des § 2325 rechtfertigen. Wenn und soweit es aber tatsächlich um nicht mehr und nicht weniger geht, als den Ehegatten an den „Früchten des ehelichen Zusammenwirkens angemessen teilhaben zu lassen“, seinen Beitrag als gleichwertig anzuerkennen¹⁰², vorweggenommenen Zugewinnausgleich durchzuführen¹⁰³, was in der Praxis gar nicht so selten ist, wie *Jaeger*¹⁰⁴ annimmt, wird der Empfänger gegenüber dem durch Ehevertrag Bereicherten kraß benachteiligt, nur weil *noch* kein fälliger Anspruch besteht¹⁰⁵.

⁹⁴ Vgl. schon die ähnlichen Ausführungen bei BGH v. 17.9.1986, DNotZ 1987, 315, 316 = NJW 1987, 122. Genau diese Motivation liegt nach *Reiff*, Dogmatik, § 6, S. 165 f. der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt, welche der BGH so viel milder behandelt, zugrunde — eine Beurteilung, die der Verf. ebenso wenig teilt wie die Ausführungen *Reiffs*, Dogmatik, §§ 5 und 6 zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts an sich bis hin zum verfassungsrechtlich geschützten Gut und der Pflichtteilergänzung im besonderen.

⁹⁵ NJW 1982, 1093.

⁹⁶ Erste Stellungnahmen im Schrifttum finden sich erst bei *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge, München 1984, S. 91 ff., *Rossak*, MittBayNot 1984, 74 ff. und *Sandweg*, BWNotZ 1985, 34 ff., jeweils jedoch noch ohne jeden erbrechtlichen Bezug; diese Frage war von der Bundesrichterin *Lambert-Lang* anlässlich der Diskussion auf dem 22. Deutschen Notartag 1985 als noch völlig offen bezeichnet worden (DNotZ Sonderheft 1985, 208*).

⁹⁷ Entsprechend, aber zurückhaltender argumentiert das OLG Köln, oben Fußn. 10, daß anderenfalls ein Weg eröffnet würde, § 2325 ohne nennenswerte Nachteile und Risiken zu unterlaufen.

⁹⁸ Zur Fallgruppenbildung *Langenfeld* und *Helms*, DNotZ-Sonderheft 1985, 196*.

⁹⁹ Oben Fußn. 73.

¹⁰⁰ Auf diese Parallele weist schon *Morhard*, NJW 1987, 1734, 1736 hin, der § 1624 Abs. 1 analog anwenden will; ihm folgend *Palandt/Edenhofer*, 51. Aufl., § 2325 Rdnr. 10.

¹⁰¹ Vgl. BGH v. 17.1.1990, DNotZ 1991, 492, 494; *Amann*, DNotZ-Sonderheft 1985, 203*; *Sandweg*, NJW 1989, 1969.

¹⁰² BGH v. 26.11.81, NJW 1982, 1093.

¹⁰³ Ebenso *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge, 2. Aufl. 1989, Rdnr. 403.

¹⁰⁴ DNotZ 1990, 431, 450.

¹⁰⁵ Die Beispiele bei *Sandweg*, NJW 1989, 1969, 1971 wirken eher konstruiert und stellen durchgängig Übermaßfälle dar, die über eine gleichwertige Teilhabe an den Früchten des ehelichen Lebens weit hinausgehen.

Ein Beispiel aus der Praxis mag dies verdeutlichen:

Ein Paar hatte vor der Eheschließung, wie das so auf dem Lande Brauch ist, ein Haus gebaut. Das Grundstück hatte die Frau von ihren Eltern erhalten, der Ehemann verwendete seine Eigenmittel auf den Hausbau. Der größte Teil der Baukosten wurde durch einen gemeinsam aufgenommenen Kredit finanziert. Als das Haus fertig war, heiratete man. Jetzt, 20 Jahre später, die Schulden sind abbezahlt, die Kinder aus dem Haus, kommt man dazu, die rechtlichen Verhältnisse zu ordnen. Der Ehemann soll für seinen Einsatz von Eigenmitteln (insoweit hat er Glück, daß er zur Zeit des Hausbaus noch unverheiratet war, ihm sein Bereicherungsanspruch nicht durch das Ehegüterrecht verdrängt wird) und seinen Beitrag an der Schuldentilgung als Miteigentümer am Hausgrundstück der Ehefrau beteiligt werden. Einen fälligen Ausgleichsanspruch hat er trotz der von ihm unbenannt ehebezogen erbrachten Zuwendung an seine Ehefrau (er war Allein- oder Hauptverdiener) nicht. Also nach der neuen BGH-Entscheidung im Erbfall ergänzungspflichtige „objektiv unentgeltliche“ Zuwendung?

Würden die Ehegatten ehevertraglich den Güterstand beendet haben, so daß der Zugewinnausgleichsanspruch rechtlich entstanden wäre, läge schon gar nicht einmal mehr eine objektiv unentgeltliche Zuwendung vor. Der Praktiker wird also in derartigen Fällen nunmehr zu ehevertraglichen Lösungen raten müssen, um der neuen Rechtsprechung zu begegnen. Soll er im Zusammenhang mit der beabsichtigten Zuwendung empfehlen, zunächst den Güterstand der Zugewinngemeinschaft zu beenden, um einen Ausgleichsanspruch zu schaffen, der sodann befriedigt wird? Kann gleich darauf wieder für die weitere Dauer der Ehe der gesetzliche Güterstand vereinbart werden, ohne daß dies als schändliches Umgehungsgeschäft gebrandmarkt wird? Oder sollte die Gütergemeinschaft aufgrund dieser Rechtsprechung auch bei ihren bisherigen Kritikern¹⁰⁶ eine Renaissance erleben?

6. Aufgabe des einheitlichen Schenkungsbegriffs

Tatsächlich kann man den beiden entgegengesetzten Entscheidungen eines entnehmen: Der Schenkungsbegriff des § 2325 ist nicht mehr identisch mit dem des § 516. Objektive Unentgeltlichkeit genügt ebenso wie bei § 3 Abs. 1 Ziff. 3 AnfG. Damit ist die mit der Entscheidung vom 21. 6. 1972 begonnene Abkehr von der früheren Rechtsprechung konsequent fortgeführt. Auf die subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien kommt es nicht an (nach dem Ehevertrags-Urteil selbst bei Einigkeit über die Unentgeltlichkeit grundsätzlich keine Pflicht-

teilsergänzung!). Der vorzeitige Zugewinnausgleich ist aus dem gleichen formalen Grund ergänzungspflichtig wie die Abfindung eines noch nicht entstandenen Erbrechts¹⁰⁷.

Die neue Rechtsprechung des BGH zur „unbenannten Zuwendung“ im Erbrecht läßt sich aber nicht durchhalten. Am wenigsten bei der tatsächlich *unbenannten*, wo ein Übertragungsakt gar nicht stattfindet, sondern die Bereicherung des Ehegatten dadurch erfolgt, daß ihm Vermögen ohne einen eigenen *finanziellen* Beitrag wächst. Der in der notariellen Praxis häufigste Fall ist der Erwerb eines Familienheims durch Ehegatten als Miteigentümer unter erheblicher Kreditaufnahme, wobei dieser Kredit dann im Laufe der Zeit aus dem Verdienst des allein erwerbstätigen Ehegatten abbezahlt wird¹⁰⁸. Wie will man hier § 2325 anwenden? In der Entscheidung des BGH heißt es aber, es „müßten“ die Fälle der unbenannten Zuwendung im Erbrecht wie eine Schenkung behandelt werden. Soll man daraus schließen, daß erbrechtlich doch wieder ein Bereicherungsanspruch konstruiert werden soll, dessen Verzicht dann ausgleichspflichtige Schenkung wäre?!

Hier zeigt sich, daß Begriffe wie *die* unbenannte oder *die* ehebedingte Zuwendung nicht taugen, daraus Rechtsfolgen abzuleiten¹⁰⁹ insbesondere dann, wenn sie ein alles andere als homogenes Bündel verschiedener Fallgruppen¹¹⁰ kennzeichnen. Die zutreffende Rechtsfolge läßt sich nur aus einer wertenden Einordnung des konkreten Falls in eine Fallgruppe gewinnen. Ebenso wie es richtig ist, daß die durch Ehevertrag bewirkte Bereicherung eines Ehegatten *ausnahmsweise* als Schenkung im Sinne des Erbrechts zu qualifizieren sein kann, insbesondere, wenn ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts ersichtlich ist, kann richtigerweise auch in manchen, aber bei weitem nicht allen Fällen ehebezogener Zuwendungen und *ausnahmsweise* auch bei deren Sonderfall der „unbenannten“ Zuwendung Schenkung im Sinne des Erbrechts anzunehmen sein. Die Entscheidung des BGH zur ehebezogenen Zuwendung schießt dagegen über das Ziel einer sachgerechten Differenzierung unter Ausschluß von Mißbrauchs- und Übermaßfällen hinaus, indem sie das subjektive Element des Schenkungsbegriffs opfert.

¹⁰⁶ Vgl. Langenfeld, DNotZ-Sonderheft 1985, 191*; ders. Handbuch der Eheverträge, 2. Aufl. 1989, S. 84 ff.; ders. Der Ehevertrag, München 1980, S. 80.

¹⁰⁷ Ebenso schon MünchKomm/Frank, § 2325 Rdnr. 14; Sandweg, a. a. O., S. 1972.

¹⁰⁸ Siehe das vorstehende Beispiel.

¹⁰⁹ Der der Entscheidung des OLG Köln, oben Fußn. 10, zugrunde liegende Fall eines 69jährigen Ehegatten ist offensichtlich ungeeignet, allgemeine Rechtsregeln über die erbrechtliche Behandlung ehebedingter Zuwendungen abzuleiten.

¹¹⁰ Langenfeld, DNotZ-Sonderheft 1985, 203*.

II. Kurze Beiträge

Notar Dr. Ludwig Röhl 65 Jahre

Am 01.09.1992 tritt Notar Dr. Ludwig Röhl — nach Vollendung des 65. Lebensjahres am 16.08.1992 — in den Ruhestand. Nach Studium in Bamberg und Erlangen, Promotion und sechs Assessorenjahren in Würzburg wurde Ludwig Röhl 1960 zum Notar in Höchstädt a. D. ernannt.

Seit 01.10.1969 ist er Notar in Günzburg.

Die langjährige, verdienstvolle Tätigkeit von Röhl als Notar zu würdigen, muß anderen vorbehalten bleiben. Hier geht es um seine Verdienste für die Entwicklung des Rechts, insbesondere des Wohnungseigentums.

Als das Wohnungseigentum in den 50-iger und 60-iger Jahren immer größere Bedeutung gewann, bestand eine vom Gesetzgeber übersehene Gefahr: Es geht darum, daß die Wohnungsgrundbücher bereits angelegt werden, wenn Wohnungseigentum nur auf dem Papier gebildet ist. Häufig werden nicht alle Gebäude, die zum gleichen Wohnungseigentumsobjekt gehören, gleichzeitig errichtet; oft wird ein Teil sofort fertiggestellt, während weitere Teile erst später errichtet werden. In diesem Falle erhebt sich die Frage, wann Wohnungseigentum entsteht. Zunächst wurde in der Literatur die Auffassung vertreten, Wohnungseigentum könne erst entstehen, wenn alle vorgesehenen Räume abgeschlossen hergestellt sind (mindestens im Rohbau). Was praxisfremde Ausführungen an Unheil anrichten können, wurde etwa deutlich in der Frage der Konkursfestigkeit der Vormerkung im Bauträgervertrag, wo nach starker Beunruhigung der Praxis der Bundesgesetzgeber einschreiten mußte (durch Änderung des § 24 KO).

Soweit mußte es in der Frage der Entstehung des Wohnungseigentums nicht kommen. Röhl hat schon 1975 in seiner Schrift „Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungseigentums“ die Theorie der schrittweisen Entstehung des Wohnungseigentums begründet.

Dies ist nicht der einzige Punkt in dem Röhl die Entwicklung des Wohnungseigentums beeinflußt hat. In seinem Aufsatz NJW 1976, 1473 nahm Röhl dagegen Stellung, den Erwerber von Wohnungseigentum für Rückstände des Veräußerers in Anspruch zu nehmen. Der BGH folgte dieser Auffassung unter ausdrücklicher Berufung auf Röhl (BGH 13.10.1983 NJW 1984, 308; 22.01.1987 NJW 1987, 1638).

Probleme treten auch auf, wenn die Teilungserklärung fehlerhaft ist. In der Festschrift für Seuss (1987) hat Röhl dargelegt, daß Fehler beim Abschluß des Gründungsgeschäfts insgesamt geheilt werden, sobald ein Käufer gutgläubig Wohnungseigentum erwirbt. Der BGH ist dem in der Entscheidung vom 03.11.1989 DNotZ 1990, 377 unter Berufung auf Röhl beigetreten.

Erfahrungsgemäß setzen sich in Monographien entwickelte, noch so gut begründete Auffassungen nur dann durch, wenn sie in die großen Kommentare übernommen werden. Eine günstige Entwicklung war es, daß die Herausgeber des Münchner Kommentars Röhl von Anfang an mit der Bearbeitung des Abschnitts über das Wohnungseigentum beauftragt haben. Heute sind die von Röhl entwickelten Auffassungen kaum noch strittig. Was dies für die Sicherheit des Rechtsverkehrs bedeutet, braucht den Lesern dieser Zeitschrift nicht gesagt werden.

So nimmt es nicht Wunder, daß das von Röhl herausgegebene „Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter“ seit 1977 fünf Auflagen erleben durfte und daß Röhl, wiederholt zu den Tagungen des Evangelischen Siedlungswerks über Wohnungseigentum als Referent gebeten wurde.

Dem Verfasser dieser Zeilen ist es eine besondere Freude, daß Röhl an dem früher von Daimer als „Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars“ begründeten Werk mitgewirkt hat seit das Buch (1970) umgestaltet und (1982 und 1990) als „Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung“ erschienen ist. Wenn Röhl auch künftig seine Tätigkeit einschränken will, hat er doch zugesagt, die Abschnitte über Wohnungseigentum und Erbbaurecht auch in künftigen Auflagen zu behandeln.

Alle Veröffentlichungen von Röhl in DNotZ und MittBayNot zu nennen gestattet der zur Verfügung stehende Raum nicht. Nicht vergessen werden darf aber die Darstellung der Entwicklung gerade dieser Zeitschrift im Sonderheft von 1989.

Wir alle hoffen, daß Röhl auch in seinem Ruhestand der wissenschaftlichen Tätigkeit nicht zuletzt zum Nutzen der notariellen Praxis verbunden bleibt.

Notar Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

Die Veräußerung nicht gebuchter selbständiger Fischereirechte

— Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Beschluß vom 1. 8. 1991¹ —

Von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

I. Die Bedeutung selbständiger Fischereirechte

Selbständige² frei veräußerliche und vererbliche Fischereirechte³ spielen — wenn auch mit regional bedingter Unterschiedlichkeit — in der notariellen Praxis durchaus eine Rolle. In den Zeiten immer größerer werdender Bedürfnisse für eine sinnvolle Freizeitbetätigung stellen sie einen nicht nur ideellen Wert dar. Privatpersonen wie Vereine sind bereit, durchaus stattliche Geldbeträge für einen Erwerb auszugeben. Dem mit der Beurkundung hinsichtlich dieser schwierigen Rechtsmaterie⁴ befaßten Notar obliegt auch hier die Aufgabe, die Vertragsteile über die Voraussetzungen eines rechtswirksamen Erwerbs zu belehren und, wenn Zweifel bestehen, seine Bedenken mit ihnen zu erörtern (§ 17 BeurkG).

II. Landesrechtliche Übertragungsvoraussetzungen

Hinsichtlich der für den Erwerb selbständiger, grundstücksgleicher Fischereirechte⁵ einzuhaltenden Voraussetzungen haben sich in der deutschen Rechtsentwicklung im Lauf der Jahre verschiedene Grundtypen herausgebildet. Da die Bemühungen einer fischereirechtlichen Arbeitsgemeinschaft der Bundesländer zur Schaffung eines im wesentlichen einheitlichen und gleichen Fischereirechts gescheitert sind⁶, besteht aufgrund des landesrechtlichen Vorbehalts des Art. 69 EGBGB⁷ diese Typenvielfalt fort. Im einzelnen lassen sich folgende Übertragungsvoraussetzungen unterscheiden:

¹ BayObLGZ 1991, 291 = MittBayNot 1992, 132 ff.

² Selbständig heißen diese Fischereirechte deshalb, weil sie im Gegensatz zu den Eigentümerfischereirechten nicht dem Gewässereigentümer sondern Dritten zustehen. Anders als im Jagdrecht, wo nach § 3 Abs. 1 S. 2 BJagdG das Jagdrecht untrennbar mit Grund und Boden verbunden ist, kann das Fischereirecht aufgrund des Vorbehalts des Art. 69 EGBGB als selbständiges Recht begründet und übertragen werden.

³ Die beiden anderen Formen des selbständigen Fischereirechts in Bayern, die subjektiv-dinglichen und die subjektiv-persönlichen Fischereirechte sind dagegen aufgrund ihrer Rechtsnatur als solche nicht selbständig veräußerlich sondern müssen erst im Wege einer Inhaltsänderung des Rechts übertragbar gemacht werden, vgl. hierzu etwa Altnöder/Kelz, Fischereirecht in Bayern, 9. Ergänzungslieferung 1992, Art. 10 Rdnr. 3 und Rdnr. 7.

⁴ Eine gute Einführung hierzu findet sich bei Reimann, Die selbständigen Fischereirechte nach dem bayerischen Fischereigesetz, MittBayNot 1971, 4 ff.

⁵ Teilweise in verschiedenen Bundesländern auch als Fischereigerechtigkeiten bezeichnet.

⁶ Schröder AgrarR 1977, 19.

⁷ Zu Umfang und Reichweite des Vorbehalts vgl. etwa Staudinger/Promberger/Schreiber, BGB, 12. Aufl., Art. 69 EGBGB Rdnr. 24 ff.

(1) Die Übertragung der selbständigen, dinglichen Fischereirechte bedarf grundsätzlich nur der notariellen Beurkundung und *nicht* zusätzlich der Eintragung im Grundbuch⁸.

(2) Die selbständigen Fischereirechte unterstehen dem Grundstücksrecht *erst, wenn* für sie ein selbständiges Grundbuchblatt *angelegt* ist. Dies geschieht i. d. R. nur auf Antrag des Fischereiberechtigten. Mit der Buchung richten sich Übertragung, Belastung und Aufhebung des Fischereirechts nach dem Immobilienrecht des BGB, insbesondere gelten für den Erwerb die Vorschriften der §§ 873, 925 BGB⁹. Diese Abgrenzung ist einfach und praktikabel, da allein an das Faktum der Grundbucheintragung angeknüpft wird.

(3) Für die selbständigen Fischereirechte gelten generell die allgemeinen Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken, es bedarf also im allgemeinen gem. §§ 873, 925 BGB der *Auflassung und Grundbucheintragung*¹⁰. Diese Erfordernisse sind verständlich, wenn das Fischereirecht bereits im Grundbuch eingetragen ist. Aber gelten hier nicht

⁸ So § 8 Abs. 1 S. 2 Fischereigesetz Nordrhein-Westfalen vom 11. 7. 1972 (GVBl. 226); Preußisches FischG v. 11. 5. 1916 (GS S. 55) § 19 Abs. 1 S. 2, das z. T. noch in einer Reihe von Bundesländern fortgilt, vgl. hierzu Staudinger/Promberger/Schreiber, Art. 69 Rdnr. 49 ff.; § 6 Abs. 1 S. 2 Hess FischG v. 19. 12. 1990 (GVBl. I S. 776); § 9 Abs. 1 S. 2 des Landesfischereigesetzes für Rheinland-Pfalz v. 9. 12. 1974 (GVBl. S. 601), vgl. hierzu auch die Kommentierung von Jens/Gehendges, Fischereirecht Rheinland-Pfalz, 1980, § 9 S. 33 f.

⁹ Dies galt so im früheren preußischen Rechtsgebiet, wo für die Übertragung des Rechts bis zur Grundbucheintragung das Liegenschaftsrecht des Allgemeinen Preußischen Landrechts galt, also schuldrechtlicher Vertrag und Übergabe erforderlich waren; vgl. etwa Bergmann, Fischereirecht, 1966, S. 134; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., § 81 I Fn. 1 und Art. 40 PrAGBGB vom 20. 9. 1899 allgemein für „selbständige Gerechtigkeiten“. Gleiches gilt — wohl immer noch — für Niedersachsen, OLG Oldenburg AgrarR 1981, 109, 110.

¹⁰ So Art. 9 Fischereigesetz für Bayern vom 15. 8. 1908 (BayRS 793-1-E) geändert durch Gesetz vom 29. 7. 1986 (GVBl. S. 200). Schwieriger liegt die Rechtslage in Baden-Württemberg: Dort hat man sich bei der Einführung des neuen Fischereigesetzes aus verfassungsrechtlichen Bedenken nicht zu einer einheitlichen Ausgestaltung der verschiedenen Fischereirechte entschließen können (s. Karremann/Laiblin, Das Fischereirecht in Baden-Württemberg, 2. Aufl., S. 22). Die bisher als grundstücksgleiche Rechte bestehenden Fischereirechte behalten gem. § 6 Abs. 3 Baden-Württembergisches Fischereigesetz v. 14. 11. 1979 (GBl. 466) diese Eigenschaft; demnach bedarf es auch hier grundsätzlich bei der Übertragung des Rechts im württembergischen, badischen und hessischen Rechtsgebiet der Grundbucheintragung (Karremann/Laiblin, § 6 Rdnr. 3). Andere Fischereirechte bedürfen für die rechtsgeschäftliche Veräußerung nur der Schriftform, § 8 Abs. 4 BWFischG.

Ausnahmen bei nicht gebuchten Rechten, insbesondere, wenn es sich um altrechtliche Berechtigungen handelt, die vor Inkrafttreten des BGB oder vor Anlegung des Grundbuchs entstanden? Der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ würde eher die unter (2) dargestellte Regelung entsprechen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte sich unlängst mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

III. Die Meinung des BayObLG

Das BayObLG hat seine Meinung im zweiten Leitsatz seines Beschlusses vom 1.8.1991 zusammengefaßt:

„Spätestens seit dem Inkrafttreten von Art.14 des Bayerischen Fischereigesetzes am 24.8.1908 und der Anlegung des Grundbuches kann ein selbständiges Fischereirecht nur noch durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch rechtsgeschäftlich übertragen werden, sofern nicht auch für den Erwerber Buchungsfreiheit nach §3 Abs.2 Buchst. a GBO besteht.“ Dieser Leitsatz des zu besprechenden Beschlusses¹¹ spricht sich dafür aus, daß für die Veräußerung von Fischereirechten in Bayern die unter II. (3) genannten Erfordernisse gelten. Soweit es sich um bereits gebuchte Fischereirechte handelt, ist dem uneingeschränkt zu folgen. Denn durch die Verweisung des Art.9 Abs.2 BayFischG auf die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften ergibt sich, daß hier nichts anderes gilt, als bei den im Grundbuch eingetragenen Grundstücken¹². Insofern verwirklicht das Grundbuch hier uneingeschränkt den Publizitätsgrundsatz im Grundstücksrecht¹³.

IV. Nicht gebuchte selbständige Fischereirechte

Aber wie steht es mit den im Grundbuch *nicht eingetragenen*, insbesondere den altrechtlichen Fischereirechten? Deren Zahl ist gar nicht so gering, wengleich in den letzten Jahren eine ganze Reihe solcher Rechte abgemerkt und im Grundbuch eingetragen wurden. Auch wenn anerkannt ist, daß das Bayer. Fischereigesetz im Gegensatz zu den Fischereirechten anderer Länder¹⁴ keinen Eintragungszwang für

selbständige Fischereirechte enthält¹⁵, so würde diese Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts doch zu einem mittelbaren Eintragungszwang bisher nicht gebuchter Fischereirechte führen¹⁶.

1. Die bisherige Praxis: Keine Buchung erforderlich

Die gerichtliche¹⁷ wie notarielle Praxis¹⁸ hielt bei einer Veräußerung eine Eintragung der nicht gebuchten selbständigen Fischereirechte wohl überwiegend nicht für erforderlich. Während beim käuflichen Erwerb selbständiger Fischereirechte, insbesondere aus Zweckmäßigkeitgründen, etwa wegen der Vermutung des §891 BGB oder der Kaufpreisfinanzierung, vielfach das nicht gebuchte Fischereirecht ins Grundbuch eingetragen wurde, unterblieb dies vor allem bei Übergaben. Vielfach gaben die Beteiligten mangels Problembewußtseins dem Notar gar nicht an, daß ein Fischereirecht mit dem zu übergebenden Anwesen zu übertragen sei.

Offenbar erblickten auch die Grundbuchämter bei einer ausdrücklichen Erwähnung des nicht gebuchten Fischereirechts in der Übergabe trotz der nach Art.14 Abs.2 BayFischG bestehenden Pflicht, von Amts wegen ein Fischereigrundbuchblatt anzulegen, keine Veranlassung entsprechend zu handeln. So geschehen bei der Übergabe von 1914 in dem der Entscheidung vom 1.8.1991 (BayObLG 1991, 291) zugrundeliegenden Fall.

Mit dieser stillschweigend geübten Praxis bricht nun das Bayerische Oberste ziemlich abrupt. Die sich daraus ergebenden mißlichen Folgen werden in der Entscheidung selbst sofort deutlich: Die bloße notarielle Beurkundung für die Rechtsübertragung seit Anlegung des Grundbuches nicht mehr ausreichend. Demnach wurden dadurch die selbständigen, nicht gebuchten Fischereirechte nicht dinglich wirksam auf den Erwerber übertragen, sondern konnten nur vererbt werden. Was dies bedeutet kann sich jeder unschwer ausmalen. Eine „Reparaturmöglichkeit“ besteht kaum.

Zwar hat der Erwerber aufgrund des schuldrechtlichen Vertrags einen Erfüllungsanspruch auf Übertragung des Fischereirechts, aber ob dieser nach oftmals vielen Jahren noch praktisch durchsetzbar ist, ist mehr als zweifelhaft. Mitunter helfen die in Übergabeverträgen bisweilen verwendeten Auflassungsvollmachten weiter, die bei „vergangenen Grundstücken“ solche Probleme bewältigen sollen; aber gerade in alten Übergabeurkunden fehlen diese meist bzw. sind über so viele Jahre nicht mehr zurück zu verfolgen. Die Auswirkungen der neuen Entscheidung sind um so fataler, als auch ein gutgläubiger Erwerb bei einer später nachgeholt Grundbucheintragung oftmals nicht in Frage kommt: Konnte — aufgrund der bisher großzügiger gehandhabten

¹¹ Mittlerweile hat das Bayerische Oberste in dem Beschluß vom 12.9.1991 — BayObLGZ 1991, 334 = MittBayNot 1992, 134 f. — zu erkennen gegeben, daß es an dieser Auffassung festhalten will.

¹² So ist ganz überwiegend anerkannt, daß es grundsätzlich für die Übertragung von Fischereirechten der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch bedarf, so ausdrücklich Altnöder/Keiz, Art.9 Rdnr.5; Bleyer, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl., 1925, Art.9 Anm.3; Weiß, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, Art.9 Anm.10; v. Malsen-Waldkirch/Hofer, Das bayerische Fischereirecht, 1910, Art.9 Anm.2 a), wobei überwiegend die Eintragung im Fischereigrundbuch als ausreichend angesehen wird (s. dazu unten unter IV.2.). Keine Erörterung findet sich bei O. Schmitt, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 2. Aufl., 1909.

¹³ Vgl. hierzu etwa Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 15. Auflage, §14 II.

¹⁴ Ein Eintragungszwang mit Erlöschen des Rechts besteht etwa nach §3 Abs.4 Nds. FischG v. 1.2.1978 (GVBl. S.81) und nach §11 Pr.FischG (je bei Nichteintragung im Wasserbuch oder Grundbuch). Erst unlängst hat Baden-Württemberg einen solchen Eintragungszwang in §6 Abs.6 BWFischG angeordnet, vgl. hierzu etwa Laiblin, AgrarR 1985, 257 f.; ders. AgrarR 1980, 42. Insofern ist die Rechtslage dort gerade nicht mit der Bayerischen vergleichbar, was das Bayer. Oberste Landesgericht verkennt, wenn es sich bei der Begründung seiner Entscheidung auf ein Urteil des OLG Stuttgart stützt.

¹⁵ Schmitt Art.14 Anm.4; Weiß Art.14 Anm.3.

¹⁶ Von einem solchen spricht in der Tat Weiß, Art.14 Anm.3 im Hinblick auf Art.14 Abs.2 BayFischG.

¹⁷ So ausdrücklich LG Landshut MittBayNot 1977, 24, wo es für die Entscheidung auch darauf ankam, ob für die wirksame Übertragung eine Eintragung im Grundbuch erforderlich ist, was gerade auch unter Hinweis auf die Praxis beim Amtsgericht Landshut verneint wurde.

¹⁸ Im Fall BayVGH RdL 1985, 6 f. ging es um ein nichtgebuchtes Fischereirecht, von dem der Kläger mittels notarieller Urkunden nachzuweisen versuchte, daß es ihm zustünde. Auch in der eingangs genannten Entscheidung des BayObLG wurde das Fischereirecht nach der Übergabe nicht in das Grundbuch eingetragen. Reimann, MittBayNot 1977, 25 mahnte in seiner Anmerkung zu diesem Beschluß des LG Landshuts allerdings zur Vorsicht — seine Warnung betrifft allerdings nur die Frage der Eintragungspflicht bei der Neubegründung von Fischereirechten.

Praxis — ein Erwerber der zweiten oder späteren Generation seine Grundbucheintragung erreichen, so sichert dies bei einer vorweggenommenen Erbfolge dem neuen Erwerber nicht das Fischereirecht kraft gutgläubigen Erwerbs: Nach BayObLGZ 1990, 226¹⁹ findet § 892 BGB keine Anwendung, da kein Verkehrsgeschäft vorliegt. Mitunter kann ein Aufgebotsverfahren nach § 927 BGB weiterhelfen. Ansonsten bleibt nur der dornenvolle Weg, die Eintragung des Fischereirechtes beim Grundbuchamt zu beantragen und das Recht hierzu glaubhaft zu machen.

2. Buchungsfreiheit mangels Gewässergrundbuch?

Die Auffassung des BayObLG ist allerdings nicht schon deshalb unzutreffend, weil die Eintragung des Fischereirechtes im Grundbuch des mit dem Fischereirecht belasteten Gewässers in vielen Fällen aus Rechtsgründen überhaupt nicht möglich ist.

Das selbständige Fischereirecht hat ähnlich dem Erbbaurecht eine Doppelnatur: es ist einerseits ein dingliches, grundstücksgleiches Nutzungsrecht, andererseits zugleich eine Belastung des jeweiligen Gewässers²⁰. Aus dieser materiell-rechtlichen Ähnlichkeit ergibt sich auch eine grundbuchmäßig ähnliche Behandlung. Das selbständige Fischereirecht — mit Ausnahme des subjektiv dinglichen Rechts kann auf zwei Grundbuchblättern gebucht werden²¹:

(1) dem Grundbuchblatt des Gewässers, Art. 14 Abs. 5 BayFischG, § 6 Abs. 1, S. 1 Buchst. b) GBBehVO²².

(2) dem besonderen Grundbuchblatt des Fischereirechtes (sog. Fischereigrundbuch), Art. 14 Abs. 2 bis 4 BayFischG, § 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. a) GBBehVO.

Nun können allerdings die sog. Anliegergewässer, und das sind in der Regel die besonders wertvollen Forellen- und Äschengewässer, mangels katastermäßiger Aufbereitung gar nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weshalb auch die Fischereirechte nicht als Belastung derselben dort buchungsfähig sind²³. Aber anders als beim Erbbaurecht²⁴ ist die Eintragung des Rechts auf dem belasteten Grundstück nicht Voraussetzung für die Anlegung eines eigenen Fischereigrundbuchs²⁵. Obgleich grundsätzlich die beiden Grundbuchblätter im Verhältnis der Funktionsteilung stehen, übernimmt bei Fehlen des Gewässergrundbuchs das Fischereigrundbuch zusätzlich dessen Aufgaben (sog. Funktionenvertretung²⁶) und gilt damit als das Grundbuchblatt im Sinn des § 3 Abs. 1 S. 2 GBO. Damit ist eine Buchung der Rechtsübertragung in jedem Fall möglich.

Das Publizitätserfordernis der Grundbucheintragung als Teil des rechtsgeschäftlichen Übertragungsaktes gilt allerdings

¹⁹ MittBayNot 1990, 309, 312.

²⁰ Altnöder/Keiz, Art. 9 Rdnr. 3 und Art. 14 Rdnr. 14; Malsen-Waldkirch/Hofer, Art. 14, Allgemeines. Nach Schub, BayZ 1931, 85, 87 waren die Bestimmungen des Erbbaurechts Vorbild für die Regelung des selbständigen bayerischen Fischereirechtes und seiner grundbuchmäßigen Behandlung.

²¹ Vgl. hierzu etwa Altnöder/Keiz, Art. 14 Rdnr. 1 f.

²² Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten vom 7. 10. 1982, GVBl. S. 892, erlassen hinsichtlich des Fischereirechtes aufgrund der Ermächtigungsnorm des Art. 14 Abs. 6 BayFischG.

²³ Altnöder/Keiz, Art. 13 Rdnr. 6.

²⁴ Beim Erbbaurecht hat die Eintragung im Grundstücks-Grundbuch konstitutive Wirkung für die Entstehung und den Fortbestand des Erbbaurechts, MünchKomm/v. Oefele, 2. Aufl., § 14 ErbbauVO Rdnr. 2.

²⁵ Altnöder/Keiz, Art. 13, Rdnr. 6 und Art. 14, Rdnr. 6.

²⁶ So plastisch und ausführlich Schub, BayZ, 1931, 85, 88.

nicht uneingeschränkt. Das alte wie das geltende Grundstücksrecht sehen Ausnahmemöglichkeiten vor.

3. Buchungsfreie Übertragung aufgrund alten Liegenschaftsrechts

Aus der Fortgeltung des alten Bayerischen Liegenschaftsrechts, bei dem für den Eigentumsübergang die notarielle Beurkundung genügt, wird man allerdings auch für altrechtliche Fischereirechte keine wirksame Übereignung ohne Grundbucheintragung mehr herleiten können. Denn Art. 189 Abs. 1 Satz 1 EGBGB suspendiert die Vorschriften des BGB über die dinglichen Rechtsänderungen, soweit sie ein Grundbuch nach neuem Recht voraussetzen, nur solange, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das ist in Bayern spätestens seit dem 1. 10. 1910 der Fall²⁷.

4. Buchungsfreie Übertragung nach Art. 55 BayAGBGB

Art. 127 EGBGB eröffnet dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit, hinsichtlich bisher im Grundbuch nicht gebuchter Grundstücke, die auch nach der Übertragung des Eigentums nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen werden müssen, den Eigentumsübergang abweichend von den allgemeinen Vorschriften der §§ 873, 925 BGB zu regeln²⁸. Von diesem Vorbehalt hat Bayern in Art. 55 AGBGB²⁹ Gebrauch gemacht³⁰.

Anstatt der Auflassung genügt hier die bloße Einigung³¹ von Veräußerer und Erwerber darüber, daß das Eigentum übergehen soll, und die öffentliche Beurkundung der Erklärungen beider Teile³². Einer Grundbucheintragung bedarf es nicht.

²⁷ Zwar vollzog sich im Gebiet des bayerischen Hypothekengesetzes der Eigentumsübergang an Grundstücken nur aufgrund der notariellen Beurkundung nach Art. 14 bayerisches Notariatsgesetz vom 10. 11. 1861 (so BayObLGZ 1958, 119, 127 gerade auch in einer fischereirechtlichen Entscheidung). Jedoch sieht Art. 189 Abs. 1 S. 1 EGBGB nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Fortgeltung des alten Rechts nur solange vor, bis das Grundbuch als angelegt gilt. Spätestens seit dem 1. 10. 1910 ist dies aufgrund der einschlägigen Bekanntmachung in ganz Bayern für Grundstücke der Fall und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich das betreffende Grundstück gebucht ist, Art. 186 Abs. 2 EGBGB (vgl. hierzu etwa Sprau, vor Art. 57 AGBGB Rdnr. 7; Henle BayZ 1910, 319 ff.). Auch bei Beachtung der Unterschiedlichkeit des Anlegungsverfahrens bei Grundstücken und den grundstücksgleichen Fischereirechten — einmal von Amts wegen, bei den Fischrechten nur auf Antrag, vgl. unten IV. 4 (1) c) bb) — wird man für nicht gebuchte Fischereirechte von keiner Fortgeltung des alten Immobiliarsachenrechts ausgehen können, und zwar nicht allein deshalb, weil keine besondere Ausnahmeanordnung zu Art. 186 EGBGB für Fischereirechte ergangen ist (siehe hierzu die umfassende Darstellung von Habicht, Die Einwirkungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., 1901, S. 474 ff.). Denn Sinn des Art. 189 EGBGB ist nur die Aufrechterhaltung des bisherigen Rechts, bis eben überhaupt ein buchungsfähiges Grundbuch zur Verfügung steht. Und Art. 14 Abs. 2 BayFischG ermöglicht ja bei einer Veräußerung nunmehr eine Buchung des Rechts.

²⁸ MünchKomm/Säcker, 2. Aufl., Art. 127 Rdnr. 2.

²⁹ Gesetz zur Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches und anderer Gesetze vom 20. 9. 1982 (BayRS 400-1-J).

³⁰ Früher Art. 83 AGBGB.

³¹ Zu den Besonderheiten der Auflassung gegenüber der bloßen Einigung vgl. eingehend Ertl, MittBayNot 1992, 102, 104 f.

³² Den Erklärungen der Beteiligten muß nur Eigenschaft öffentlicher Urkunden zukommen; eine Beurkundung vor einem Notar ist nicht unbedingt erforderlich. Hier erlangen sog. Eigenurkunden öffentlicher Behörden eine besondere Bedeutung. Weiter ist die gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragsteile nicht erforderlich. Vgl. zu den Einzelheiten Sprau, Art. 55 AGBGB Rdnr. 7 ff.; Henle/Schneider, Die bayerischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1931, Art. 83 Anm. 3.

(1) Zur Anwendbarkeit des Art. 55 BayAGBGB auf Fischereirechte³³.

a) Art. 9 Abs. 2 BayFischG erklärt ganz allgemein alle für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften für anwendbar. Es handelt sich dabei um eine umfassende *Gesamtverweisung*, die nur dann nicht zum Zuge kommt, soweit sich aus ausdrücklichen Bestimmungen des Fischereigesetzes oder der besonderen Natur des Fischereirechts etwas anderes ergibt³⁴. Mangels einer Einschränkung ordnet das Gesetz eine dynamische Verweisung auf die jeweils geltenden Vorschriften des Liegenschaftsrechts an, so daß die Frage nicht untersucht werden braucht, inwieweit seit dem Inkrafttreten des Bayerischen Fischereigesetzes sich die Vorschriften über den buchungsfreien Erwerb von Grundstücken geändert haben.

b) Das Bayerische Oberste Landesgericht erörtert in der zu besprechenden Entscheidung Art. 55 BayAGBGB nicht näher, sondern weist auf die Geltung dieser Vorschrift nur für den Fall der fortbestehenden Buchungsfreiheit nach § 3 Abs. 2 Buchst. a) GBO hin. Daraus zeigt sich, daß das Gericht diese Vorschrift wenigstens dem Grundsatz nach in bestimmten Fällen für anwendbar hält. *Sprau*³⁵ hält Art. 55 BayAGBGB auf grundstücksgleiche Rechte, namentlich auf das Fischereirecht, im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift grundsätzlich nicht für entsprechend anwendbar. Diese Begründung ist schon methodisch nicht zutreffend. Der Grundsatz, daß Ausnahmenvorschriften eng auszuulegen seien, betrifft nur den Fall der entsprechenden Anwendung von Gesetzesvorschriften im Wege der Auslegung³⁶. Hier geht es aber um eine entsprechende Anwendung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Verweisung. Und so ist in den älteren Fischereirechtskommentaren anerkannt, daß die Vorschriften über die Übertragung buchungsfreier Grundstücke auch für Fischereirechte zumindest bei persönlicher Buchungsfreiheit des Erwerbers³⁷ oder ganz allgemein gelten sollen³⁸.

c) Die Anwendung des Art. 55 AGBGB könnte aber aus fischereirechtlichen Gründen ausgeschlossen sein.

aa) Das Bayerische Fischereigesetz enthält allerdings keine ausdrückliche Regelung, die die Anwendung des Art. 55 BayAGBGB ausschließt. Außer der Gesamtverweisung des Art. 9 BayFischG gibt es keine Vorschrift des Fischereirechts, die sich „*expressis verbis*“ mit der Frage der für den Eigentümerwerb von Fischereirechten ergebenden Problemen befaßt.

³³ Die Anwendbarkeit des Art. 127 EGBGB, § 29 BW AGBGB 1974 (der Parallelvorschrift zu Art. 55 BayAGBGB) läßt OLG Stuttgart, Die Justiz 1983, 14 f. ausdrücklich offen.

³⁴ Altnöder/Keiz, Art. 9 Rdnr. 5; v. Malsen-Waldkirch/Hofer, Art. 9 Anm. 2; Bleyer, Art. 9 Anm. 2; Weiß, Art. 9 Anm. 6; Sprau Anhang zu Art. 40 AGGVG Rdnr. 41.

³⁵ A. a. O., Art. 55 AGBGB Rdnr. 4. Bei persönlicher Buchungsfreiheit des Erwerbers hält Sprau allerdings Art. 55 BayAGBGB ausnahmsweise für anwendbar.

³⁶ Eingehend hierzu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage, 1983, S. 339 ff. Dort wird auch ausführlich dargelegt, daß diese Auslegungsregel nicht rein schematisch angewandt werden darf, es ist vielmehr zu fragen, ob der jeweilige Gesetzeszweck der Ausnahmenvorschrift auch die Anwendung auf den vorliegenden Fall erfordert.

³⁷ So Weiß Art. 9 Anm. 10.

³⁸ So Bleyer, Art. 9 Anm. 2 a) (dort ohne Einschränkung; in Anm. 3 zu Art. 9 wird auf die persönliche Buchungsfreiheit nach § 1 der Königlichen Verordnung vom 1. 7. 1898 abgestellt); v. Malsen-Waldkirch/Hofer, Art. 9 Anm. 1, die das Einführungsgesetz zum BGB ganz allgemein für anwendbar halten.

bb) Ein Ausschluß des Art. 55 BayAGBGB ergibt sich auch nicht mittelbar im Wege der Auslegung aus dem Regelungszusammenhang des Fischereirechts, insbesondere aus einer Buchungspflicht von Fischereirechten. Zwar sieht Art. 14 Abs. 2 BayFischG vor, daß ein selbständiges Fischereirecht ein Grundbuchblatt von Amts wegen erhält, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll. Eine Untersuchung des *Regelungsinhalts* dieser Vorschrift macht jedoch deutlich, daß damit gerade kein Ausschluß der Geltung des Art. 55 BayAGBGB gewollt ist:

— Zweifellos normiert Art. 14 Abs. 2 BayFischG die *Eintragungsfähigkeit der selbständigen Fischereirechte*³⁹.

— Eine am *Wortlaut* der Vorschrift orientierte Auslegung ergibt, daß sich daraus nicht eindeutig herleiten läßt, ob die Eintragung des selbständigen Fischereirechts notwendige Tatbestandsvoraussetzung einer jeden Fischereirechtsübertragung ist. Zutreffend heißt es bei *Bleyer*⁴⁰:

„Auch aus Art. 14 Abs. 2 ist nicht zu entnehmen, ob die Eintragung der Veräußerung des FRechts auf dem Blatte des Rechtes Element der Rechtsänderung ist oder der Rechtsänderung nachfolgt.“

— Eine mehr *historisch-systematisch orientierte Interpretation* zeigt, daß diese Vorschrift den Beginn des *Grundbuchanlegungsverfahrens* regelt: Abweichend von den allgemeinen Grundsätzen ist für ein Fischereirecht ein Grundbuch grundsätzlich nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag anzulegen. Dies war schon so nach altem Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB⁴¹ und gilt auch heute noch⁴².

— Aber selbst wenn man aus Art. 14 Abs. 2 BayFischG eine auf den Fall der Veräußerung oder Belastung des Rechts beschränkte *eingeschränkte Buchungspflicht* herleitet⁴³, so ist der allgemeine Grundsatz zu beachten, daß materielles Grundstücksrecht und formelles Grundbuchrecht grundsätzlich zu trennen sind⁴⁴. Zwar sind materielles und formelles Grundbuchrecht gerade hinsichtlich des Eintragungsvorgangs aufs engste miteinander verbunden, weil wegen § 873 BGB der formale Eintragungsvorgang zugleich

³⁹ DarIn erschöpft sich nach LG Landshut MittBayNot 1977, 24, 25 bereits der Inhalt dieser Norm.

⁴⁰ Art. 13 Anm. 1.

⁴¹ Bei der allgemeinen Grundbuchanlegung waren die Fischereirechte anders als etwa die Grundstücksrechte und das Bergwerkseigentum nicht von Amts wegen zu ermitteln, sondern es galt hierfür das sog. *Anmeldungsverfahren*, vgl. Henle, Die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins, 1899, S. 60 f.; Sprau, vor Art. 57 AGBGB, Rdnr. 5 f.; BayObLGZ 1958, 119, 130 m. w. N. zur damaligen Rechtslage. Art. 14 Abs. 2 BayFischG läßt sich somit auch dahingehend verstehen, daß nach Inkrafttreten des Fischereigesetzes vor Abschluß der allgemeinen Grundbuchanlegung die Fischereirechte nach wie vor nicht von Amts wegen zu ermitteln waren.

⁴² Nach § 7 Abs. 1 der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung (AVO GBO v. 8. 8. 1935 RGBl. I S. 1089) sind zwar für Grundstücke die Grundbuchblätter von Amts wegen anzulegen; der Antragsgrundsatz gilt hier gerade nicht, vgl. Horber/Demharter, GBO, 19. Aufl., § 13 Anm. 2 a). Art. 14 Abs. 2, 1. Alt. BayFischG enthält demgegenüber eine Ausnahme, indem für die Anlegung des Grundbuchs bei selbständigen Fischereirechten aus Gründen der Entlastung des Grundbuchamts grundsätzlich der *Antragsgrundsatz* eingeführt wird. Nur bei einer Veräußerung oder Belastung des Rechts kehrt man zur allgemeinen Regelung des § 7 AVO GBO zurück.

⁴³ Meikel/Imhof/Riedel, GBO, 6. Aufl. (1965), § 8 Rdnr. 4 bejahen eine solche eingeschränkte Buchungspflicht bei § 8 GBO, der eine inhaltsähnliche Regelung wie Art. 14 Abs. 2 BayFischG enthält.

⁴⁴ Baur, Sachenrecht, § 14 I 3; Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., 1983, § 39 I 1.

Tatbestand der materiell-rechtlichen Eigentumsübertragung ist⁴⁵. Dies gilt aber gerade nicht, soweit Art. 55 BayAGBGB zur Anwendung kommt. Man darf daher nicht ohne zwingenden Grund dem Art. 14 Abs. 2 BayFischG als zunächst rein verfahrensmäßiger Vorschrift⁴⁶ dadurch eine zu weitreichende materiell-rechtliche Wirkung beilegen, daß man darin — ohne jeden ausdrücklichen Anhalt im Wortlaut der Norm — einen Ausschluß der Geltung des Art. 55 BayAGBGB sieht.

cc) Inwieweit wegen eines *Wesensunterschieds* zwischen dem selbständigen Fischereirecht und den Grundstücken eine Anwendung des Art. 55 BayAGBGB ausgeschlossen sein sollte, ist nicht ersichtlich⁴⁷. „Aus der Natur der Sache“ läßt sich ein Rechtssatz „Fischereirechtsübertragung nur durch Grundbucheintragung“ nicht herleiten. Eher ist daran zu denken, wegen der Buchungsfreiheit von Wasserläufen nach § 3 Abs. 2 a) GBO insoweit eine Analogie zu den hieran bestehenden Fischereirechten zu begründen und daraus die Übertragung nach Art. 55 BayAGBGB ohne Grundbucheintragung abzuleiten⁴⁸.

d) Zu untersuchen ist jedoch, ob sich aus dem Normzweck des Art. 55 BayAGBGB Gründe gegen dessen Anwendung auf die Fälle der Übertragung von selbständigen Fischereirechten finden lassen. Man könnte allerdings daran denken, den Anwendungsbereich des Art. 55 BayAGBGB im Wege der *teleologischen Reduktion* einzuschränken. Normzweck des Art. 127 EGBGB und Art. 55 BayAGBGB ist es, bei Grundstücken, die ihrer Art nach nicht dazu bestimmt sind, am Rechtsverkehr teilzunehmen und deren Eigentumsverhältnisse auch ohne Grundbucheintragung leicht festzustellen sind, die Übertragung zu erleichtern⁴⁹. Diese Gründe liegen bei Fischereirechten an sich nicht immer ohne weiteres vor, insbesondere weil deren Übertragung nicht selten ist. Eine Einschränkung einer Norm durch den Sinn und Zweck derselben im Wege einer teleologischen Reduktion ist aber dann nicht möglich, wenn ein vorrangiges Interesse der Rechtssicherheit die strikte Einhaltung des möglichen Wortsinns erfordert⁵⁰. Unser Fall zeigt in anschaulicher Weise, welche Probleme geschaffen werden, wenn über achtzig Jahre nach Inkrafttreten des Fischereigesetzes durch eine unvermittelte, andere Gesetzesauslegung bisher erfolgte Übertragungsakte unwirksam sein sollen. Dies hätte für viele „Scheinfischereiberechtigte“ den Verlust ihres über Art. 14 GG⁵¹ an sich verfassungsrechtlich geschützten Fischereirechts zur Folge.

Ist Art. 55 BayAGBGB daher auf selbständige, bisher nicht gebuchte Fischereirechte grundsätzlich anwendbar, so führt eine Subsumtion unter diese Vorschrift zu folgenden weiteren Überlegungen.

⁴⁵ Hierzu etwa Baur, a. a. O., § 14 I 3 a).

⁴⁶ Daß Art. 14 BayFischG zunächst eine Vorschrift des formellen Grundbuchsrechts ist, ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm, insbesondere auch aus der Ermächtigung des Art. 14 Abs. 6 zum Erlaß von Verfahrensvorschriften.

⁴⁷ Mit der Begründung von Unterschieden „aus der Natur der Sache“ ist ohnehin Vorsicht geboten. Denn zu schnell ist der Rechtsanwender geneigt, aus seinem eigenen Vorverständnis heraus im Sinne des gewünschten Ergebnisses zu argumentieren. Vgl. hierzu auch Henkel, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 371 ff.

⁴⁸ S. hierzu auch unten IV.5.

⁴⁹ MünchKomm/Säcker, 2. Aufl., Art. 127 Rdnr. 1; Staudinger/Kanzleiter/Hönle, 12. Aufl., Art. 127 Rdnr. 1.

⁵⁰ Eingehend hierzu Larenz, a. a. O., S. 375 f.

⁵¹ Zum verfassungsrechtlichen Schutz des Fischereirechts vgl. BVerfG BayVBl. 1986, 205; BayVerfGH BayVBl. 1979, 496, 498; Altstädter/Keiz, Art. 3 Rdnr. 2.

(2) Versehentliche Nichtbuchung

Art. 55 BayAGBGB soll allerdings dann nicht anwendbar sein, wenn ein an sich buchungspflichtiges Grundstück versehentlich nicht eingetragen ist⁵², so daß das Faktum der bloßen Nichtbuchung nicht genügen soll. Diese Frage kann allerdings dahingestellt sein, wenn die nachstehenden Überlegungen ergeben, daß ganz allgemein keine Buchungspflicht für selbständige Fischereirechte besteht.

(3) Buchungspflicht der Fischereirechte?

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des Art. 55 BayAGBGB ist, daß auch nach der Übertragung dieses Grundstück nach den Vorschriften der *Grundbuchordnung*⁵³ nicht eingetragen werden muß.

a) Eine ausdrückliche *Buchungspflicht* von Fischereirechten sieht die *Grundbuchordnung* nicht vor, obgleich die Grundbuchordnung durchaus bestimmte Vorschriften über die Behandlung grundstücksgleicher Rechte enthält, so etwa in § 118 GBO für Erbpachtrechte einschließlich der Büdner- und Häuslerrechte, und in § 8 GBO für Erbbaurechte, für die noch nicht die Erbbaurechtsverordnung gilt.

b) Auch wenn man aufgrund der Gesamtverweisung des Art. 9 Abs. 2 BayFischG auf das formelle Grundstücksrecht zu einer Anwendung der Buchungspflicht des § 3 GBO gelangen könnte, so ergäbe sich dieser Buchungszwang doch nicht aus den Vorschriften der *Grundbuchordnung*. Die Verweisung ist ein rein gesetzestechnisches Mittel, um umständliche Wiederholungen zu vermeiden⁵⁴. Wenn Art. 9 BayFischG aus diesem Grund auf die GBO verweist, so wird die dort geltende Regelung gleichsam inkorporiert. Der Grund für die Geltung der GBO-Vorschriften ist aber immer noch allein die fischereirechtliche Verweisungsnorm, die gleichsam die Brücke zu dem Recht der GBO bildet. Daher ergibt sich die Buchungspflicht allein aus dem Fischereirecht selbst und nicht aus der nicht originär, sondern aufgrund der Verweisung geltenden Vorschrift des § 3 GBO. Zudem läßt sich Art. 14 Abs. 2 BayFischG gerade entnehmen, daß § 3 GBO nicht allgemein für die Fischereirechte gilt, sondern die Buchungspflicht derselben sich allenfalls aus dieser Norm des Fischereirechts als „*lex specialis*“ selbst herleiten läßt.

c) Auch der Vorbehalt für Landesrecht nach § 117 GBO macht die aufgrund dieses Vorbehalts ergangenen Vor-

⁵² Sprau, Art. 55 AGBGB Rdnr. 2; zur früheren Vorschrift des Art. 83: Henle/Schneider, Die bayerischen Ausführungsgesetze, 1931, Art. 83 Anm. 2 b); Oertmann, a. a. O., S. 300.

⁵³ Diesem Tatbestandsmerkmal kommt m. E. große Bedeutung zu. Dies ergibt sich daraus, daß die anderen landesrechtlichen Ausführungsgesetze zu Art. 127 EGBGB nicht auf eine Buchungspflicht nach der Grundbuchordnung abstellen, sondern allein darauf, daß ganz allgemein das Grundstück auch nach der Übertragung nicht eingetragen zu werden braucht. So schon Preußisches AGBGB v. 20. 9. 1899 (GS. 176) Art. 27 Abs. 1 (diese Vorschrift gilt noch fort in folgenden Ländern: Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen-Anhalt), aber auch die neueren Ausführungsgesetze: Baden-Württemberg: AGBGB v. 26. 11. 1974 (GVBl. S. 498) § 29 Abs. 1; Hessen: AGBGB v. 18. 12. 1984 (GVBl. S. 344) § 24 Abs. 1 S. 1; Niedersachsen: AGBGB v. 4. 3. 1971 (GVBl. S. 73) § 19; Rheinland-Pfalz: AGBGB v. 18. 11. 1976 (GVBl. S. 259) § 21 S. 1; Schleswig-Holstein: AGBGB v. 27. 9. 1974 (GVBl. S. 357) § 21 S. 1. Insofern ist zumindest nach dem reinen Gesetzeswortlaut die Rechtslage in Baden-Württemberg mit der Bayerischen nicht vergleichbar, auch wenn sich das BayObLG in der zu besprechenden Entscheidung ausdrücklich auf das OLG Stuttgart, Die Justiz 1983, 14 f. beruft.

⁵⁴ Larenz, Methodenlehre, S. 251.

schriften des Landesgesetzgebers noch nicht zu Vorschriften der Grundbuchordnung, sondern ermöglicht nur ein Abweichen von den Vorschriften der Grundbuchordnung⁵⁵.

(4) Folgen der Geltung des Art. 55 BayAGBGB

Für die Übertragung nicht gebuchter Fischereirechte genügt daher die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 55 BayAGBGB; es bedarf hierfür weder der Auflassung i. S. d. § 925 BGB noch gar der Grundbucheintragung. Dies ist unabhängig davon, ob man wegen der besonderen Natur des Fischereirechts glaubt, auf das Publizitätserfordernis der Grundbucheintragung verzichten zu können⁵⁶.

5. Systemvergleichende Aspekte

Es mag in zweifacher Hinsicht überraschend erscheinen, daß die nicht gebuchten selbständigen Fischereirechte des Bayerischen Rechts ohne Grundbucheintragung nach Art. 55 BayAGBGB übertragen werden können: Zum einen ist diese Bestimmung eine Ausnahmenorm, die hier einen weiten Anwendungsbereich findet. Zum anderen läßt Art. 14 Abs. 2 BayFischG natürlich schon die Vermutung aufkommen, daß der Gesetzgeber eine möglichst umfassende Buchung der Fischereirechte anläßlich der Veräußerung wollte. Nur, der Gesetzgeber hat eben nicht ausdrücklich angeordnet, daß diese Fischereirechte nur durch Grundbucheintragung übertragen werden können.

Ein Systemvergleich mit dem Regelfall des Fischereirechts, dem Eigentümerfischereirecht, bringt übrigens ein überraschendes Ergebnis: Da Wasserläufe nach § 3 Abs. 2 a) GBO buchungsfrei sind, können diese nach Art. 55 BayAGBGB übereignet werden. Damit gehen aber kraft Gesetzes die damit verbundenen Eigentümerfischereirechte mit auf den Erwerber über, ohne daß es einer Grundbucheintragung bedürfte, denn es liegt ja eine Buchungsfreiheit aus sachlichem Grund vor. Daraus läßt sich folgern: Wieso soll dann die Übertragung bislang nicht gebuchter selbständiger Fischereirechte nur durch Grundbucheintragung möglich sein?

6. Verfahrensmäßige Überlegungen

Die strengen Übertragungsanforderungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts machen zum einen den Grundbuchämtern die im Rahmen der Grundbuchanlegung vorzunehmenden Amtsermittlungen sehr schwer, da auf die nota-

rielle Urkunde als eines der klarsten und verlässlichsten Mittel des Nachweises der Fischereiberechtigung verzichtet werden muß. Zum anderen wird das Grundbuch dadurch auch nicht „richtiger“. Denn das von Amts wegen bei einer Veräußerung eines bestehenden, bisher aber nicht gebuchten Fischereirechts einzuleitende Anlegungsverfahren kann nur durch Blattanlegung enden⁵⁷. Ein als tatsächlich bestehend erkanntes Fischereirecht im „A-Bach“ kann sich ja nicht „in Luft auflösen“. Nach § 14 AVO GBO muß aber äußerstenfalls⁵⁸ — falls der wahre Berechtigte nicht zu ermitteln ist oder wenigstens der Eigenbesitzer sein Recht glaubhaft machen kann — aufgrund Wahrscheinlichkeitserwägungen die Eintragung des Fischereiberechtigten vorgenommen werden. Auch wenn der im Anlegungsverfahren erfolgten Eintragung des Fischereiberechtigten keine materiell-rechtliche Wirkung zukommt⁵⁹, so knüpft sich daran doch die Vermutung des § 891 BGB^{60, 61} und ermöglicht zumindest einen gutgläubigen Erwerb Dritter. Wegen dieser weitreichenden Wirkung erscheint es m. E. angebrachter, an die Formerfordernisse für die Fischereirechtsübertragung eher geringere Anforderungen zu stellen, als die Grundbucheintragung u. U. nur aufgrund von Wahrscheinlichkeitserwägungen vorzunehmen.

V. Zusammenfassung

1. Entgegen der Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist für die Übertragung nicht gebuchter selbständiger Fischereirechte die Grundbucheintragung nicht erforderlich. Es genügt die Beachtung der Anforderungen des Art. 55 BayAGBGB. Wie ein Vergleich mit anderen landesrechtlichen Fischereigesetzen zeigt, ist eine dingliche Übertragung bisher nicht gebuchter Fischereirechte ohne Grundbucheintragung dem deutschen Recht keineswegs fremd.
2. Der vorsichtige Notar wird aber in Zukunft den Beteiligten empfehlen, jede Fischereirechtsübertragung in das Grundbuch eintragen zu lassen.

⁵⁷ BayOblGZ 1989, 272; Horber/Demharter, § 3 Anm. 7 a); KEHE-Eickmann, § 3 Rdnr. 8.

⁵⁸ Wer etwas die schwierigen altrechtlichen Verhältnisse kennt wird einräumen, daß bei uneingeschränkter Anwendung der Grundsätze des Bayerischen Obersten, die ein Zurückgehen auf die Verhältnisse mindestens bis vor das Jahr 1908 erfordern, oftmals nur noch Wahrscheinlichkeitserwägungen angestellt werden können.

⁵⁹ Horber/Demharter, § 3 Anm. 7 a) aa); KEHE-Eickmann, § 3 Rdnr. 11.

⁶⁰ KEHE-Eickmann, § 3 Rdnr. 13.

⁶¹ Daher kann man auch keine Amtspflicht eines Notars begründen, die erst nach 1908 im Anlegungsverfahren eingetragenen Fischereiberechtigungen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Auch er kann sich auf die Richtigkeit des Grundbuchs verlassen, wenn er keine begründeten Zweifel hat.

⁵⁵ Horber/Demharter, § 118 Anm. 3); KEHE-Kuntze, GBO, 4. Aufl. (1991), § 117 Rdnr. 4 ff., 8; zum Anlegungsverfahren vgl. auch BayOblGZ 1972, 226 = MittBayNot 1972, 236.

⁵⁶ Auf diesen Gesichtspunkt hat das LG Landshut MittBayNot 1977, 24, 25 abgestellt. Ob dies aber zutreffend ist, ist m. E. zweifelhaft, da der Nachweis nicht gebuchter Rechte oft sehr schwierig ist.

III. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. ZGB-DDR § 70; VermG §§ 1 Abs. 3, 3 Abs. 1, 4 Abs. 2, 37; GVG § 13; VwGO § 40 (Zum Vorrang des Vermögensgesetzes gegenüber zivilrechtlicher Anfechtung eines Kaufvertrages)

- a) Die zivilrechtliche Anfechtung eines Grundstückskaufvertrags, den der Eigentümer auf Druck staatlicher Stellen zu dem Zweck abgeschlossen hat, die Genehmigung zur Ausreise aus der ehemaligen DDR zu erhalten, ist durch das Vermögensgesetz ausgeschlossen; dies gilt auch dann, wenn die Anfechtung vor Inkrafttreten des Vermögensgesetzes am 29. 9. 1990 erklärt worden ist.
- b) Ansprüche auf Rückgabe von Grundeigentum in der ehemaligen DDR, das der Eigentümer auf Druck staatlicher Stellen zu dem Zweck veräußert hat, die Genehmigung zur Ausreise zu erhalten, können nur vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden.

BGH, Urt. v. 3. 4. 1992 — V ZR 83/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 13. 9. 1989 verkaufte der Kläger sein unbebautes, 1005 qm großes Grundstück in Z./Brandenburg an die Beklagten „zum Einheitspreis von 5.200 Mark“. Das Grundstück wurde den Käufern übergeben. Anschließend übersiedelte der Kläger in die Bundesrepublik und kehrte Ende November 1989 in die damalige DDR zurück.

Der Kläger hat vorgetragen, daß er sein Grundstück allein deswegen an die Beklagten verkauft habe, weil ihm die Ausreise von der zuständigen Stelle nur unter der Voraussetzung gestattet worden sei, daß er sein Grundvermögen veräußere.

Mit der am 4. 4. 1990 erhobenen Klage hat der Kläger beantragt, festzustellen, daß der Grundstückskaufvertrag wegen rechtswidriger Drohung (§ 70 ZGB-DDR) nichtig sei, und die Beklagten zu verurteilen, das verkaufte Grundstück Zug um Zug gegen Rückgabe des Kaufpreises zu räumen und an ihn herauszugeben.

Das Kreisgericht K. W. hat der Klage am 10. 7. 1990 stattgegeben. Das Bezirksgericht P. hat sie durch Urteil vom 29. 1. 1991 als unzulässig abgewiesen. Mit der — zugelassenen — Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Bezirksgericht ist der Auffassung, daß für die vom Kläger erhobenen Ansprüche der Rechtsweg zu den Zivilgerichten nicht gegeben sei. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage seien nach dem Einigungsvertrag die bei Klageerhebung noch geltenden Vorschriften des § 4 GVG-DDR.

Danach hätte zwar die Anfechtung eines Kaufvertrags wegen rechtswidriger Drohung nach § 70 ZGB-DDR auf dem zivilrechtlichen Wege geltend gemacht werden können. Da der Kläger aber die Anfechtung auf unlautere Machenschaften staatlicher Stellen der ehemaligen DDR stütze, komme es nach der Gemeinsamen Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen darauf an, ob der Erwerb durch die Beklagten redlich gewesen sei. Dies hätten die Gerichte bei Klageerhebung noch nicht berücksichtigen können. Zwischenzeitlich sei die Prüfung der Redlichkeit des Vermögenserwerbs durch die Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche und das Vermögensgesetz einem besonderen Verfahren vorbehalten worden, das die Anrufung der Zivilgerichte ausschließe.

Dies hält im Ergebnis der rechtlichen Überprüfung stand.

II. Zu Unrecht stellt das Berufungsurteil allerdings darauf ab, ob für den Streit der Parteien vor dem Beitritt der „Gerichtsweg zulässig“ war (§ 4 GVG-DDR, § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZPO-DDR; unrichtig insoweit auch *Krömling*, VIZ 1991, 32). Gemäß Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Abschnitt III, Nr. 28, allgemeine Maßgabe g) des Einigungsvertrags wurde das im Beitrittszeitpunkt beim Berufungsgericht anhängige Verfahren nach den durch den Vertrag in Kraft gesetzten Vorschriften fortgesetzt. Für die Beurteilung des Zeitpunktes, zu dem der Rechtsweg gegeben sein mußte, war damit gemäß Art. 8 des Einigungsvertrags die Zivilprozeßordnung maßgeblich. Nach ihr sind die Sachurteilsvoraussetzungen, zu denen die Zulässigkeit des Rechtswegs zählt, grundsätzlich in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Beurteilungszeitpunkt für die Eröffnung des Rechtswegs ist mithin der Schluß der mündlichen Verhandlung in der jeweiligen Instanz (*Baumbach/Lauterbach/Albers*, ZPO, 50. Aufl., § 17 GVG Anm. 2; *Thomas/Putzo*, ZPO, 17. Aufl., § 13 GVG Anm. 1 a; *Kissel*, NJW 1991, 945, 947 f.; für die Rechtsmittelzüge vgl. jetzt § 17 a Abs. 5 GVG i. d. F. des Art. 2 des 4. VwGOÄndG v. 17. 12. 1990, BGBl I 2809; BGHZ 114, 1). Für das Bezirksgericht war damit nach Art. 8 des Einigungsvertrags § 13 GVG maßgeblich. Hiernach hat auch der Senat zu entscheiden.

III. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines von ihnen geschlossenen Grundstückskaufvertrags trotz erklärter Anfechtung und über die Rückabwicklung des Leistungsaustauschs. Ein solcher Streit ist grundsätzlich bürgerlich-rechtlicher Natur. Er gehört nach § 13 GVG vor die ordent-

lichen Gerichte, wenn nicht die Zuweisung an einen besonderen Gerichtszweig erfolgt ist. Eine solche Zuweisung nimmt indessen das Vermögensgesetz vor.

Der behauptete Anfechtungsgrund besteht in der Nötigung des Klägers von seiten staatlicher Stellen zur Veräußerung seines Grundbesitzes. Für vermögensrechtliche Ansprüche an Vermögenswerten, die auf diesen Rechtsgrund gestützt werden, hat das Vermögensgesetz einen ausschließlichen, öffentlich-rechtlichen (vgl. Erläuterung der Bundesregierung zu dem „Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen“ — amtliche Erläuterung —, BT-Drucks. 11/7831 Abschnitt II, zu § 3; BezG Gera, ZIP 1992, 137, 139 und DtZ 1992, 122 f.; KG, ZIP 1992, 211, 212) Rückübertragungsanspruch geschaffen und zugleich jeden Rechtsstreit über Vermögen, das danach Gegenstand einer Rückübertragung sein kann, den Verwaltungsgerichten zugewiesen.

1. Das Vermögensgesetz setzt — in einem ersten Schritt — die in der Gemeinsamen Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15. 6. 1990 (Art. 41 und Anl. III des Einigungsvertrags) festgelegten Grundsätze in gesetzliches Recht um (amtliche Erläuterung, Abschnitt I). Nach der Gemeinsamen Erklärung soll bei der Lösung der durch die Teilung Deutschlands geschaffenen vermögensrechtlichen Probleme, insbesondere der Bewältigung von Teilungsunrecht (vgl. Mitteilung „recht“ des Bundesministers der Justiz vom 5. 8. 1991; *Fieberg-Reichenbach*, NJW 1991, 321, 323), ein sozialverträglicher Ausgleich unterschiedlicher Interessen geschaffen werden. Die Eckwerte der Erklärung legen hierzu fest, daß der Rechtserwerb an Vermögenswerten, die aufgrund „unlauterer Machenschaften (z. B. durch Machtmißbrauch, Korruption, Nötigung oder Täuschung von seiten des Erwerbers)“ erlangt worden sind, nicht schutzwürdig und daher rückgängig zu machen ist. Dieser Grundsatz der Restitution wird im Interesse der Sozialverträglichkeit des Ausgleichs zugunsten redlicher Erwerber eingeschränkt; ihr guter Glaube an die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs soll geschützt sein (vgl. Eckwerte der Gemeinsamen Erklärung Nrn. 8 und 3 b).

Dem trägt das Vermögensgesetz dadurch Rechnung, daß es natürlichen und juristischen Personen, deren Vermögenswerte von einer unlauteren Machenschaft betroffen sind, und ihren Rechtsnachfolgern zwar einen Anspruch auf Rückübertragung einräumt (§§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 i. V. m. § 3 VermG), den Anspruch aber zugunsten redlicher Erwerber ausschließt (§ 4 Abs. 2 und 3 VermG). Zum Rechtserwerb durch unlautere Machenschaften zählt es in § 1 Abs. 3, wie die Gemeinsame Erklärung, den Fall der Nötigung und stellt klar, daß die Machenschaft vom Erwerber, aber auch von staatlichen Stellen oder Dritten ausgegangen sein kann. Die amtliche Erläuterung vermerkt dazu, mit dem Rechtserwerb durch unlautere Machenschaften seien in erster Linie solche Fälle gemeint, in denen etwa die Erteilung einer Ausreisegenehmigung davon abhängig gemacht wurde, daß der Ausreisewillige zuvor Vermögenswerte (entgeltlich oder unentgeltlich) veräußerte oder auf sein Eigentum verzichtete. Sind diese Voraussetzungen gegeben, wäre an sich zugleich nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuchs der ehemaligen DDR und auch des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vertragsanfechtung wegen rechtswidriger Drohung möglich; § 70 ZGB-DDR; § 123 BGB. Bereits nach der „Verordnung über Reisen von Bürgern der Deutschen Demokratischen Republik nach dem Ausland“ vom 30. 11. 1988 (Gesetzblatt I, 271) und der dazu erlassenen „Ordnung Nr. 0175/89 des Ministers

des Innern und Chefs der Deutschen Volkspolizei“ vom 7. 12. 1988 (dokumentiert in „Recht in Ost und West“, 1991, 280) konnte nämlich die ständige Ausreise nicht von der Aufgabe des Grundeigentums abhängig gemacht werden; es genügte, wenn ein Bevollmächtigter mit der Verwaltung beauftragt wurde. Das Vermögensgesetz und die zivilrechtliche Anfechtung bauen somit auf parallelen Tatbeständen auf, die Nötigung im Sinne von § 1 Abs. 3 VermG schließt die rechtswidrige Drohung ein (vgl. *Adlerstein/Adlerstein*, DtZ 1991, 417, 420).

Die Vertragsanfechtung nach § 70 ZGB-DDR — wie übrigens auch nach § 123 BGB — stellt allein auf den Schutz der Willensfreiheit des Bedrohten ab. Der Willensmangel führt, wenn der Betroffene von dem ihm eingeräumten Anfechtungsrecht Gebrauch macht, zur Nichtigkeit der davon erfaßten Geschäfte (§ 70 Abs. 3 Satz 1 ZGB). Ein Korrektiv zugunsten des Empfängers der Erklärung ist nicht vorgesehen; der Schutz redlicher Erklärungsempfänger läßt sich daher mit den Mitteln des Zivilrechts nicht erreichen. Das Zivilrecht der DDR, das das Abstraktionsprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht kennt (§§ 25, 26 ZGB; vgl. auch Kollektivkommentar zum ZGB, 2. Aufl., § 26 Anm. 1.1), ließe das Eigentum im Falle der Anfechtungserklärung ohne Rücksicht auf die Redlichkeit des Erwerbs unmittelbar an den Veräußerer zurückfallen.

Für die Wiedergutmachung von Teilungsunrecht hat sich das Vermögensgesetz unter dem in der Gemeinsamen Erklärung vorgegebenen Leitgedanken des sozialverträglichen Ausgleichs hiervon bewußt abgekehrt und hat der Redlichkeit des Erwerbs Vorrang vor dem Rückübertragungsinteresse eingeräumt. Den von der unlauteren Machenschaft Betroffenen verweist es in diesem Falle auf eine Entschädigung in Geld oder, bei Verlust von Grundeigentum, wenn möglich, auf einen Ausgleich in Natur (§ 9 VermG). Mit diesen grundlegenden gesetzgeberischen Vorgaben wäre es unvereinbar, wenn dem Genötigten die Möglichkeit verbliebe, Vermögensansprüche mit der zivilrechtlichen Vertragsanfechtung zu verfolgen, wie wenn der Willensmangel seinen Ursprung nicht in einem Tatbestand des Teilungsunrechts hätte. Eine Wertungswidersprüche vermeidende, Auslegung zwingt daher dazu, die Vertragsanfechtung in diesen Fällen als durch das Vermögensgesetz ausgeschlossen anzusehen (ebenso LG Berlin, VIZ 1991, 34; KreisG Pössneck, DtZ 1991, 253; *Adlerstein/Adlerstein*, a. a. O. 417, 422 f.; *Reblin* in *Kaligin/Goutier*, Eigentum und Investitionen in den neuen Bundesländern, Loseblatt, Fach 2250 Rdnr. 5, 6; a. A. BezG Gera, ZIP 1992, 137, 139 und DtZ 1992, 122 f.; KreisG Nordhausen, VIZ 1991, 33; *Barkam* in *Rädler/Raupach/Bezenberger*, Vermögen in der ehemaligen DDR, Loseblatt, § 10 VermG, Rdnr. 40 f.; zurückhaltend *Koerner*, Offene Vermögensfragen in den neuen Bundesländern, 1991, A VI 5; differenzierend KG, ZIP 1991, 1033 = DtZ 1991, 191).

2. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Anfechtungserklärung, wie hier durch Klageerhebung am 4. 4. 1990, bereits vor Inkrafttreten des Vermögensgesetzes im Gebiet der ehemaligen DDR am 29. 9. 1990 (Einigungsvertrag Anl. II, Kap. III, Sachgebiet B, Abschnitt I Satz 2 i. V. m. Art. 45; Art. 10 Abs. 2 Einigungsvertragsgesetz und Bekanntmachung vom 16. 10. 1990, BGBl II, 1360) erfolgt ist.

a) Eine formale Betrachtungsweise könnte in diesem Falle zu dem Ergebnis führen, daß der von der unlauteren Maßnahme Betroffene seine Eigentümerstellung — wenngleich nicht seinen Besitz — bereits zurückerlangt hätte, für eine Restitution somit kein Anlaß bestünde. Dies würde indessen

dem Anliegen des Vermögensgesetzes, die ein hohes Konfliktpotential enthaltenden Fälle des Vermögenserwerbs aufgrund unlauterer Machenschaften einer gleichmäßigen, sozialverträglichen Lösung zuzuführen, nicht gerecht. Die durch Drohung geschaffene Zwangslage, das in der DDR belegene Grundvermögen veräußern zu müssen, bevor der Staat die Ausreise erlaubte, hat über sehr lange Zeit angehalten und traf eine Vielzahl von Personen. Das von der Gemeinsamen Erklärung vorgegebene Ziel, vermögensrechtliche Probleme der Teilung so zu lösen, daß der Rechtsfriede im vereinten Deutschland dauerhaft gesichert ist, würde verfehlt, wenn der Bestandsschutz des redlichen Erwerbs davon abhängig bliebe, daß es der Veräußerer unterlassen hat, vor Inkrafttreten des Vermögensgesetzes von der zivilrechtlichen Anfechtung Gebrauch zu machen. Die Verwirklichung des im Vermögensgesetz angestrebten sozialverträglichen Ausgleichs wäre dann von Zufälligkeiten abhängig, die außerhalb des Wiedergutmachungszweckes des Gesetzes liegen.

Aber auch aus der Sicht der von der unlauteren Maßnahme Betroffenen würde auf diese Weise eine innerlich nicht berechnete Zäsur vorgenommen. Vor dem Umbruch im Herbst 1989 bestand keine Möglichkeit, ein Anfechtungsrecht, das auf die rechtswidrige Behinderung der Ausreise oder auf sonstigen rechtswidrigen staatlichen Druck gestützt war, vor den Gerichten der DDR durchzusetzen. Aus diesem Grunde hatten die Betroffenen auch berechtigten Anlaß, von der Anfechtungserklärung gegenüber dem Partner des Veräußerungsgeschäftes (§ 70 Abs. 2 Satz 1 ZGB-DDR) abzusehen, denn die Anfechtungswirkungen konnten bei Widerspruch nur durch Anrufung der Gerichte aufrechterhalten werden (§ 70 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ZGB-DDR). Zu dem Zeitpunkt, ab dem wegen der Änderung der Verhältnisse in der DDR die Anfechtung überhaupt erst zu einem praktikablen Instrument für die Durchsetzung von Vermögensansprüchen wurde, hatten viele Anfechtungsberechtigte ihr Anfechtungsrecht bereits wieder verloren. Dieses erlosch nämlich nach § 70 Abs. 2 Satz 4 ZGB-DDR spätestens vier Jahre nach Abschluß des Vertrages. Einer vom Wiedergutmachungsgedanken getragenen Gleichbehandlung liefe es zuwider, gerade denjenigen Personenkreis, der dem Teilungsunrecht in besonders intensiver Weise ausgesetzt war, von denjenigen, denen die Anfechtungsmöglichkeit wegen der Besserung der Verhältnisse eröffnet wurde, abzugrenzen und seine Vermögensansprüche unter dem Gesichtspunkt des sozialverträglichen Ausgleichs einer besonderen Beschränkung zu unterwerfen.

Eine denkbare Lösung hätte — aus der Sicht des Betroffenen — zwar auch darin bestehen können, in den Altfällen das Anfechtungsrecht von der in § 70 Abs. 2 Satz 4 ZGB-DDR vorgesehenen Befristung zu befreien. Einer solchen, unter privatrechtlichen Vorzeichen stehenden Restitution hat sich aber die Gemeinsame Erklärung um des vorrangigen Zieles des sozialverträglichen Ausgleichs willen verschlossen. Auf ihrer Grundlage geht das Vermögensgesetz vom Gedanken der Solidargemeinschaft der durch unlautere Machenschaften an ihren Vermögenswerten Betroffenen aus und führt ihre Restitutionsansprüche einer einheitlichen Regelung zu. Eine Anerkennung der durch zivilrechtliche Anfechtungserklärung geschaffenen Sonderlage würde dieser Zielsetzung zuwiderlaufen und die Restitution nach dem Vermögensgesetz im Ergebnis auf einen Auffangtatbestand für die Fälle reduzieren, in denen von anderen Behelfen kein Gebrauch gemacht wurde.

b) Demgegenüber fällt es nicht entscheidend ins Gewicht, daß das Vermögensgesetz, anders als die alliierten Rückergattungsgesetze nach 1945 (vgl. z. B. Militärregierungsgesetz Nr. 59 für die amerikanische Zone vom 10.11.1947, ABl. Ausgabe G, S. 1 — MRG 59 AmZ — Art. 57), eine Ausschließlichkeitsgeltung nicht ausdrücklich in Anspruch nimmt und, anders als diese, auch keine Überleitungsvorschriften für bereits anhängige Verfahren (vgl. MRG 59 AmZ, Art. 71) enthält. Der Ausschließlichkeitscharakter des Rückübertragungsanspruchs, auch gegenüber zivilrechtlich an sich bereits begründeten Positionen, ergibt sich aus der Fassung des Restitutionstatbestandes durch § 1 Abs. 3 VermG selbst. Unter den Sammelbegriff der unlauteren Machenschaften fallen neben der Nötigung und der Täuschung, die einen Bezug zu zivilrechtlichen Anfechtungstatbeständen haben, eine Vielzahl anstößiger Handlungen, die das davon betroffene Geschäft unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten unwirksam machen, ohne daß es dazu einer Anfechtungserklärung des Betroffenen bedarf. Die gesetzlichen Beispiele des Machtmißbrauchs und der Korruption, aber auch andere Fälle der unlauteren Machenschaften, erfassen Tatbestände, in denen zugleich eine Nichtigkeit des zur Veräußerung führenden Geschäftes wegen Verstoßes gegen ein in Rechtsvorschriften enthaltenes Verbot oder die guten Sitten (vgl. § 68 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZGB-DDR) vorliegt. Soweit in § 68 Abs. 1 Nr. 2 ZGB-DDR von den „Grundsätzen der sozialistischen Moral“ die Rede ist, lag bei Inkrafttreten des Vermögensgesetzes kein sachlicher Unterschied zum Begriff der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB vor. Nach Art. 1 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik (Verfassungsgrundsatzgesetz) vom 17.6.1990 (GBl. I, 299) waren nämlich Bestimmungen in Rechtsvorschriften, die den einzelnen oder Organe der staatlichen Gewalt auf die sozialistische Staats- und Rechtsordnung, auf das Prinzip des demokratischen Zentralismus, auf die sozialistische Gesetzlichkeit, das sozialistische Rechtsbewußtsein oder die Anschauungen einzelner Bevölkerungsgruppen oder Parteien verpflichteten, aufgehoben. Die bestehenden Rechtsvorschriften waren entsprechend der im Verfassungsgrundsatzgesetz statuierten freiheitlichen Grundordnung auszuliegen (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 Verfassungsgrundsatzgesetz). § 1 Abs. 3 VermG umschreibt mithin den Restitutionstatbestand des Vermögenserwerbs aufgrund unlauterer Machenschaften ohne Rücksicht darauf, wem nach den Vorschriften des Zivilrechts das Eigentum oder die sonstige Rechtsinhaberschaft an dem Vermögenswert zustände. Die Vorschrift knüpft die Rückübertragung an einen besonderen restitutionsrechtlichen Unrechtstatbestand (*Adlerstein/Adlerstein*, a. a. O., 417, 422). Hieraus ergibt sich zwanglos ihr Vorrang vor den Regeln des allgemeinen Rechts, und zwar auch in den Fällen, in denen durch diese bereits vermögensrechtliche Positionen begründet worden wären.

c) Damit ist kein unzulässiger Eingriff in das Eigentum oder sonstige verfassungsrechtlich geschützte Positionen der von der unlauteren Maßnahme Betroffenen verbunden. Die Gemeinsame Erklärung, die dem Vermögensgesetz die Eckwerte vorgab, ist nach Art. 41 Abs. 1 Bestandteil des Einigungsvertrages; nach Art. 41 Abs. 3 genießt sie einen besonderen Bestandsschutz gegenüber dem Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland. Der durch Art. 4 Nr. 5 des Einigungsvertrages in das Grundgesetz eingefügte Art. 143 Abs. 3 verfestigt diesen Bestandsschutz auch gegenüber dem mit dem Wirksamwerden des Beitritts im Gebiet der ehemaligen DDR in Kraft getretenen Verfassungsrecht des

Bundes (Art. 3 des Einigungsvertrags) und erstreckt ihn auf die zur Durchführung des Art. 41 des Einigungsvertrages ergangenen Regelungen, mithin auch auf das Vermögensgesetz. Die Gemeinsame Erklärung und das Vermögensgesetz haben danach auch insoweit verfassungsrechtlichen Bestand, als sie vorsehen, daß Eingriffe in das Eigentum auf dem Gebiet der Länder, in denen das Grundgesetz mit dem Beitritt nach Art. 3 des Einigungsvertrags in Kraft getreten ist, nicht mehr rückgängig gemacht werden. Dazu zählt das Rechtsgefüge der Restitution wegen unlauterer Machenschaften als Ganzes und damit auch die Disposition über dingliche Rechtsstellungen Unrechtsbetroffener, die erst mit dem Zusammenbruch des SED-Regimes den Charakter eines realen Vermögenswertes erhielten. Auch verfassungsrechtlich wäre es zu kurz gegriffen, in der Nichtanerkennung solcher zivilrechtlicher Positionen durch das Vermögensgesetz den maßgeblichen Eingriffstatbestand zu erblicken. Art. 143 Abs. 3 GG hebt vielmehr auf die in der Gemeinsamen Erklärung vorgezeichneten Grundsätze über die rechtliche Erfassung von Teilungsunrecht und dessen sozialverträglichen Ausgleich ab. Führt die Durchführung dieser Grundsätze, wie hier durch §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 1 i. V. m. §§ 3 und 4 Abs. 2 und 3 VermG, zu einer Versagung der Restitution in Natur, hat dies nach der die Verfassung ergänzenden Vorschrift Bestand.

Unbedenklich ist es in diesem Zusammenhang, daß das Vermögensgesetz in den Fällen, in denen eine Rückgabe des Vermögenswertes wegen redlichen Erwerbs ausgeschlossen ist, zwar die Art der Entschädigung, nicht aber deren Ausmaß regelt. Das Eigentum der von unlauteren Machenschaften Betroffenen war bei Inkrafttreten des Vermögensgesetzes nicht durch Art. 14 GG, sondern durch Art. 2 des Verfassungsgrundsatzgesetzes geschützt. Diese Vorschrift sah, wie auch Art. 11 Abs. 1, 16 der Verfassung der DDR, eine Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG entsprechende Regelung, nach der das Gesetz, durch das oder aufgrund dessen eine Enteignung erfolgt, zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung regeln muß, nicht vor. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG selbst ist auf Enteignungsgesetze, die vor seinem Inkrafttreten auf dem Hoheitsgebiet des enteignenden Gesetzgebers erlassen wurden, nicht anwendbar (für vorkonstitutionelles Recht vgl. BVerfGE 4, 219, 236 ff.; 46, 287 ff.).

3. Der Ausschluß der zivilrechtlichen Anfechtung durch das Vermögensgesetz und damit der auf der Anfechtung beruhenden Ansprüche führt verfahrensrechtlich dazu, daß für die Anträge des Klägers auf Feststellung der Nichtigkeit des Kaufs (vgl. Art. 232 § 1 EGBGB i. V. m. § 70 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 ZGB-DDR) und auf Herausgabe des Kaufgrundstücks (vgl. Art. 232 § 1 EGBGB i. V. m. § 69 Abs. 1, §§ 356, 357 ZGB-DDR und Art. 233 § 2 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 985 BGB) der ordentliche Rechtsweg nicht gegeben ist.

Die Frage, ob für ein Klagebegehren der Zivilrechtsweg eröffnet ist, beantwortet sich allerdings grundsätzlich nicht danach, ob ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch tatsächlich besteht; dies ist erst bei der Sachprüfung zu entscheiden. Maßgeblich ist vielmehr die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschl. vom 10. 4. 1986, BGHZ 97, 312). Es kommt darauf an, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des Zivilrechts geprägt ist (BGHZ 103, 255). Hierbei hat es der Kläger aber nicht in der Hand, allein durch Anführung von Klagegrün-

den, die vor die ordentlichen Gerichte gehören, sich den Zugang zum Zivilrechtsweg zu verschaffen (BGHZ 14, 294, 297; 24, 302, 305).

Das Vermögensgesetz stellt für die Durchsetzung des gegen den Staat gerichteten Anspruchs auf Rückübertragung von Vermögenswerten ein Verwaltungsverfahren zur Verfügung (§§ 30 Abs. 1, 31 ff. VermG). Gegen die Entscheidung über die Rückübertragung von Eigentumsrechten oder sonstigen dinglichen Rechten (§ 34 VermG) ist nach Überprüfung durch die Widerspruchsbehörde der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (§§ 36, 37 VermG, § 40 VwGO i. V. m. Anl. I, Kap. III, Sachgebiet A, Abschnitt III Nr. 1 t) des Einigungsvertrags). Diese vom Gesetzgeber sachlichrechtlich und verfahrensrechtlich exklusiv ausgestattete Rechtsschutzmöglichkeit kann der durch eine unlautere Machenschaft an seinen Vermögenswerten Betroffene nicht dadurch umgehen, daß er unter Berufung auf ein nach der Natur des Rechtsverhältnisses nicht bestehendes Anfechtungsrecht die Zivilgerichte in Anspruch nimmt. Da Gegner einer zivilrechtlichen Klage derjenige sein müßte, der gegenwärtig jedenfalls die Sachherrschaft über den Vermögenswert ausübt, könnte zudem ein wesentliches Anliegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Restitution, nämlich die Trennung der um den Vermögenswert Streitenden, verfehlt werden. Diesem Gesichtspunkt hat das Vermögensgesetz eine solche Bedeutung zugemessen, daß es bereits im Vorfeld der Entscheidung über die Rückübertragung dem Berechtigten einen unmittelbar gegen den Erwerber gerichteten Auskunftsanspruch versagt hat (§§ 31 Abs. 3 VermG; vgl. amtliche Erläuterung, Abschnitt II, zu § 31 VermG, a. a. O.).

Danach ist die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

2. BGB § 167, 181 (Auslegung einer „Allgemeinen Vollmacht“)

Eine erteilte „Allgemeine Vollmacht“ umfaßt regelmäßig auch (in Untervollmacht) die Abgabe der Erklärungen, zu deren Abgabe der Vollmachtgeber seitens eines Dritten bevollmächtigt wurde.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Passau, Beschluß vom 14. 1. 1992 — 2 T 195/91 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Keilbach*, Passau.

Aus dem Tatbestand:

In dem vorliegenden Verfahren geht es um die Auslegung einer Vollmacht.

Mit notarieller Urkunde vom 24. 04. 1991 — UR-Nr. 1338/91 hatte der Beteiligte zu 1) für seine näher bezeichneten Eigentumswohnungen einem Dritten eine „Allgemeine Vollmacht“ erteilt, ihn „umfassend zu vertreten, soweit überhaupt eine Vertretung nach den Gesetzen zulässig ist“; die Urkunde nennt „insbesondere ... Verfügungen aller Art über Grundstücke und Rechte an Grundstücken ...“. Der Dritte wurde außerdem gleichzeitig von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Mit Kaufvertrag vom 07. 5. 1991 — UR-Nr. 1545/91 — veräußerte der Beteiligte zu 1), vertreten durch den Dritten, einen bestimmten Miteigentumsanteil, verbunden mit Sondereigentum, an den Beteiligten zu 2); in dieser Urkunde bevollmächtigte der Beteiligte zu 2) als Käufer den Beteiligten zu 1) als Verkäufer ebenfalls unter der Befreiung von § 181 BGB, die Auflassung zu vereinbaren, die Bewilligung zu erteilen und den Vollzug zu beantragen.

In der Urkunde vom 21. 8. 1991 (UR-Nr. 2752/91), die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, erklärte der Dritte nunmehr die Auflassung, indem er die erforderlichen Erklärungen sowohl für den Veräußerer, als auch für den Erwerber abgab.

Gegenüber dem Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beanstandete der Rechtspfleger mit Beschluß vom 18. 10. 1991, es fehle eine Untervollmacht, wonach der Dritte auch im Namen des Beteiligten zu 2) als Käufer handeln dürfe; eine solche Befugnis lasse sich nicht aus der ihm vom Beteiligten zu 1) als Verkäufer erteilten „Allgemeinen Vollmacht“ herleiten, weil sich diese nur auf dessen Vermögen beziehe.

Dagegen wendet sich der Urkundsnotar mit seiner Erinnerung, mit welcher der Eintragungsantrag weiterverfolgt wird. Der Rechtspfleger hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen, die Amtsrichterin hält es für unbegründet.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist vom Urkundsnotar zulässigerweise für die Beteiligten eingelegt (vgl. § 15 GBO), gem. § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 3 RpfLG statthaft und in der Sache begründet.

1. Die in der Urkunde sog. „Allgemeine Vollmacht“ ist entsprechend §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung des das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes auszulegen; das bedeutet, daß vor allem die vorhandenen Urkunden heranzuziehen sind (*Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl., § 19; Anm. 8 b, 16 c; § 20, Anm. 8 a, aa). Nach deren Wortlaut sollte dem Dritten eine umfassende Vollmacht erteilt werden. Die Wendung „soweit überhaupt eine Vertretung nach den Gesetzen zulässig ist“ ist dabei grundsätzlich so auszulegen, daß die Vollmacht zur Vertretung in allen Rechtsgeschäften ermächtigt, also in sachlichem Umfang unbeschränkt ist (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 50. Aufl., § 167, Rdnr. 7). Gerade deshalb beschränkt Ziff. 6 der notariellen Urkunde Nr. 1338/91, die die Vollmachtserteilung betrifft, die genannte Vollmacht im sachlichen Umfang, weil dort niedergelegt ist, daß sie „nur für die Eigentumswohnungen gilt, die mit Teilungserklärung . . . in Wohnungseigentum aufgeteilt wurden“. Aus der genannten notariellen Urkunde kann also im Gesamtzusammenhang gerade nicht der Schluß gezogen werden, wie der Rechtspfleger meint, daß die Vollmacht nur Rechtsgeschäfte erfasse, die den Beteiligten zu 1) als Vollmachtgeber in eigenem Namen betreffen und die sich auf dessen Vermögen bezögen. Die zuletzt genannte Klausel beinhaltet vielmehr nur, wie ausgeführt, eine gegenständliche Beschränkung auf bestimmte Eigentumswohnungen.

2. Daß die Vollmacht des Beteiligten zu 1) in der notariellen Urkunde vom 7. 5. 1991 (UR.-Nr. 1545/91) an den Beteiligten zu 1), ihn bei der Auflassung zu vertreten, rechtlich wirksam ist, steht außer Zweifel; daran hat auch der Rechtspfleger keine Bedenken. Da aber der Dritte aufgrund der ihm erteilten „Allgemeinen Vollmacht“ den Beteiligten zu 1) umfassend vertritt, kann er all diejenigen Rechte ausüben, die dem Beteiligten zu 1) als Vollmachtgeber zustehen. In dem der Auflassung zugrundeliegenden Veräußerungsgeschäft ist eine von denjenigen Eigentumswohnungen verkauft worden, auf die sich die Vollmacht bezieht, was ebenfalls unzweifelhaft ist. Die Untervollmacht kann deshalb in der vorliegend gewählten Weise rechtlich gestaltet und auch ausgeübt werden. Der Dritte hat also hier in der Auflassungsurkunde wirksam sowohl für den Beteiligten zu 1) wie auch für den Beteiligten zu 2) gehandelt. § 181 BGB steht nicht entgegen, weil die erforderlichen Befreiungen von diesem Verbot jeweils erteilt worden sind.

3. BGB § 1191; AGBG § 3 (*Erweiterung des Sicherungszwecks durch formularmäßige Zweckerklärung über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus*)

1. Eine formularmäßige Zweckerklärung, die den Sicherungszweck über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus in einem nicht zu erwartenden Ausmaß erweitert, ist überraschend, auch wenn das zu sichernde Darlehen nicht zweckgebunden ist (im Anschluß an BGHZ 106, 19 [= DNotZ 1989, 609 = MittBayNot 1989, 207]).
2. Eine solche Zweckerklärung verliert ihren überraschenden Charakter nicht dadurch, daß die Namen aller Schuldner, deren Verbindlichkeiten der Sicherungsnehmer gesichert haben möchte, in das benutzte Formular maschinenschriftlich eingefügt werden (im Anschluß an BGHZ 102, 152 [= DNotZ 1988, 484]).
3. Der überraschende Charakter einer solchen Zweckerklärung entfällt mit Rücksicht auf gemeinsame geschäftliche Interessen des Sicherungsgebers und des Schuldners erst, wenn das Risiko künftiger von der Grundschuldhaftung erfaßter Kreditaufnahmen durch den Schuldner für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist (im Anschluß an BGHZ 100, 82 [= DNotZ 1987, 493 = MittBayNot 1987, 187]).
4. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Hinweis auf die Erweiterung des Sicherungszwecks über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus trägt der Sicherungsnehmer (im Anschluß an BGHZ 109, 197 [= DNotZ 1990, 554 = MittBayNot 1990, 103]).

BGH, Urteil vom 18. 2. 1992 — XI ZR 126/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist Erbbauberechtigte eines Grundstücks, auf dem sich eine abgebrannte kommerziell genutzte Tennishalle befand. Am 25. 3. 1983 gewährte ihr die beklagte Spar- und Darlehenskasse ein Darlehen über 235.000 DM und übersandte gleichzeitig vorbereitete Formulare für die Bestellung einer Grundschuld nebst Zweckerklärung über 250.000 DM zuzüglich Zinsen und Nebenleistung am Erbbaurecht der Klägerin. Diese unterzeichnete die Formulare am folgenden Tage. In ihnen ist — außer einer Übernahme der persönlichen Haftung — unter maschinenschriftlichem Zusatz der Namen der Klägerin und ihres Ehemannes bestimmt, daß die Grundschuld zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Beklagten gegen beide Eheleute dient. Ferner trat die Klägerin ihre Rechte aus zwei damals zu einem erheblichen Teil noch anzusparenden Kapitalversicherungen über insgesamt 235.000 DM an die Beklagte ab. Der Darlehensgewährung vorausgegangen war ein Schreiben, in dem der Ehemann der Klägerin, ein Kaufmann, ein Angebot der Beklagten über einen durch Lebensversicherung zu tilgenden Realkredit über 200.000 DM zum Wiederaufbau der Tennishalle an seine Frau erbeten hatte.

Nachdem der Ehemann, der die wiedererrichtete Tennishalle gepachtet hatte, in Vermögensverfall geraten war und die Beklagte die Grundschuld sowie das vorgenannte Darlehen gekündigt hatte, glich die Klägerin ihre eigenen Verbindlichkeiten aus. Die Beklagte gab sich damit nicht zufrieden. Sie erwirkte vielmehr, gestützt auf die Grundschuldbestellungsurkunde, in einem Vorprozeß ein landgerichtliches Urteil, durch das die Klägerin wegen Schulden ihres Ehemannes in Höhe von 186.611,30 DM zuzüglich Zinsen zur Zahlung und zur Duldung der Zwangsvollstreckung in ihr Erbbaurecht verurteilt wurde. Während des Berufungsverfahrens trafen die Parteien am 24. 2. 1988 eine außergerichtliche Vereinbarung; in dieser verpflichtete sich die Beklagte, Zug um Zug gegen Zahlung des titulierten Betrages die Grundschuld an die C.bank abzutreten und den empfangenen Betrag zuzüglich Zinsen und Finanzierungskosten an die Klägerin zurückzuzahlen, „sofern und soweit das OLG Hamm im Berufungsverfahren das (landgerichtliche) Urteil . . . ändern sollte“.

Nach Ausgleich des titulierten Zahlungsanspruchs und Abtretung der Grundsuld erklärten die Parteien die Klage hinsichtlich des Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt. Die Zahlungsklage der Beklagten wies das Oberlandesgericht Hamm rechtskräftig ab.

Mit ihrer Klage über 218.244,32 DM nebst 8,5% Zinsen aus 201.981,25 DM seit dem 23.11.1988 macht die Klägerin den Rückzahlungsanspruch aus der Vereinbarung vom 24.2.1988 geltend. Die Klage ist in beiden Instanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen: Nach der Vereinbarung vom 24.2.1988 sei die Beklagte zur Rückzahlung des Klagebetrages nur verpflichtet, wenn die Klägerin für Schulden ihres Ehemannes weder persönlich noch dinglich hafte. Anders als ihre im Vorprozeß rechtskräftig verneinte persönliche Haftung sei die dingliche zu bejahen. Bei der formularmäßigen erweiterten Zweckerklärung, derzufolge die Grundsuld auch Ansprüche der Beklagten gegen den Ehemann sichere, handele es sich entgegen der Ansicht der Klägerin nicht um eine überraschende Klausel (§ 3 AGBG). Die Erweiterung des Sicherungszwecks sei durch das maschinenschriftliche Einfügen auch des Namens ihres Ehemannes in das gedruckte Formular augenfällig hervorgehoben worden. Auch wenn die Grundsuld aus Anlaß des Darlehens zum Wiederaufbau der Tennishalle bestellt worden sei, sei die erweiterte Zweckerklärung nicht unwirksam, da der Kredit nicht zweckgebunden gewesen sei. Im übrigen sprächen der Inhalt der Zweckerklärung, die Abtretung der Lebensversicherungen sowie die unterschiedliche Höhe von Darlehens- und Grundsuldsumme dafür, daß Anlaß nicht die Sicherung einer bestimmten Einzelforderung gewesen sei, sondern daß die Grundsuld vereinbarungsgemäß weitere Ansprüche auch gegen den Ehemann der Klägerin habe sichern sollen. Außerdem sei die Erweiterung des Sicherungszwecks auch deshalb nicht überraschend, weil die Klägerin und ihr Ehemann mit dem Wiederaufbau der Tennishalle gemeinsame geschäftliche Interessen verfolgt hätten.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der außergerichtlichen Individualvereinbarung vom 24.2.1988. Die tatrichterliche Auslegung, die Klageforderung sei auch vom Fehlen einer dinglichen Haftung der Klägerin abhängig, ist nach dem Wortlaut der Vereinbarung möglich, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision insoweit nicht angegriffen.

2. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsurteil dagegen, soweit es den überraschenden Charakter der formularmäßigen erweiterten Sicherungszweckerklärung verneint. Die Ausführungen dazu sind mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unvereinbar und teilweise erfahrungs- oder denkgesetzwidrig.

a) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine formularmäßige Zweckerklärung überraschend, wenn sie den Sicherungszweck über den durch den Anlaß des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus in einem nicht zu erwartenden Ausmaß erweitert (vgl. BGHZ 100, 82, 85 [= DNotZ 1987, 493 = MittBayNot 1987, 187]; 102, 152, 159 f. [= DNotZ 1988, 484]; 106, 19, 23 [= DNotZ 1989, 609 =

MittBayNot 1989, 207]; 109, 197, 201, 203 [= DNotZ 1990, 554 = MittBayNot 1990, 103]; Senatsurteil vom 13.11.1990 — XI ZR 217/89, WM 1991, 60, 61 f.). Ist Anlaß der Zweckerklärung die Absicherung einer bestimmten Forderung des Sicherungsnehmers gegen den Sicherungsgeber durch eine Grundsuld, so verstößt die Erweiterung der dinglichen Haftung für alle bestehenden und künftigen Schulden eines Dritten grundsätzlich gegen § 3 AGBG. Das gilt auch dann, wenn Dritter der Ehegatte des Sicherungsgebers ist (BGHZ 106, 19, 24) und der Name des Dritten in die vorgedruckte Zweckerklärung maschinenschriftlich eingefügt ist (BGHZ 102, 152, 153, 160 f.). Der überraschende Charakter entfällt erst dann, wenn Sicherungsgeber und Dritter persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, daß das Risiko künftiger von der Grundsuldhaftung erfaßter Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist (BGHZ 100, 82, 86), oder wenn im Rahmen von Verhandlungen auf die Erweiterung der dinglichen Haftung hingewiesen worden ist (BGHZ 109, 197, 203).

b) Diese Rechtsprechung hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt.

aa) Soweit im Berufungsurteil ausgeführt ist, die Erweiterung des Sicherungszwecks sei nicht überraschend, weil sie durch Einfügen des Namens des Ehemannes der Klägerin in das benutzte Formular augenfällig hervorgehoben sei, steht es im Widerspruch zur Entscheidung BGHZ 102, 152 ff. und zur Lebenserfahrung. In seinem vorgenannten Urteil hat der Bundesgerichtshof eine erweiterte Zweckerklärung ohne Rücksicht darauf als überraschend angesehen, daß neben dem Namen des Kreditnehmers auch die anderer Schuldner des Sicherungsnehmers maschinenschriftlich in das benutzte Formular eingefügt waren (a. a. O. S. 160 f.). Das Urteil trägt insoweit der Erfahrung Rechnung, daß ein solches Einfügen bei einem durchschnittlichen Realkreditnehmer, auf den abzustellen ist (BGHZ 102, 152, 159; 106, 259, 264 f.), keine besondere Aufmerksamkeit erregt und eine ungewöhnliche Erweiterung des Sicherungszwecks dadurch nicht, wie erforderlich (vgl. *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGBG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 23), deutlich hervorgehoben wird.

bb) Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Ausdehnung des Sicherungszwecks verstoße selbst dann nicht gegen § 3 AGBG, wenn Anlaß der Grundsuldbestellung das Darlehen zum Wiederaufbau der Tennishalle gewesen sei, ist mit der Entscheidung BGHZ 106, 19 ff. unvereinbar. Das Berufungsgericht meint zu Unrecht, sich auf BGHZ 83, 56 ff. berufen zu können. Der letztgenannten Entscheidung kann nicht entnommen werden, daß der Anlaß der Grundsuldbestellung nur bei einem zweckgebundenen Kredit von besonderer Bedeutung ist. Auf die Zweckgebundenheit des zu sichernden Darlehens kommt es insoweit nicht an. Ausschlaggebend für die Anwendung des § 3 AGBG ist vielmehr, daß ein Sicherungsgeber, der eine Grundsuld zur Sicherung einer bestimmten Forderung bestellt, nicht damit rechnet, daß die Grundsuld auch für ungewisse, seiner Kenntnis und Einflußnahme entzogene Schulden eines Dritten haften soll (BGHZ 106, 19, 23 m. w. N.).

cc) Soweit das Berufungsurteil einen überraschenden Charakter der erweiterten Zweckerklärung mit Rücksicht auf gemeinsame geschäftliche Interessen der Klägerin und ihres Ehemannes verneint, widerspricht es der Entscheidung BGHZ 100, 82 ff. Danach entfällt der überraschende Charakter, wie dargelegt, erst, wenn das Risiko künftiger von der Grundsuldhaftung erfaßter Kreditaufnahmen durch den Dritten für den mit ihm persönlich und wirtschaftlich

eng verbundenen Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist (a. a. O. S. 86). Daran fehlt es hier. Die Klägerin hatte keine rechtliche Möglichkeit, die Aufnahme von Krediten durch ihren kaufmännisch tätigen Ehemann zu verhindern oder auch nur zu beeinflussen. Etwa vorhandene Möglichkeiten einer tatsächlichen Einflußnahme, für die im übrigen nichts festgestellt ist, reichen insoweit nicht aus (vgl. BGHZ 106, 19, 23 f.). Aus den vom Berufungsgericht insoweit angezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 18. 12. 1986 (IX ZR 11/86, BGHZ 99, 274 ff. [= DNotZ 1987, 488 = MittBayNot 1987, 81]) und vom 10. 11. 1989 (V ZR 201/88, BGHZ 109, 197 ff. ergibt sich nichts anderes.

c) Die vor allem aus dem Inhalt der formularmäßigen Zweckerklärung, der Abtretung der Kapitallebensversicherungen sowie der unterschiedlichen Höhe von Darlehens- und Grundschuldsumme gezogene Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, Anlaß der Grundschuldbestellung sei nicht die Sicherung einer bestimmten Forderung gewesen, ist rechtsfehlerhaft. Insbesondere erlauben die angeführten Umstände weder einzeln noch zusammen den Schluß, Anlaß und vereinbarungsgemäßer Zweck der Grundschuldbestellung sei auch die Absicherung von Verbindlichkeiten des Ehemannes der Klägerin gewesen.

Die formularmäßige Zweckerklärung, die der Senat uneingeschränkt selbst auslegen kann, enthält zum Anlaß der Grundschuldbestellung sowie zu Inhalt und Gegenstand vorausgegangener Verhandlungen keine Angaben. Die Abtretung der damals zu einem erheblichen Teil noch anzusparenden Kapitallebensversicherungen über 235.000 DM erklärt sich daraus, daß das von der Klägerin in gleicher Höhe aufgenommene tilgungsfreie Darlehen mit Hilfe der fällig werdenden Lebensversicherungen abgelöst werden sollte. Es handelt sich insoweit um ein vielfach benutztes Finanzierungsmodell, bei dem der Kredit durch Grundschuld und Lebensversicherung in den ersten Versicherungsjahren nicht übersichert ist und die genannten Sicherheiten in dieser Zeit keinen Raum lassen zur Besicherung weiterer Kredite. Aus der Abtretung der Lebensversicherungen zusätzlich zur Grundschuldbestellung kann deshalb nicht geschlossen werden, die Grundschuld habe vereinbarungsgemäß nicht nur die Verbindlichkeiten der Klägerin, sondern auch die ihres Ehemannes absichern sollen. Auch die unterschiedliche Höhe von Darlehens- und Grundschuldsumme erlaubt einen solchen Schluß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht. Die Differenz läßt sich zwanglos damit erklären, daß ein etwaiger weiterer Kreditbedarf der Klägerin, der sich bei der Durchführung der Bauarbeiten ergeben konnte, vorsorglich abgedeckt werden sollte.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und, da die Sache zur Entscheidung reif ist, zu ersetzen. Die Parteien haben den Sachverhalt in den Vorinstanzen umfassend vorgetragen, weiteres Vorbringen ist nicht zu erwarten. Der unstreitige Geschehensablauf läßt den sicheren Schluß zu, daß Anlaß für die Bestellung der Grundschuld und die Abgabe der Zweckerklärung durch die Klägerin die Gewährung des Darlehens zum Wiederaufbau der Tennishalle durch die Beklagte war. Zwischen der Darlehensgewährung und der Grundschuldbestellung mit Zweckerklärung bestand unverkennbar ein unmittelbarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Die Ausfertigung der Darlehensurkunde über 235.000 DM und die Übersendung der vorbereiteten Formulare zur Bestellung der Grundschuld über 250.000 DM und der Zweckerklärung hat die Beklagte am

selben Tage vorgenommen. Die Unterzeichnung der Formulare durch die Klägerin ist bereits am folgenden Tage geschehen. Die Darlehens- und Grundschuldsumme differierten nur um einen, wie dargelegt, zwanglos erklärbaren Betrag von 15.000 DM. Nichts spricht dafür, daß die Grundschuldbestellung und die Abgabe der Zweckerklärung durch die Klägerin auch ohne Erhalt des für den Wiederaufbau der Tennishalle bestimmten Darlehens erfolgt wären. Das gilt auch unter Berücksichtigung der ersichtlich auf dem Wortlaut der Zweckerklärung beruhenden Schreiben der erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 31. 7. und 8. 8. 1987 sowie des Umstands, daß der Ehemann der Klägerin einen Tag nach Gewährung des in Rede stehenden Darlehens einen Scheck über 50.000 DM zur Finanzierung einer Schiffsbeteiligung auf das gemeinsame Kontokorrentkonto der Eheleute gezogen hat.

War Anlaß der Grundschuldbestellung die Sicherung des vorgenannten Darlehens, so brauchte die Klägerin bei Abgabe der Zweckerklärung vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, daß die Grundschuld auch für alle bestehenden und künftigen ihrer Einflußnahme entzogenen Verbindlichkeiten ihres Ehemannes haften sollte. Die Ehe ist keine Solidargemeinschaft in dem Sinne, daß einem Ehegatten die Erwartung unterstellt werden könnte, mit seinem Vermögen über den Sicherungsanlaß hinaus notfalls für alle späteren Schulden des anderen Ehegatten eintreten zu müssen (BGHZ 106, 19, 24). Der überraschende Charakter der erweiterten Zweckerklärung wäre nur dann zu verneinen, wenn die Beklagte den ihr obliegenden Beweis geführt hätte, sie habe im Rahmen der Verhandlungen auf die Erweiterung des Sicherungszwecks hingewiesen (vgl. BGHZ 109, 197, 203). Dies hat die Beklagte zwar behauptet, ein zulässiger Beweistritt fehlt jedoch. Sie hat lediglich unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im Vorprozeß beantragt, gem. § 448 ZPO ihre beiden Vorstandsmitglieder zu vernehmen. Die Voraussetzungen einer Parteivernehmung von Amts wegen liegen indes nicht vor. Es fehlt an einer gewissen Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der Behauptung der Beklagten.

Die danach überraschende Erweiterung des Sicherungszwecks ist nicht Bestandteil der Sicherungsabrede geworden (§ 3 AGBG) mit der Folge, daß die Klägerin für Verbindlichkeiten ihres Ehemannes (auch) dinglich nicht haftet. Ihrer auf die Vereinbarung vom 24. 2. 1988 gestützten, zur Höhe unstreitigen Zahlungsklage war daher in vollem Umfang stattzugeben.

4. WoBindG § 2 b; BGB §§ 504 ff. (*Kein Vorkaufsrecht des Mieters bei Gesamtveräußerung eines mit öffentlich geförderten Wohnungen bebauten Grundstücks, dessen Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht eingeleitet worden ist*)

Das Recht zur Ausübung des dem Mieter einer öffentlich geförderten Wohnung in § 2 b Abs. 1 WoBindG eingeräumten Vorkaufsrechts entsteht mit dem Abschluß eines Kaufvertrags zwischen dem verfügungsberechtigten Vermieter und einem Dritten über die Mietwohnung als durch Umwandlung entstandenes oder noch zu begründendes Wohnungseigentum. Beim Gesamtverkauf eines mit öffentlich geförderten Mietwohnungen bebauten Grundstücks entsteht das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht, es sei denn, die vom vorkaufsberechtigten Mieter bewohnte Wohnung ist als Teilobjekt des Veräußerungsvertrags so hinreichend bestimmt,

daß sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein kann.

BayObLG, Beschluß vom 16.4.1992 — RE-Miet 4/91 = BayObLGZ 1992 Nr. 23 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Prof. Dr. Helmut Schippel*, München

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist aufgrund eines im Jahr 1975 mit der Beklagten zu 1 geschlossenen Mietvertrags Mieter einer Wohnung, die bis zum 31. 12. 1989 öffentlich gefördert war. Die Beklagte zu 1 hat das mit insgesamt 43 Wohnungen bebaute Grundstück am 11. 5. 1988 zum Preis von 4.300.000 DM an die Beklagte zu 2 verkauft. Diese verkaufte es am 13. 9. 1988 zusammen mit weiteren, gleichfalls mit öffentlich geförderten Wohnungen bebauten Grundstücken zu einem Gesamtpreis von 24.300.000 DM an eine GmbH. Im Kaufvertrag vom 13. 9. 1988 wurde vereinbart, daß durch die Beklagte zu 2 unter Mitwirkung der Käuferin für den gesamten Vertragsgrundbesitz Wohnungs- und Teileigentum begründet werden solle. Im Oktober 1988 wurde die Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilt und am 2. 11. 1988 die Teilungserklärung beurkundet. In das am 22. 11. 1988 angelegte Wohnungsgrundbuch wurden zunächst die Beklagte zu 2 und später die GmbH als Eigentümer der vom Kläger gemieteten Wohnung eingetragen. Die GmbH verkaufte das Wohnungseigentum am 8. 5. 1989 zum Preis von 166.300 DM. Der Inhalt dieses Kaufvertrags wurde dem Kläger mitgeteilt. Er übte sein Vorkaufsrecht nicht aus, weil ihm der Preis zu hoch erschien.

Der Kläger meint, dem Mieter einer öffentlich geförderten Wohnung stehe auch beim Verkauf des Gesamtgrundstücks gem. § 2 b Abs. 1 WoBindG ein Vorkaufsrecht zu, wenn im Zeitpunkt des Verkaufs die Umwandlung in Eigentumswohnungen beabsichtigt sei. Er hat gegen die beiden Beklagten Schadensersatzansprüche geltend gemacht, weil ihm bei den Grundstücksverkäufen vom Mai 1988 und September 1988 die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht ermöglicht worden sei. Seiner Schadensberechnung hat der Kläger den Unterschied zwischen dem von der GmbH für das Wohnungseigentum erzielten Kaufpreis und dem beim zweimaligen Verkauf des Gesamtgrundstücks jeweils auf die Mietwohnung entfallenden Kaufpreisanteil zugrunde gelegt.

Im Rahmen des Klageverfahrens hat das Landgericht beschlossen, einen Rechtsentscheid zu folgenden Fragen einzuholen:

1. Steht dem Mieter einer öffentlich geförderten Wohnung das Vorkaufsrecht gem. § 2 b Abs. 1 WoBindG auch dann zu, wenn die Mietwohnung bei bestehender Umwandlungsabsicht nicht als künftige „Eigentumswohnung“ verkauft wird?
2. Steht, falls die Frage zu 1 zu bejahen sein sollte, dem Mieter einer öffentlich geförderten Wohnung das Vorkaufsrecht gem. § 2 b Abs. 1 WoBindG auch dann zu, wenn zusammen mit seiner Mietwohnung vor der Umwandlung in Wohnungseigentum bei einem sogenannten Blockverkauf das ganze Anwesen mit sämtlichen Wohnungen veräußert wird?
3. Setzt die Regelung des § 2 b Abs. 1 Satz 1 WoBindG in der Alternative, daß „in eine Eigentumswohnung umgewandelt ... werden soll“ voraus, daß der Verfügungsberechtigte, d. h. der verkaufende Eigentümer des das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrags, Umwandlungsabsicht hat?

Aus den Gründen:

1. Das Bayerische Oberste Landesgericht ist für den gem. § 541 ZPO zu erlassenden Rechtsentscheid zuständig (§ 541 Abs. 2 ZPO, § 1 Nr. 14 Zuständigkeitsübertragungsverordnung Justiz BayRS 300-1-3-J; § 3 gerichtliche Zuständigkeitsverordnung Justiz BayRS 300-3-1-J).
2. Die Vorlage ist zulässig, soweit sie die erste und zweite der gestellten Rechtsfragen betrifft. Hinsichtlich der dritten Frage ist sie unzulässig, weil es an der Entscheidungserheblichkeit fehlt.

a) Das vorliegende Landgericht hat den Rechtsstreit als Berufungsgericht zu entscheiden (§ 541 Abs. 1 Satz 1 ZPO), nachdem das Amtsgericht seine Zuständigkeit aufgrund von

§ 29 a Abs. 1 ZPO angenommen hat. Dies ist Voraussetzung für den Erlaß eines Rechtsentscheids (OLG Hamburg WuM 1990, 542; KG WuM 1991, 530/531; *Zöllner/Schneider* ZPO 17. Aufl. Rdnr. 2, *Thomas/Putzo* ZPO 17. Aufl. Anm. 3 aa, jeweils zu § 541). Das Berufungsgericht will für den geltend gemachten Anspruch ebenfalls die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts gem. § 29 a Abs. 1 ZPO bejahen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß es eine Sachentscheidung treffen und zu deren Vorbereitung einen Rechtsentscheid einholen will. Die Beklagten rügen jedoch im Berufungsverfahren erneut, daß die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts gefehlt habe. Der Senat hat daher zu prüfen, ob dies dem Erlaß eines Rechtsentscheids entgegensteht (vgl. *Zöllner/Schneider* a. a. O.).

aa) Bei der Beurteilung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist ebenso wie bei anderen die Zulässigkeit des Rechtsentscheids betreffenden Vorfragen die vom vorlegenden Landgericht vertretene Rechtsauffassung zugrunde zu legen, es sei denn, sie wäre unhaltbar. (...)

bb) Der Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung und der Vorlagebeschlüsse lassen erkennen, daß das Berufungsgericht dem Amtsgericht folgen will, das den geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus der Verletzung einer mietvertraglichen Nebenpflicht herleitet und dafür seine sachliche Zuständigkeit gem. § 29 a Abs. 1 Satz 1 ZPO bejaht. Dies ist jedenfalls vertretbar. Der Anwendungsbereich des § 29 a ZPO ist nicht auf den zu eng gefaßten Wortlaut der Vorschrift beschränkt (vgl. BGHZ 89, 275/283). Das dem Mieter in § 2 b des Gesetzes zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbindungsgesetz — WoBindG — i. d. F. der Bekanntmachung vom 22. 7. 1982, BGBl. I S. 972) eingeräumte Vorkaufsrecht bei der Umwandlung einer Mietwohnung in eine Eigentumswohnung setzt das Bestehen eines Mietverhältnisses über eine öffentlich geförderte Wohnung (§ 1 Abs. 3, §§ 13 ff. WoBindG) voraus. Die Pflicht zur Mitteilung eines Drittverkaufs, die dem vorkaufsverpflichteten Verfügungsberechtigten Vermieter gegenüber dem vorkaufsberechtigten Mieter gem. § 2 b Abs. 2 Satz 2 WoBindG i. V. m. § 510 Abs. 1 BGB obliegt, kann daher eine mietvertragliche Nebenpflicht darstellen und ihre Verletzung einen Schadensersatzanspruch begründen. Ein solcher kann im Gerichtsstand des § 29 a Abs. 1 ZPO geltend gemacht werden (vgl. *Zöllner/Vollkommer* Rdnr. 10, *Stein/Jonas/Schumann* ZPO 20. Aufl. Rdnr. 17, *Thomas/Putzo* Anm. 1 b, jeweils zu § 29 a; *Bub/Treier/Fischer* Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete Kap. VIII Rdnr. 12; *Köhler* Handbuch der Wohnraummiete 3. Aufl. § 188 Rdnr. 1).

b) Die vorgelegten Rechtsfragen sind einem Rechtsentscheid zugänglich, weil sie sich aus einem Mietverhältnis über Wohnraum ergeben (§ 541 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Insofern genügt es, daß die Rechtsfrage in einem engen inneren Sachzusammenhang mit einer Rechtsfrage des materiellen Wohnraummietrechts steht und ihre Beantwortung sich aus dem materiellen Wohnraummietrecht ergibt (BayObLGZ 1988, 109/112 m. w. N. und ständige Rechtsprechung; *Thomas/Putzo* § 541 Anm. 2 b).

aa) Sämtliche hier vorgelegten Rechtsfragen betreffen die Voraussetzungen, unter denen das in § 2 b WoBindG begründete gesetzliche Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann. Dieses Vorkaufsrecht ist privatrechtlicher und schuldrechtlicher Natur. Es steht nur dem Mieter einer im Sinn von § 1 Abs. 3 WoBindG öffentlich geförderten Wohnung

zu (*Fischer-Dieskau/Pergande/Bellinger Wohnungsbaurecht* Anm. 2 und 3, *Schubart/Kohlenbach Wohn- und Mietrecht* Anm. III 1 und 3, jeweils zu § 2 b WoBindG; *Sonnenschein NJW* 1980, 2055/2057 f.; *Wienicke WuM* 1980, 93/96; *Becker MittRhNot* 1980, 213/221 und 223). Neben den besonderen Bestimmungen des § 2 b WoBindG gelten dafür die allgemeinen Regelungen der §§ 504-513 BGB, auf die in § 2 b Abs. 2 Satz 2 WoBindG verwiesen wird.

bb) Gegenstand der Vorlagefragen ist die Entstehung des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts. Hierfür enthält § 2 b Abs. 1 Satz 1 WoBindG eine Sonderregelung. Die vorgelegten Rechtsfragen sind daher in erster Linie aus dem materiellen Wohnraummietrecht zu beantworten und somit einem Rechtsentscheid zugänglich (vgl. *BayObLGZ* 1988, 109/112; *Bub/Treier/Fischer* Kap. VIII Rdnr. 143).

c) Der Erlaß eines Rechtsentscheids setzt voraus, daß die vorgelegte Rechtsfrage für die Entscheidung des Berufungsrechtsstreits erheblich ist. Dies hat der Senat auf der Grundlage der im Vorlagebeschluß vertretenen Tatsachenfeststellung und -würdigung von Amts wegen zu prüfen (*BayObLGZ* 1989, 319/321 m. w. N. Die Vorlagefragen 1 und 2 sind entscheidungserheblich, denn der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch setzt voraus, daß er als Mieter zur Ausübung des Vorkaufsrechts schon berechtigt ist, wenn das mit öffentlich geförderten Mietwohnungen bebauten Grundstück als Ganzes veräußert wird und eine Umwandlung in Wohnungseigentum zwar beabsichtigt, aber noch nicht eingeleitet ist. Dies ist zu verneinen, wie nachstehend ausgeführt wird. Für die Entscheidung über die Berufung kommt es daher nicht auf das Bestehen einer Umwandlungsabsicht beim veräußernden Eigentümer und somit nicht auf die Beantwortung der Vorlagefrage 3 an. Hinsichtlich dieser Rechtsfrage ist die Vorlage daher unzulässig.

d) Für die Vorlagefragen 1 und 2 sind auch die weiteren Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rechtsentscheids gegeben (§ 541 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 ZPO). Die Rechtsfragen sind insbesondere von grundsätzlicher Bedeutung und können auch künftig wiederholt auftreten. Sie sind nicht durch eine gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung geklärt und waren bisher, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand eines Rechtsentscheids (vgl. *BayObLGZ* 1988, 109/114).

3. Die vorgelegten Rechtsfragen werden zusammengefaßt und so beantwortet, wie der Entscheidungssatz lautet. Dieser entspricht nicht wörtlich der Fragestellung des Landgerichts. Nach allgemeiner Meinung kann die Vorlagefrage berichtigt, ergänzt oder sonst neu gefaßt werden, wenn es dem zuständigen Gericht zweckmäßig erscheint und die Frage nicht in ihrem rechtlichen Kern verändert wird (*BayObLGZ* 1989, 406/409 m. w. N.).

a) Das in § 2 b WoBindG geregelte Vorkaufsrecht des Mieters einer öffentlich geförderten Wohnung ist durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungsbindungsgesetzes und des Zweiten Wohnungsbaugesetzes — Wohnungsbaueänderungsgesetz 1980 — vom 20. 2. 1980 (BGBl. I S. 159) geschaffen worden. Das wesentliche Ziel dieses Gesetzes war die Auflockerung der für öffentlich geförderte Mietwohnungen geltenden Bindungen, soweit dies ohne sozialen Schaden möglich sein würde (BT-Drucks. 8/3530 S. 1). Durch einen verstärkten Kündigungsschutz und daneben durch die Einführung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts sollte „den spekulativen Verdrängungen von Mietern insbesondere im Zusam-

menhang mit dem Kauf und der Umwandlung ganzer Sozialmietwohnanlagen“ begegnet und gleichzeitig „die Veräußerung der Wohnungen grundsätzlich an die bisherigen Mieter“ gesichert werden (BT-Drucks. 8/3403 S. 35; zur Entstehungsgeschichte s. auch *Fischer-Dieskau/Pergande/Bellinger* § 2 a WoBindG Anm. 2; *Sonnenschein NJW* 1980, 2055/2056).

b) Die Vorschrift des § 2 b WoBindG begründet ein gesetzliches Vorkaufsrecht, bei dem wie bei jedem Vorkaufsrecht drei Stufen zu unterscheiden sind; nämlich die Entstehung des Vorkaufsrechts bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts mit dem Abschluß eines Kaufvertrags (Vorkaufsfall) und die Ausübung des Rechts selbst (vgl. *BGH NJW* 1979, 875 und *NJW* 1984, 1617 zum gesetzlichen Vorkaufsrecht gem. § 24 Abs. 5 BBauG; *Kottke MDR* 1967, 975).

aa) Ein gesetzliches Vorkaufsrecht entsteht, wenn die vom Gesetz festgelegten Tatbestandsmerkmale gegeben sind (*Schurig* Das Vorkaufsrecht im Privatrecht S. 71/72). Es begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis, das in Gehalt und Wirksamkeit einem aus einer Vorkaufvereinbarung folgenden Schuldverhältnis gleichgestaltet ist, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist (*Erman/Weitnauer* BGB 8. Aufl. § 504 Rdnr. 4).

bb) Voraussetzung für die Entstehung des dem Mieter einer öffentlich geförderten Wohnung eingeräumten gesetzlichen Vorkaufsrechts ist das Bestehen eines Mietverhältnisses über eine Wohnung, die im Sinn von § 1 Abs. 3 WoBindG öffentlich gefördert ist. Das Wohnungsbindungsgesetz stellt grundsätzlich nicht auf das jeweilige Gebäude, sondern auf die einzelne Wohnung ab (*Silberkuhl* ZMR 1987, 161; *Mückenberger/Hanke* Wohnungsbindungsrecht Teil I Rdnr. 16).

cc) Der Gegenstand des Vorkaufsrechts wird in § 2 b Abs. 1 Satz 1 WoBindG als „Mietwohnung, die in eine Eigentumswohnung umgewandelt ist oder umgewandelt werden soll“ umschrieben. Der im Wohnungsbindungsgesetz nicht definierte Begriff der Umwandlung bezeichnet den Vorgang der Begründung von Wohnungseigentum im Sinn des Wohnungseigentumsgesetzes. Er beginnt mit der Unterzeichnung der Teilungserklärung (§ 8 Abs. 1 WEG) oder des Teilungsvertrags (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 WEG) und wird mit der Anlegung des Wohnungsgrundbuchs abgeschlossen (*Fischer-Dieskau/Pergande/Bellinger* § 2 b WoBindG Anm. 3.1; *Sonnenschein NJW* 1980, 2055/2057; *Wienicke WuM* 1980, 93/95).

c) Zur Ausübung des Vorkaufsrechts enthält das Wohnungsbindungsgesetz nur hinsichtlich der Ausübungsfrist eine besondere Regelung (§ 2 b Abs. 1 Satz 2 WoBindG), im übrigen verweist es auf die allgemeinen Bestimmungen für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht in §§ 504 ff. BGB. Das Recht zur Ausübung des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts entsteht gem. § 504 BGB mit dem Abschluß eines Kaufvertrags zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten über den belasteten Gegenstand (*Soergel/Huber* BGB 12. Aufl. § 504 Rdnr. 14; *Schurig* S. 134), der tatbestandlich abgeschlossen und rechtsgültig sein muß (*BGHZ* 110, 230/232 m. w. N.; *MünchKomm/Westermann* BGB 2. Aufl. Rdnr. 14, *Erman/Weitnauer* Rdnr. 7, jeweils zu § 504; *Schurig* S. 139; *Pikart WPM* 1971, 490/491; *Sonnenschein NJW* 1980, 2055/2057; *Wienicke WuM* 1980, 93/96; *Becker MittRhNot* 1980, 213/224).

Für das gesetzliche Vorkaufsrecht des Mieters gem. § 2 b WoBindG gilt das gleiche (*Becker a. a. O.*). Gegenstand eines Kaufvertrags, der den Mieter zur Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 2 b WoBindG berechtigt, muß daher die Mietwohnung als umgewandelte oder noch umzuwandelnde künftige Eigentumswohnung sein. Dies ist der Fall, wenn bestehendes oder zu begründendes Wohnungseigentum im Sinn von § 1 Abs. 2 WEG veräußert wird.

aa) Die mit dem Vorkaufsrecht des § 2 b Abs. 1 WoBindG belastete Mietwohnung kann als realer Teil eines Gebäudes nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§§ 93, 94 BGB; *Palandt/Bassenge* BGB 51. Aufl. Überblick vor § 1 WEG Rdnr. 1). Sie kann daher nur im Zusammenhang mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück veräußert werden, auf dem sie errichtet ist (*Erman/Schmidt* § 93 Rdnr. 9, 10, 15). Allgemein kann eine Wohnung, die in eine Eigentumswohnung erst noch umgewandelt werden soll, Gegenstand eines rechtsgültigen und wirksamen Kaufvertrags sein, wenn der Vertrag das künftige Wohnungseigentum hinreichend bestimmt bezeichnet (BGH NJW 1986, 845; *Palandt/Heinrichs* § 313 Rdnr. 26, 27; *Becker* MittRhNotK 1980, 213/223). Wird über eine öffentlich geförderte Mietwohnung ein solcher Kaufvertrag geschlossen, ist der Mieter zur Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 2 b Abs. 1 WoBindG berechtigt (*Fischer-Dieskau/Pergande/Bellinger* Anm. 3.1 und 4.1, *Schubart/Kohlenbach* Anm. 2, jeweils zu § 2 b WoBindG; *Sonnenschein* NJW 1980, 2055/2057; *Becker a. a. O.*).

bb) Wenn ein Kaufvertrag mehrere öffentlich geförderte Mietwohnungen umfaßt und für jede einzelne Wohnung das zu begründende Wohnungseigentum hinreichend bestimmt bezeichnet ist, gilt dasselbe. In diesem Fall kann das Vertragswerk rechtlich in ein Bündel von Kaufverträgen über die einzelnen Wohnungen aufgespalten werden, hinsichtlich deren der jeweilige Mieter zur Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts berechtigt ist.

cc) Die Entstehung des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts gem. § 2 b Abs. 1 WoBindG kommt ferner in Betracht, wenn Miteigentumsanteile eines Grundstücks veräußert werden, dessen Umwandlung in Wohnungseigentum durch Vertrag der Miteigentümer gem. § 3 Abs. 1 WEG durchgeführt werden soll, soweit die einzelne öffentlich geförderte Mietwohnung einem bestimmten Miteigentumsanteil erkennbar zugeordnet ist (vgl. *Fischer-Dieskau/Pergande/Bellinger* § 2 b WoBindG Anm. 4.1; *Sonnenschein* NJW 1980, 2055/2057; *Wienicke* WuM 1980, 93/96; *Becker* MittRhNot 1980, 213/226).

dd) Wird ein mit öffentlich geförderten Wohnungen bebautes Grundstück als Ganzes veräußert, so ist Gegenstand des Kaufvertrags nicht die mit dem Vorkaufsrecht des Mieters belastete Wohnung, auch nicht sämtliche Wohnungen in ihrer Gesamtheit, sondern das Grundstück selbst. Ob in diesem Fall die Anwendbarkeit des § 504 BGB von vornherein ausscheidet, weil der vom Drittkäufer erworbene Gegenstand mit dem Gegenstand des Vorkaufsrechts nicht gleichzusetzen ist, kann dahinstehen (vgl. BGHZ 48, 1/3 f.). Ein Kaufvertrag über das Gesamtgrundstück ist jedenfalls dann nicht geeignet, das Recht des Mieters zur Ausübung seines gesetzlichen Vorkaufsrechts an der Mietwohnung entstehen zu lassen, wenn diese Wohnung nicht einen rechtlich bestimmten oder zumindest bestimmbareren Teil des Vertragsgegenstands bildet.

(1) Gem. § 505 Abs. 1 BGB erfolgt die Ausübung des Vorkaufsrechts durch einseitige empfangsbedürftige Willenser-

klärung gegenüber dem Verpflichteten. Sie begründet einen neuen selbständigen Kaufvertrag zwischen den Parteien des Vorkaufs (BayObLGZ 1985, 263/264 m. w. N.; MünchKomm/Westermann Rdnr. 2 und 5, BGB-RGRK/Mezger 12. Aufl. Rdnr. 1, *Palandt/Putzo* Rdnr. 1 und 4, jeweils zu § 505). Bei der Veräußerung des Gesamtgrundstücks kann ein Kaufvertrag über die vom Mieter bewohnte Wohnung durch die Ausübungserklärung nicht rechtswirksam begründet werden, wenn diese Wohnung nicht als selbständiges Rechtsobjekt, sondern als ein rechtlich nicht näher bestimmter Teil des bebauten Grundstücks veräußert wird.

(2) Die in § 508 Satz 1 BGB für den Fall des Verkaufs eines verkaufsbelasteten Gegenstands zusammen mit anderen Gegenständen und zu einem Gesamtpreis vorgesehene Vertragsteilung (vgl. BGH WPM 1974, 539 f.), die auf den Fall des Verkaufs eines nur teilweise mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks entsprechend angewendet wird (BGH LM Nr. 1 zu § 508 BGB m. w. N., BayObLGZ 1966, 310/315, jeweils zu § 24 BBauG; MünchKomm/Westermann § 504 Rdnr. 13 und § 508 Rdnr. 2; BGB-RGRK/Mezger Rdnr. 5, *Staudinger/Mayer-Maly* BGB 12. Aufl. Rdnr. 1 und 9, jeweils zu § 508), setzt voraus, daß der belastete Grundstücksteil als Teilfläche abtrennbar ist (BGH und BayObLG jeweils a. a. O.), oder daß ihm als ideellem Miteigentumsanteil rechtlich selbständige Bedeutung zukommt (vgl. BGHZ 13, 133/140 und BGH NJW 1984, 1617). In diesem Fall kommt mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag nur über den betreffenden Teil zustande (*Walter* Kaufrecht § 13 III 5). Beim Verkauf eines mit verkaufsbelasteten Wohnungen bebauten Grundstücks kommt eine solche Aufspaltung des Kaufvertrags nicht in Betracht, solange nicht die einzelne Wohnung selbständig rechtswirksam veräußert werden kann.

d) Für die Entstehung des Rechts zur Ausübung des in § 2 b Abs. 1 WoBindG begründeten Vorkaufsrechts kommt es daher beim Verkauf des mit öffentlich geförderten Wohnungen bebauten Grundstücks im ganzen nicht darauf an, ob die Vertragsparteien oder eine von ihnen die Umwandlung der Mietwohnungen in Wohnungseigentum beabsichtigen. Beim „en bloc“-Verkauf des bebauten Grundstücks kommt die Ausübung des an der einzelnen Wohnung bestehenden Vorkaufsrechts aus Rechtsgründen dann nicht in Betracht, wenn die vom vorkaufsberechtigten Mieter bewohnte Wohnung nicht als Teilobjekt des Veräußerungsvertrags so hinreichend bestimmt ist, daß sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein könnte.

Das amtsgerichtliche Urteil schließt aus den Mitteilungspflichten, die § 2 a Abs. 1 WoBindG dem Verfügungsberechtigten im Zusammenhang mit der Umwandlung und der Veräußerung öffentlich geförderter Wohnungen auferlegt, daß beim Verkauf des Gesamtgrundstücks schon das Bestehen einer Umwandlungsabsicht genüge, um das Vorkaufsrecht des Mieters auszulösen. Dies steht jedoch in Widerspruch zu der rechtlichen Konstruktion eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts, wie es der Gesetzgeber in § 2 b WoBindG zugunsten des Mieters einer öffentlich geförderten Wohnung begründet hat. Im übrigen sind die Mitteilungen gem. § 2 a WoBindG nicht an den vorkaufsberechtigten Mieter zu richten, sondern an eine Behörde, nämlich die zur Erfassung aller öffentlich geförderten Wohnungen zuständige Stelle (§ 2 a Abs. 1, § 3 WoBindG). Dementsprechend dient die Einhaltung der Mitteilungspflichten des § 2 a WoBindG dem öffentlichen Interesse, nicht dem des Mieters (*Wienicke* WuM 1980, 93/96).

e) Das Recht des Mieters zur Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts gem. § 2 b WoBindG entsteht bei der Veräußerung einer öffentlich geförderten Wohnung, deren Umwandlung in Wohnungseigentum zumindest eingeleitet ist. Bei der Schaffung dieses Vorkaufsrechts waren die beim Aufkauf und der Umwandlung ganzer Sozialmietwohnanlagen auftretenden Probleme bekannt (vgl. BT-Drucks. 8/3403 S. 35). Der gesetzlichen Regelung kann jedoch nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber die Ausübung des Vorkaufsrechts auch bei der Gesamtveräußerung eines mit öffentlichen Wohnungen bebauten Grundstücks zulassen wollte, dessen Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht eingeleitet worden ist.

aa) Die Gefahr einer Verdrängung des Mieters im Zuge der Umwandlung von Sozialmietwohnungen in Eigentumswohnungen, vor der der Mieter durch die Begründung eines Vorkaufsrechts geschützt werden sollte (BT-Drucks. 8/3403 S. 3 und S. 35), verwirklicht sich noch nicht beim Verkauf des Gesamtgrundstücks, sondern erst bei einem Verkauf der vom Mieter bewohnten Wohnung als — zumindest künftiges — Wohnungseigentum an einen Erwerber, in dessen Person die Voraussetzungen für eine Kündigung des Mietvertrags wegen Eigenbedarf gem. § 564 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB entstehen können. Bei einer solchen Veräußerung greift das gesetzliche Vorkaufsrecht ein.

bb) Mit der Begründung des gesetzlichen Vorkaufsrechts sollte auch die Verbreiterung der Eigentumsbildung im Wohnungsbau durch Umwandlung und Veräußerung von Sozialmietwohnungen als Eigentumswohnungen an die bisherigen Mieter gefördert werden (BT-Drucks. 8/3403 S. 2 und 35). Gleichwohl hat der Gesetzgeber von einer Einflußnahme auf die Preisgestaltung bei der Veräußerung von Sozialmietwohnungen abgesehen, wohl im Hinblick auf die mit einer solchen Regelung verbundene Beschränkung der Rechte und Befugnisse des veräußernden Eigentümers oder sonst Verfügungsberechtigten, die dem Schutz des Art. 14 GG unterliegen. Im Ausschluß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau ist zwar erwogen worden, den Verfügungsberechtigten zu verpflichten, dem Mieter die Umwandlungsabsicht mitzuteilen und die Wohnung zu einem „bestimmten Preis“ anzubieten (BT-Drucks. 8/3403 S. 4 und 36). Eine solche Verpflichtung ist jedoch nicht in das Gesetz aufgenommen worden.

5. ErbbauVO § 9 Abs. 1; ZPO § 291 (*Anpassung des Erbbauzinses bei „nachhaltiger Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse“*)

- a) **Soll sich vereinbarungsgemäß der Erbbauzins erhöhen, wenn sich die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse derart nachhaltig ändern, daß der bisherige Erbbauzins dem Eigentümer nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, so genügt dafür jedenfalls eine Änderung um mehr als 20% (hier bezogen auf den vom Tatrichter gewählten Maßstab der Entwicklung der Lebenshaltungskosten und der Einkommen).**
- b) **Ist vereinbarte Voraussetzung einer Anpassung des Erbbauzinses eine Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, so ist auch die Entwicklung in dem zum Zeitpunkt der Erhöhung schon abgelaufenen Teil eines Kalenderjahres einzubeziehen.**
- c) **Bei einem nicht Wohnzwecken dienenden Erbbaurecht darf an die Prüfung, ob seit der letzten Erhöhung des Erbbauzinses die vereinbarte Anpassungsvoraussetzung**

einer Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse erneut eingetreten ist, nicht ein Maßstab angelegt werden, der überhöhte frühere Anpassungen ausgleicht.

- d) **Der in der Fachpresse (u. a. in der Neuen Juristischen Wochenschrift) veröffentlichte statistische monatliche Indexstand der Lebenshaltungskosten ist offenkundig im Sinne des § 291 ZPO.**

BGH, Urteil v. 24. 4. 1992 — V ZR 52/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 22. 8. 1962 bestellten der Kläger und seine inzwischen verstorbene, von ihm beerbte Mutter zugunsten der beklagten Stadt ein Erbbaurecht für die Dauer von 99 Jahren. Der vereinbarte Erbbauzins betrug jährlich 3.600 DM = 0,76 DM/qm. Er ist in das Erbbaugrundbuch eingetragen worden. Auf dem Erbbaugrundstück hat die Beklagte eine Schule errichtet.

Der Vertrag enthält folgende Klausel:

„Sollten sich die wirtschaftlichen oder die währungsrechtlichen Verhältnisse dergestalt nachhaltig ändern, daß einer Partei der vereinbarte Erbbauzins nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, so sind die Vertragsschließenden gegenseitig verpflichtet, auf Antrag einer Partei den Erbbauzins den veränderten Verhältnissen in angemessener Weise anzupassen. Bei der dann zu erfolgenden Festsetzung des Erbbauzinses ist davon auszugehen, daß eine angemessene Verzinsung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks für die Eigentümer gewährleistet ist.“

Der Erbbauzins ist mehrfach einvernehmlich erhöht worden, zuletzt ab 1. 1. 1982 auf jährlich 2,04 DM je Quadratmeter.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, einer weiteren Erhöhung des Erbbauzinses ab 1. 1. 1990, nach dem Berufungsantrag ab 1. 10. 1990, auf jährlich 2,65 DM/qm zuzustimmen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Der mit der Klage verfolgte Antrag auf Verurteilung der Beklagten, einer Erhöhung des Erbbauzinses auf jährlich 2,65 DM/qm ab 1. 10. 1990 zuzustimmen, bedarf der Auslegung. Er ist dahin zu verstehen, daß der Kläger in dem beanspruchten Umfang der Erhöhung des dinglichen Erbbauzinses (§ 9 Abs. 1 ErbbauVO) von der Beklagten die sachrechtlich nötige Erklärung der dinglichen Einigung (§ 873 BGB) und zugleich die gem. § 19 GBO erforderliche Bewilligung der Eintragung in das Erbbaugrundbuch verlangt. Aus einer Anpassungsklausel ergibt sich zwar nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Erbbauzinserhöhung (BGHZ 22, 220; 81, 135, 144), er richtet sich jedoch auf Erhöhung des vereinbarten dinglichen Erbbauzinses, so daß der aus der Klausel verpflichtete Erbbauberechtigte der Eintragung einer entsprechend höheren Erbbauzinsreallast zustimmen muß (BGHZ 96, 371, 379), hier allerdings nur an bereiter Rangstelle, weil der Erhöhungsanspruch nicht in dem Rang der bisherigen Reallast durch eine Vormerkung gesichert ist. In Anbetracht der ohnehin gebotenen Zurückverweisung der Sache hat der Kläger die Möglichkeit zur Klarstellung des Antrages.

II. Das Berufungsgericht hält die in dem Erbbaurechtsvertrag vom 22. 8. 1962 vereinbarte Voraussetzung einer Anpassung des Erbbauzinses nicht für erfüllt. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

1. Nicht zu beanstanden ist die tatrichterliche Auslegung der Anpassungsklausel dahin, daß für die Beurteilung

der Frage, ob sich seit der letzten Erbbauzinserhöhung am 1.1.1982 die wirtschaftlichen Verhältnisse nachhaltig geändert haben, auf die Entwicklung der Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mittleren Einkommens und der Bruttolöhne der Industriearbeiter sowie der Angestellten in Industrie und Handel abzustellen ist. Bei der auf dieser Grundlage ermittelten durchschnittlichen Indexsteigerung um 24,82% hat das Berufungsgericht jedoch nur den Zeitraum bis zum 31.12.1989 berücksichtigt, nicht auch die weitere Entwicklung bis zum 1.10.1990, also dem Zeitpunkt, von dem ab Anpassung verlangt wird. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß „zweckmäßigerweise“ auf Jahresindizes, nicht auf Monatsindizes, zurückzugreifen sei und daß so auch der Bundesgerichtshof verfare, ist unzutreffend.

Für Verträge ohne Anpassungsklausel hat der Senat entschieden, daß bei einem wegen grundlegender Äquivalenzstörung dem Eigentümer zuzubilligenden Anspruch auf Erbbauzinserhöhung die Monatsindizes heranzuziehen sind, damit auch die Entwicklung in dem zum Zeitpunkt der Anpassung schon verstrichenen Teil eines Kalenderjahres einbezogen werden kann (BGHZ 97, 171, 176/177). Bei einem Vertrag mit Anpassungsklausel, wie hier, ist das eine Frage der Auslegung (BGHZ 87, 198, 201). Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht die Klausel indes nicht ausgelegt. Daher ist das Revisionsgericht, weil tatsächliche Feststellungen nicht mehr in Betracht kommen, zur Auslegung befugt (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22). Interessengerecht ist die Auslegung, daß auch der Zeitraum vom 1.1. bis 1.10.1990 zu berücksichtigen ist, da die Klausel die Anpassungsvoraussetzung nicht auf den vollen Ablauf eines Kalenderjahres begrenzt und mithin eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse auch für den Teil des Jahres erfaßt, der im Zeitpunkt der Erhöhung des Erbbauzinses bereits abgelaufen ist.

Der Standpunkt der Revisionserwidern, daß die ausbedungene Anpassungsvoraussetzung im Zeitpunkt des Erhöhungsverlangens gegeben sein müsse, ist nur insofern richtig, als der Anspruch nicht rückwirkend für einen Zeitpunkt geltend gemacht werden darf, zu dem die vertragliche Voraussetzung der Anpassung noch nicht vorlag (BGB-RGRK/Räffe, 12. Aufl., ErbbauVO § 9 Rdnr. 65 i. V. m. Rdnr. 53). Hier geht es aber gerade darum, ob die mit Wirkung ab 1.10.1990 verlangte Erhöhung des Erbbauzinses zu dieser Zeit oder wenigstens — dann mit entsprechend späterer Wirkung — im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstantz (10.1.1991) von der vereinbarten Voraussetzung gedeckt war. Da die statistische monatliche Indexentwicklung der Lebenshaltungskosten — nicht auch der Einkommen regelmäßig in der Fachpresse veröffentlicht wird (z. B. in der Neuen Juristischen Wochenschrift), ist der sich daraus ergebende Stand im Sinne des § 291 ZPO offenkundig (Senatsurt. v. 4.5.1990, V ZR 21/89, NJW 1990, 2620, 2621 [= DNotZ 1991, 381 = MittBayNot 1990, 303]). Daher hätte das Berufungsgericht die Monatswerte feststellen können. Hiernach aber haben sich, wie die Revision zutreffend aufzeigt, für den maßgebenden Zeitraum vom 1.1.1982 bis 1.10.1990 die wirtschaftlichen Verhältnisse jedenfalls um mehr als 25% verändert. Auszuschließen ist nicht, daß dem Berufungsgericht eine Änderung dieses Umfanges genügt hätte, wenn es das Erfordernis der Einbeziehung der Monatswerte erkannt hätte. Schon aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

2. Auch in weiteren Punkten hält das Berufungsurteil den Revisionsrügen nicht stand.

Anpassungsvoraussetzung ist hier, daß dem Kläger infolge einer nachhaltig eingetretenen Änderung der wirtschaftlichen oder währungsrechtlichen Verhältnisse der vereinbarte Erbbauzins nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Daraus entnimmt das Berufungsgericht, diese Voraussetzung sei „zumindest annäherungsweise“ mit derjenigen vergleichbar, die der Senat (BGHZ 77, 194, 198 f.; 90, 227; 94, 257) bei Verträgen ohne Anpassungsklausel als erforderlich für eine Erhöhung des Erbbauzinses ansieht, so daß eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Umfang von 24,82% nicht ausreiche. Ein solcher Vergleich liefe darauf hinaus, daß sich der Kläger nicht besser stünde, als wenn der Vertrag keine Anpassungsklausel enthielte. Der vom Senat an die Berücksichtigung einer Äquivalenzstörung angelegte Maßstab eines Anstiegs der Lebenshaltungskosten um mehr als 150% beruht darauf, daß bis zu dieser Schwelle dem Grundstückseigentümer gerade mangels einer vertraglichen Anpassungsregelung das Risiko eines durch Geldwertverfall eintretenden Ungleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung zumutbar ist. Haben aber die Parteien eine wertsichernde Vereinbarung getroffen, so muß deren Auslegung diesem der Erhaltung des Realwerts des Erbbauzinses dienenden Zweck Rechnung tragen. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof bei ähnlich wie hier nur allgemein umschriebenen Klauseln (so etwa im Falle der Anknüpfung an eine „erhebliche“ oder „wesentliche“ Veränderung) für ein Anpassungsverlangen als ausreichend erachtet, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse auf der Grundlage des jeweils vom Tatrichter angewendeten Bezugsmaßstabes in einer Größenordnung von über 14% verändert haben (Urt. v. 4.3.1964, VIII ZR 214/62, WM 1964, 491, 492; Senatsurt. v. 6.10.1967, V ZR 141/64, WM 1967, 1248, 1249). Das Berufungsgericht läßt zwar offen, wo es die dem Kläger zumutbare Grenze ziehen will; sie ist aber, damit die Klausel ihre Funktion interessengerecht erfüllen kann, jedenfalls bei einem Wertverlust des Erbbauzinses um mehr als 20% überschritten. Eine noch weitergehende Grenzziehung ist unzumutbar, weil dann der Eigentümer eine sich stetig entwickelnde Werteinbuße womöglich auf viele Jahre hinaus hinnehmen müßte, was einer Umverteilung des Entwertungsrisikos gleichkäme.

Verfehlt ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Auslegung der Klausel müsse auch berücksichtigen, daß sich der ursprüngliche Erbbauzins von 0,76 DM/qm durch wiederholte Erhöhungen schon fast verdreifacht habe. Die vereinbarte Voraussetzung der Anpassung muß im Zeitraum seit der letzten Erhöhung eingetreten sein. Ob das der Fall ist, kann mithin nicht von dem Ausmaß früherer Erhöhungen abhängen. Selbst wenn diese nicht der Anpassungsklausel entsprochen haben sollten, darf nicht die einvernehmlich vorgenommene Erhöhung vom Gericht korrigiert werden, indem es an die Klausel einen Maßstab anlegt, der überhöhte frühere Anpassungen ausgleicht. Anders wäre es nur im Anwendungsbereich des § 9 a ErbbauVO, weil danach das durch eine Anpassungsklausel begründete Ausmaß der Erhöhung regelmäßig nicht über die seit Vertragsabschluß eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgehen darf. Diese Vorschrift betrifft jedoch nur Wohnzwecken dienende Erbbaurechte. Sie erfaßt also nicht den nach dem Inhalt des Erbbaurechts zulässigen Zweck der Nutzung des Bauwerks als Schule.

3. Der Rechtsstreit ist noch nicht zur Endentscheidung reif. Tatrichterlicher Prüfung bedarf nun die Frage des Umfangs der Anpassung. Dabei wird zu beachten sein, daß der Erbbauzins vereinbarungsgemäß in einer Höhe festzusetzen ist, die eine angemessene Verzinsung des Erbbaugrundstücks gewährleistet. Es kommt somit darauf an, ob und in welchem Maße der Wert des Grundstücks im Zeitraum vom 1.1.1982 bis zum 1.10.1990 gestiegen ist (vgl. Senatsurt. v. 26.2.1988, V ZR 155/86, WM 1988, 720, 721/722 [= DNotZ 1989, 353]). Sollte die Wertsteigerung geringer sein als die sich aus dem Anstieg der Lebenshaltungskosten und der Einkommen nach dem Mittelwert beider Komponenten ergebende Änderung, so könnte sich danach der Umfang der Erhöhung des Erbbauzins bestimmen.

6. BGB §§ 241, 746; WEG § 10 Abs. 1 Satz 1, 2, Abs. 2, § 15 Abs. 1, § 43 Abs. 4 Nr. 1 (*Regelung der Benutzung einer Gartenfläche durch mehrere WEG-Eigentümer*)

1. Bei Einräumung eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts an einer Grundstücksteilfläche genügt für die Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistung eine Skizze, in der die Grenzen der betroffenen Fläche so deutlich gekennzeichnet sind, daß im Streitfalle durch Vermessung die Grenzen in der Natur festgelegt werden können.
2. Eine Benutzungsregelung für Gartenflächen wirkt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG, § 746 BGB auch zugunsten eines Sondernachfolgers. Von der Eintragung in das Grundbuch hängt nach § 10 Abs. 2 WEG nur die Wirksamkeit gegen einen Sondernachfolger ab.
3. Sind Wohnungseigentümer durch eine im Grundbuch eingetragene Gebrauchsregelung vom Mitgebrauch einer Gartenfläche ausgeschlossen, so sind sie an einem Verfahren nicht zu beteiligen, in dem es zwischen den übrigen Wohnungseigentümern um die Aufteilung des Sondernutzungsrechtes an dieser Gartenfläche unter sich geht.

BayObLG, Beschluß vom 7. 11. 1991 — BReg. 2 Z 112/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Dem Antragsteller gehört die im 2. Obergeschoß gelegene Wohnung Nr. 3, den Antragsgegnern die im Erdgeschoß gelegene Wohnung Nr. 1 einer aus drei Wohnungen bestehenden Wohnanlage.

In der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung ist bestimmt:

Dem jeweiligen Eigentümer der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Wohnung steht das ausschließliche Sondernutzungsrecht an demjenigen Teil des Grundstücks zu, welcher hinter der Garage in gerader Verlängerung der Wohnhauslinie bis zum angrenzenden Nachbargrundstück Flst. ... liegt. Die restliche Gartenfläche steht den jeweiligen Eigentümern der Wohnungen Nr. 1 und 3 des Aufteilungsplans gemeinschaftlich zur ausschließlichen Benützung zu.

Die jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 1 sind jedoch berechtigt, über die Sondernutzungsfläche der Wohnung Nr. 2 von ihrer Garage zu ihrer Terrassentür und umgekehrt zu gehen. ...

Der Eigentümer der drei Wohnungen W. veräußerte am 30. 4. 1974 die Wohnung Nr. 2 an T., am 1. 8. 1977 die Wohnung Nr. 1 an die Antragsgegner und am 29. 4. 1980 die Wohnung Nr. 3 an den Antragsteller.

Der zwischen W. und den Antragsgegnern abgeschlossene Kaufvertrag enthält folgende Bestimmung:

... Hinsichtlich der bestehenden Benutzungsregelung, wonach den jeweiligen Eigentümern der Wohnung 1 und 3 das Sondernutzungsrecht an einer Gartenfläche zusteht, vereinbaren die Vertragsteile schuldrechtlich, daß künftig ausschließlich benut-

der Eigentümer der Wohnung Nr. 1:
die in der beiliegenden Planskizze rot eingezeichnete Fläche,
der Eigentümer der Wohnung Nr. 3:
die restliche Fläche, die in der beiliegenden Planskizze blau eingezeichnete Fläche.

Bei der Planskizze, auf die im Kaufvertrag Bezug genommen wird, handelt es sich um eine Zeichnung, aus der die Lage und die Größe der rot, blau und nicht-schraffierten (= Sondernutzungsrecht für den Eigentümer der Wohnung Nr. 2) Flächen in ihrem Verhältnis zueinander ersichtlich ist. Die Zeichnung enthält keine Angaben über den Maßstab, auch ist keine Quadratmeterzahl für die jeweiligen Gartenflächen eingetragen. Eingezeichnet sind aber die Lage des Wohnhauses und der Garage, die gartenseitigen Grundstücksgrenzen sowie die hinter der Garage in gerader Verlängerung der Wohnhauslinie bis zum angrenzenden Nachbargrundstück verlaufende Trennungslinie zwischen dem Sondernutzungsrecht für den Eigentümer der Wohnung Nr. 2 und der restlichen Gartenfläche.

In dem zwischen W. und dem Antragsteller abgeschlossenen Kaufvertrag heißt es:

Hinsichtlich der bestehenden Benutzungsregelung, wonach den jeweiligen Eigentümern der Wohnung 1 und 3 das Sondernutzungsrecht an einer Gartenfläche zusteht, ist dem Käufer bekannt, daß dem Eigentümer der Wohnung Nr. 3 die in der beiliegenden Planskizze (= identische Planskizze, wie sie dem Kaufvertrag zwischen W. und den Antragsgegnern beiliegt) blau eingezeichnete Fläche zusteht, dem Eigentümer der Wohnung Nr. 1 die rot eingezeichnete Fläche.

Die Antragsgegner räumen ein, daß dem Eigentümer der Wohnung Nr. 2 ein Sondernutzungsrecht zustehe; bezüglich der restlichen Gartenfläche beanspruchen sie jedoch ein Sondernutzungsrecht für sich allein.

Der Antragsteller hat beantragt festzustellen, daß er als derzeitiger Eigentümer der Wohnung Nr. 3 unter Ausschluß der Antragsgegner als Eigentümer der Wohnung Nr. 1 berechtigt sei, die aus der Anlage zum Kaufvertrag vom 29. 4. 1980 ... ersichtliche, mit Nr. 3 und blau schraffiert kenntlich gemachte Gartenfläche ausschließlich zu nutzen. Das Amtsgericht hat nach Abgabe durch das Prozeßgericht mit Beschluß vom 6. 7. 1990 den Antrag abgewiesen. Das Landgericht hat mit Beschluß vom 26. 5. 1991 den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben, dem Antrag stattgegeben und den Antragsgegnern samtverbindlich die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten beider Instanzen auferlegt. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegner.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Die Abgabe des Verfahrens durch das Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit ist bindend, § 46 Abs. 1 Satz 3 WEG. Es kann deshalb offenbleiben, ob für den Anspruch der Rechtsweg vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben ist.

2. Das Landgericht brauchte die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 am Verfahren nicht zu beteiligen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 WEG, § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, §§ 550, 551 Nr. 5 ZPO). Nach § 43 Abs. 4 WEG sind grundsätzlich an allen Verfahren in Wohnungseigentumsachen (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 WEG) sämtliche Wohnungseigentümer materiell beteiligt. Wer materiell beteiligt ist, muß auch formell beteiligt, d. h. zum Verfahren zugezogen werden (wegen der näheren Einzelheiten dazu und zu den möglichen Ausnahmefällen von diesem Grundsatz vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 660 f.). Hier ist die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 materiell nicht beteiligt. Vom Verfahrensgegenstand, der Nutzung eines Teils des Gartens, werden nur der Antragsteller und die Antragsgegner betroffen. Der Antragsteller stützt seinen Antrag auf den Kaufvertrag zwischen W. und den Antragsgegnern. Durch diesen Vertrag wird das Sondernutzungsrecht an einer Gartenfläche, von deren Mitgebrauch die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 durch eine im Grundbuch eingetragene Gebrauchsregelung ausgeschlossen ist, aufgeteilt. An

dieser Aufteilung braucht die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 nicht mitzuwirken (BayObLG Rpfleger 1986, 257 [= .DNNotZ 1988, 30]), ihre rechtlichen Interessen werden dadurch nicht berührt; sie braucht deshalb zum Verfahren nicht zugezogen zu werden.

3. Die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts mußte nicht von denselben Richtern erlassen werden, die an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben. Dies hat der Senat wiederholt entschieden (vgl. BayObLGZ 1990, 173/175).

4. Das Landgericht hat ausgeführt:

Dem Antragsteller stehe im Verhältnis zu den Antragsgegnern ein Sondernutzungsrecht an der in der Planskizze blau schraffierten Fläche zu.

In dem Kaufvertrag zwischen W. (= früherer Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 3) und den Antragsgegnern sei das Sondernutzungsrecht an der Gartenfläche, die nicht von der Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 beansprucht werde, aufgeteilt worden. Bei dieser Aufteilung handle es sich um eine Vereinbarung im Sinn des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG; die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 habe daran nicht mitzuwirken brauchen, da sie sich auf den Inhalt ihres Sondereigentums nicht ausgewirkt habe. Die Behauptung der Antragsgegner, sie hätten der Aufteilung des Sondernutzungsrechtes für die restliche Gartenfläche nicht zugestimmt, sei angesichts des klaren Wortlautes der Kaufvertragsurkunde nicht nachvollziehbar. Unzutreffend sei auch die Auffassung des Amtsgerichts, W. habe bei Abschluß des Kaufvertrages mit den Antragsgegnern nur als Eigentümer der Wohnung Nr. 1, nicht aber auch als Eigentümer der Wohnung Nr. 3 gehandelt. Tatsache sei, daß er auch Eigentümer der Wohnung Nr. 3 gewesen sei. Dies hätten die Antragsgegner auch gewußt. Überdies sei dieser Umstand im Kaufvertrag selbst erwähnt. An der Vereinbarung über die Aufteilung des Sondernutzungsrechtes im Kaufvertrag zwischen W. und den Antragsgegnern hätten somit alle betroffenen Wohnungseigentümer mitgewirkt. Durch diese Vereinbarung sei den Antragsgegnern ein Sondernutzungsrecht lediglich an der in der Skizze rot schraffierten Fläche eingeräumt worden. Von der Nutzung an der blau schraffierten Fläche seien sie ausgeschlossen worden. Das Sondernutzungsrecht an dieser Fläche habe zunächst W. zugestanden und gebühre nunmehr nach der Übereignung der Wohnung Nr. 3 dem Antragsteller. Dieses Sondernutzungsrecht sei nicht erst durch den Kaufvertrag vom 29. 4. 1980 zwischen W. und dem Antragsteller begründet worden, sondern vom Verkäufer W. auf den Antragsteller als dessen Rechtsnachfolger übertragen worden. Die Vereinbarung vom 1. 8. 1977 sei zwar nicht als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen worden, der Antragsteller als Rechtsnachfolger von W. könne sich auf diese schuldrechtliche Vereinbarung aber berufen.

Die Vereinbarung vom 1. 8. 1977 sei auch nicht wegen mangelnder Bestimmtheit der geschuldeten Leistung unwirksam. Eine nähere Festlegung der jeweiligen zur Sondernutzung zugewiesenen Gartenflächen aufgrund der örtlichen Verhältnisse oder nach Anhaltspunkten in der Natur sei nicht erforderlich. Lage und Form des Wohnhauses und des Grundstücks seien aus der Skizze ersichtlich. Aus dem Verhältnis zwischen farbigen Flächen und Grundstücksgröße lasse sich ohne weiteres der jeweilige Teil der Ausübungsfläche der Sondernutzung bestimmen. Ein Sachverständiger könne mit der Vermessung und genauen Festlegung der Grenzen der Sondernutzungsflächen beauftragt werden, wenn die Beteiligten sich nicht einigen würden.

Der Antragsteller habe zwar zu seiner Sondernutzungsfläche keinen direkten Zugang, die übrigen Wohnungseigentümer seien aber nach Treu und Glauben gehalten, ihm einen solchen zu ermöglichen.

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

Dem Antragsteller stehe an der in der Planskizze blau schraffierten Fläche des Gartens das alleinige Sondernutzungsrecht zu.

a) Nach der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung ist dem Antragsteller und den Antragsgegnern die Gartenfläche, an der für die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 ein Sondernutzungsrecht nicht begründet worden ist, gemeinschaftlich zur ausschließlichen Benützung zugewiesen.

Diese Vereinbarung gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG ist durch den notariellen Kaufvertrag zwischen W., dem damaligen Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 3, und den Antragsgegnern abgeändert worden. Der Wirksamkeit dieser vertraglichen Vereinbarung steht nicht entgegen, daß an ihr die Eigentümerin der Wohnung Nr. 2 nicht mitgewirkt hat. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich auch nicht um ein nach § 117 BGB nichtiges Scheingeschäft. Die Antragsgegner behaupten zwar, bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages hätte der Verkäufer erklärt, Zugang zu dem Garten sollten allein die Antragsgegner haben und ihnen stehe das alleinige Recht zur Gartennutzung zu. Beweis über die Richtigkeit dieser Behauptung brauchte nicht erhoben zu werden, weil die Antragsgegner nicht dargelegt haben, warum im notariellen Vertrag mit eindeutigen Formulierungen etwas anderes beurkundet wurde. Insbesondere kann ihnen nicht unterstellt werden, daß sie unter Mitwirkung des Notars das angeblich Gewollte zum Zwecke der Täuschung eines späteren Erwerbers der Wohnung Nr. 3 verschleiern wollten. Die Antragsgegner behaupten aber auch nicht, daß die angebliche Erklärung von W. auch Vertragsinhalt geworden ist. Abgesehen davon haben sie selbst nicht die Schlußfolgerung aus ihrem Vortrag gezogen, bei dem beurkundeten Vertrag habe es sich um ein nichtiges Scheingeschäft gehandelt.

Gegenüber der Vereinbarung vom 1. 8. 1977 können sich die Antragsgegner auch nicht auf das Protokoll über den Augenschein vom 25. 4. 1991 in dem beim Landgericht anhängig gewesenen Verfahren zwischen den Eigentümern der Wohnung Nr. 1 und Nr. 2 einerseits und dem Eigentümer der Wohnung Nr. 3 andererseits berufen. Dieses Protokoll hat die Richterin aufgenommen, die im vorliegenden Verfahren an der mündlichen Verhandlung, nicht aber an der Beschwerdeentscheidung mitgewirkt hat. In dem Augenscheinsprotokoll heißt es zwar: „neben dem Gartenanteil W. befindet sich ein etwa doppelt so großer Gartenanteil T. (= Antragsgegner im vorliegenden Verfahren) ...“. Zweck eines Augenscheinsprotokolls ist es aber lediglich, festgestellte Tatsachen wiederzugeben, nicht aber streitige Rechtsfragen zu entscheiden.

Bei der im Kaufvertrag getroffenen Regelung über die Aufteilung des gemeinsamen Sondernutzungsrechtes am Garten handelt es sich um eine Vereinbarung im Sinn von § 10 Abs. 1 Satz 2, § 15 Abs. 1 WEG. Für die Wirksamkeit dieser Regelung spielt es keine Rolle, daß W. sie als Eigentümer beider Wohnungen auch allein im Wege einer Änderung der

Gemeinschaftsordnung hätte treffen können. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG, § 746 BGB wirkt diese Regelung auch zugunsten des Antragstellers, der durch den Erwerb der Wohnung Nr. 3 Sondernachfolger des W. geworden ist. Von der Eintragung einer solchen Gebrauchsregelung im Grundbuch hängt nach § 10 Abs. 2 WEG nur die Wirkung gegen den Sondernachfolger ab, nicht die zu seinen Gunsten (*Augustin WEG* § 10 Rdnr. 33; *Weitnauer* 7. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 4 a ff.).

b) Der Grundstücksteil, der dem Antragsteller gegenüber den Antragsgegnern zur alleinigen ausschließlichen Nutzung zusteht, ist in der Planskizze hinreichend bestimmt bezeichnet.

Offenbleiben kann, welche Anforderungen an den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz in einer Eintragungsbewilligung zu stellen sind (vgl. dazu BayObLGZ 1985, 204/206 [= MittBayNot 1985, 203 = DNotZ 1986, 154]). Hier geht es nicht um die Eintragung eines Sondernutzungsrechts in das Grundbuch, sondern um eine schuldrechtliche Regelung. Auch im Schuldrecht muß jedoch der Gegenstand der geschuldeten Leistung bestimmt oder eindeutig bestimmbar sein, sonst ist die Vereinbarung unwirksam (BGHZ 55, 248/250; *Palandt/Heinrichs* § 241 Rdnr. 3). Hinreichende Bestimmbarkeit ist gegeben, wenn die Leistung nach objektiven Maßstäben ermittelt werden kann (*Palandt/Heinrichs* § 315 Rdnr. 1). Ob dies der Fall ist, kann vom Rechtsbeschwerdegericht unbeschränkt nachgeprüft werden, weil es sich dabei nicht um eine reine Auslegungsfrage handelt (vgl. BGH NJW-RR 1990, 270 f.). Hier ist aus der Planskizze die Lage und ungefähre Größe der rot, blau und nicht-schraffierten Flächen in ihrem Verhältnis zueinander ersichtlich. Die genaue Größe der Sondernutzungsfläche für den Eigentümer der Wohnung Nr. 2 kann anhand eindeutiger Kriterien in der Gemeinschaftsordnung ermittelt werden. Ausgehend davon kann unschwer errechnet werden, wie groß die beiden anderen in der Skizze eingezeichneten Flächen sind. Da die Lage dieser Flächen und des Wohnhauses, die Gesamtgröße des Gartens und die gartenseitigen Grundstücksgrenzen in der Planskizze eingezeichnet sind, ist die vertraglich geschuldete Leistung hinreichend bestimmbar. Im übrigen sind sich die Antragsgegner möglicherweise nicht darüber klar, daß unter Berücksichtigung des Rechtsgedankens des § 139 BGB der zwischen ihnen und W. abgeschlossene notarielle Kaufvertrag bei nicht eindeutiger Bestimmbarkeit der geschuldeten Leistung im ganzen nichtig sein könnte.

Der Vertrag wäre ferner dann nichtig, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet wäre, § 306 BGB. Dies könnte dann der Fall sein, wenn es zu der blau schraffierten Gartenfläche keinerlei Zugangsmöglichkeit geben würde. Dies ist aber nicht der Fall. Nicht Verfahrensgegenstand und damit nicht entscheidungserheblich ist, welcher Wohnungseigentümer dem Antragsteller einen Zugang zu seiner Sondernutzungsfläche einräumen muß.

6. Die Kostenentscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. (*Wird ausgeführt.*)

7. § 12 WEG (*Verweigerung der Verwalterzustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum*)

1. Bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters, hat der Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Erteilung einer Zustimmungserklärung, die nicht nur hinsichtlich ihrer Form (§ 29 GBO), sondern auch in Bezug auf ihren Inhalt den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zweifelsfrei ermöglicht. Eine Erklärung mit einer einschränkenden „Maßgabe“, deren inhaltliche Bedeutung für das Grundbuchamt nicht hinreichend erkennbar ist, genügt diesen Anforderungen nicht.
2. Es widerspricht dem Zweck der Vorschrift des § 12 WEG, die Frage der Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums mit der Auseinandersetzung über andere, bereits in den bisherigen Verhältnissen der Wohnungseigentümergeinschaft begründete Streitfragen zu verknüpfen.
3. Der Senat schließt sich der neueren Rechtsprechung des BayObLG und des KG an, daß der Geschäftswert eines Verfahrens auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums regelmäßig mit 10 bis 20% des vereinbarten Kaufpreises zu bemessen ist.

OLG Hamm, Beschluß vom 03. 02. 1992 — 15 W 63/91 —, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm.

8. GBO § 20; EGBGB Art. 15 (*Kein voller Nachweis der güterrechtlichen Voraussetzungen für Alleineintragung eines Ehegatten im Grundbuch nötig*)

Die Eintragung eines Ehegatten, gleich ob deutscher oder ausländischer Staatsangehörigkeit, als Alleineigentümer eines Grundstücks darf vom Grundbuchamt nur abgelehnt werden, wenn es sichere Kenntnis davon hat, daß durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde, weil nach dem maßgebenden Güterrecht das Grundstück gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten wird. Zu Nachforschungen über das Güterrecht ist das Grundbuchamt nicht berechtigt. Besteht nach dem aufgrund der gemachten Angaben und des sonstigen Kenntnisstandes des Grundbuchamts anwendbaren Recht (hier: nach dem Recht einer der Republiken Jugoslawiens) die nicht nur theoretische Möglichkeit, daß ein Ehegatte Alleineigentum erwerben kann, hat das Grundbuchamt die Eintragung vorzunehmen.

BayObLG, Beschluß vom 2. 4. 1992 — BReg. 2 Z BR 17/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 19 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Zu notarieller Urkunde vom 26. 9. 1989 verkaufte die Beteiligte zu 1 an den Beteiligten zu 2 ein Grundstück und ließ dieses an ihn auf. In der Urkunde erklärte der Beteiligte zu 2, jugoslawischer Staatsangehöriger, wohnhaft in Deutschland und ohne Ehevertrag verheiratet zu sein.

Den Antrag der Beteiligten, die Auflassung einzutragen, hat das Grundbuchamt abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Entscheidungen des Landgerichts und des Grundbuchamts und zur Anweisung des Grundbuchamts, über den Eintragungsantrag anderweitig zu entscheiden.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Das Grundbuch würde durch die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Alleineigentümer unrichtig. Der Beteiligte zu 2 sei jugoslawischer Staatsangehöriger und nach der Kenntnis des Grundbuchamts mit einer jugoslawischen Staatsangehörigen verheiratet; in allen Teilrepubliken Jugoslawiens sei aber gesetzlicher Güterstand der der Gütergemeinschaft mit der Folge, daß nur von einem Eheatten erworbene Vermögensgegenstände zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörten.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Der Beteiligte zu 2 soll als Alleineigentümer eines von ihm erworbenen Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden. Das Vorliegen der erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere einer Auflassung an ihn (§ 20 GBO), steht nicht in Frage; Anhaltspunkte für Zweifel sind insoweit nicht vorhanden. Soll ein Ehegatte als Alleineigentümer eines Grundstücks oder Rechts eingetragen werden, wird das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig, wenn der Ehegatte aufgrund des geltenden Güterrechts nicht Alleineigentum erwerben kann, vielmehr Eigentümer er und sein Ehegatte, z. B. in Gütergemeinschaft, werden; dies berührt aber nicht die Eintragungsgrundlagen. Weil das Grundbuchamt nicht dazu mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen, ist ihm in diesem Fall die Eintragung verwehrt (BayObLGZ 1985, 290/293 [= MittBayNot 1985, 192 = DNotZ 1986, 620]; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anh. zu § 13 Anm. 9 a m. w. N.). Die Eintragung kann aber nur abgelehnt werden, wenn für das Grundbuchamt aufgrund von Tatsachen mit Sicherheit feststeht, das Grundbuch werde unrichtig; bloße Zweifel genügen nicht (BGHZ 35, 135/139 f.; BayObLGZ 1987, 359/360 [= MittBayNot 1988, 33 = DNotZ 1988, 313]). Die bloße Möglichkeit einer Grundbuchunrichtigkeit berechtigt und verpflichtet das Grundbuchamt nicht, bei dem Erwerb eines Grundstücks oder Rechts durch einen Ehegatten das maßgebende Güterrecht zu erforschen. Das gilt in gleicher Weise für inländische wie für ausländische Ehegatten. Die Eintragung eines Ehegatten als Alleineigentümer darf nur dann abgelehnt werden, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon hat, daß das Grundbuch dadurch im Hinblick auf das geltende Güterrecht unrichtig würde; die bloße Möglichkeit, daß dies geschieht, genügt nicht (BayObLGZ 1986, 81 [= MittBayNot 1986, 125 = DNotZ 1987, 98]; *Horber/Demharter* § 33 Anm. 7 a, b; *KEHE/Ertl* GBR 4. Aufl. § 20 Rdnr. 105; *Meikel/Lichtenberger* GBR 7. Aufl. § 20 Rdnr. 230; *Haegeler/Schöner/Stöber* GBR 9. Aufl. Rdnr. 3421 b).

b) Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen die beantragte Eintragung zu Unrecht abgelehnt. Dem Grundbuchamt ist aufgrund der Angaben des Beteiligten zu 2 bekannt, daß er in Deutschland lebt, jugoslawischer Staatsangehöriger und ohne Ehevertrag verheiratet ist. Darüber hinaus hat es das Grundbuchamt als gerichtsbekannt festgestellt, daß auch die Ehefrau des Beteiligten zu 2 jugoslawische Staatsangehörige ist. Damit steht aber nicht zweifelsfrei fest, daß der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau nur gemeinschaftlich Eigentum erwerben können. Das Landgericht geht hiervon aus, weil nach dem Recht aller jugoslawischen Teilrepubliken der gesetzliche Güterstand der der Gütergemeinschaft sei. Dies beruht auf einem Rechtsfehler.

Welches Recht für die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe maßgebend ist, bestimmt sich nach dem durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 27. 8. 1986 mit Wirkung ab 1. 9. 1986 neugestalteten Art. 15 EGBGB in Verbindung mit der Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB. Danach ist von entscheidender Bedeutung, wann die Ehe geschlossen wurde. Dies ist hier nicht bekannt. Damit ist von der Möglichkeit auszugehen, daß die Ehe erst nach dem 1. 9. 1986 geschlossen wurde. Maßgebend ist dann gemäß Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB grundsätzlich jugoslawisches Recht, und zwar auch nach der Unabhängigkeitserklärung einzelner früherer Teilrepubliken. Das damit auch anwendbare internationale Privatrecht Jugoslawiens sieht keine Zurückverweisung auf das deutsche Recht oder eine Weiterverweisung auf das Recht eines anderen Staates vor (Art. 36 bis 38 des Gesetzes vom 15. 7. 1982 zur Lösung von Gesetzeskollisionen mit den Vorschriften anderer Staaten/Länder für bestimmte Verhältnisse; abgedruckt bei *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Abschnitt Jugoslawien S. 24/28). Deutsches Recht oder das Recht eines anderen Staates kommt auch nicht als Folge einer nach deutschem internationalen Privatrecht (vgl. Art. 15 Abs. 2 EGBGB) ebenso wie auch nach dem internationalen Privatrecht Jugoslawiens (vgl. Art. 37 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. 7. 1982) grundsätzlich möglichen Rechtswahl in Betracht. Eine Rechtswahl kann hier als eine nur theoretische Möglichkeit angesehen werden. Der Beteiligte zu 2 hat eine Rechtswahl nicht behauptet, vielmehr angegeben, ohne Ehevertrag verheiratet zu sein, was auch eine Rechtswahl ausgeschlossen erscheinen läßt.

Für die güterrechtlichen Beziehungen des Beteiligten zu 2 bleibt damit jugoslawisches Recht maßgebend. Im Hinblick auf die Regionalisierung des Familienrechts in Jugoslawien ist auf das Recht der früheren Gliedrepubliken und Autonomen Gebiete abzustellen. Welches Recht danach zur Anwendung zu bringen ist, kann mangels näherer Angaben nicht festgestellt werden. Es genügt daher für einen grundbuchamtlichen Vollzug des Eintragungsantrags des Beteiligten zu 2, daß er nach dem Recht nur einer der früheren Gliedrepubliken Alleineigentum erwerben kann. Nach Art. 7, 8 des früher in Jugoslawien als Bundesrecht geltenden Grundgesetzes über die Ehe vom 3. 4. 1946 (vgl. *Bergmann/Ferid* a. a. O. S. 38) ist grundsätzlich nur das von den Ehegatten während der Ehe durch Arbeit erworbene Vermögen gemeinsames Vermögen, während insbesondere das vor der Ehe erlangte Vermögen Alleineigentum jedes Ehegatten bleibt. Das nunmehr maßgebende Recht der einzelnen Republiken und Autonomen Gebiete hat diese Regelung im Grundsatz übernommen (vgl. z. B. Kroatien: Art. 270 ff. des Gesetzes über die Ehe und Familienbeziehungen vom 10. 3. 1978; Mazedonien: Art. 30 ff. des Gesetzes über die Ehe vom 26. 9. 1973; Bosnien-Herzegowina: Art. 263 ff. des Gesetzes über die Familie vom 29. 5. 1979; Montenegro: Art. 70 ff. des Gesetzes über die Ehe vom 19. 7. 1973; Serbien: Art. 320 ff. des Gesetzes über die Ehe- und die Familienbeziehungen vom 5. 6. 1980; Slowenien: Art. 51 ff. des Gesetzes über die Ehe und Familienbeziehungen vom 26. 5. 1976; vgl. *Bergmann/Ferid* a. a. O. S. 63-29, 67, 62-25, 91, 128-10, 170). Der vom Beteiligten zu 2 erworbene Grundbesitz würde danach grundsätzlich nur dann gemeinsames Vermögen der Ehegatten, wenn der Kaufpreis vom Beteiligten zu 2 aus dem durch seine Arbeit während der Ehe erworbenen Vermögen bezahlt wurde. Die Möglichkeit, daß der Beteiligte zu 2 den Kaufpreis aus seinem bereits vor der Ehe erlangten oder

während der Ehe auf andere Weise als durch Arbeit, z.B. durch Vererbung erlangten Vermögen bezahlt, kann nicht ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf diese nicht nur rein theoretische Möglichkeit steht nicht mit Sicherheit fest, daß das Grundbuch durch die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Alleineigentümer unrichtig werden würde.

3. Die den Eintragungsantrag ablehnenden Entscheidungen der Vorinstanzen müssen aufgehoben werden. Das Grundbuchamt wird angewiesen, den Eintragungsantrag anderweitig zu verbescheiden. Da eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts und ein Negativattest der Gemeinde vorliegen, wird nur eine Eintragung in Betracht kommen.

9. EGBGB Art. 233 § 2 (Bodenreformrecht der SBZ und der DDR)

1. Das im Zuge der Bodenreform auf dem Gebiet der SBZ und der DDR geschaffene sogenannte Siedlungseigentum war vererblich.
2. Das Siedlungseigentum hat sich zunächst als dingliches Recht sui generis dargestellt und ist mit Inkrafttreten von § 1 BodRefG zu persönlichem Eigentum erstarkt.
3. Durch Artikel 233 § 2 EGBGB wurde das zu persönlichem Eigentum erstarkte frühere Siedlungseigentum in bürgerlich-rechtliches Eigentum an Grundstücken übergeleitet.

BezG Dresden — Besonderer Senat für Zivilsachen —, Beschluß vom 6. 5. 1992 — BSZ — W 2/92

Aus dem Tatbestand:

Das vorliegende Verfahren der weiteren Beschwerde betrifft eigentums- und erbrechtliche Fragen des im Zuge der Bodenreform auf dem Gebiet der ehemaligen sowjetischen Besatzungszone geschaffenen sogenannten Siedlungseigentums.

1. Zur Durchführung dieser Bodenreform hatte die Landesverwaltung des Bundeslandes Sachsen die Verordnung über die landwirtschaftliche Bodenreform vom 10. 9. 1945 (BRVO — veröffentlicht in den Amtlichen Nachrichten der Landesverwaltung Sachsen, 1945, S. 27) erlassen.

Die Ausführungsbestimmungen zur BRVO vom 13. 9. 1945 (Amtliche Nachrichten der Landesverwaltung Sachsen, 1945, S. 28 — künftig: AB-BRVO —) enthalten u. a. folgende Regelungen:

zu Artikel V, § 1

a) Der Bauer, der durch die Bodenreform Boden erhält, wird nach Bestätigung des Aufstellungsprotokolls durch die Kreiskommission rechtmäßiger Besitzer des Bodens.

b) (...)

Die Verordnung über die Eintragung der durch die Verordnung über die landwirtschaftliche Bodenreform vom 10. 9. 1945 aufgeteilten Ländereien in das Grundbuch vom 8. 4. 1946 (GBl. I Nr. 13, S. 13) — künftig: BodRefGrundbuchVO — bestimmt u. a.:

Artikel I

Der den Landarbeitern, landlosen und landarmen Bauern, Kleinpächtern und Umsiedlern oder sonstigen Personen im Zuge der Bodenreform zugewiesene Grund und Boden wird ihr persönliches Eigentum mit dem Augenblick, in dem der Beschluß der Gemeindekommission über die Aufteilung des Bodens durch die Kreiskommission zur Durchführung der Bodenreform bestätigt worden ist.

Artikel II

1. Für jede im Zuge der Bodenreform neu gebildete Bauernstelle ist ein neues Grundbuchblatt anzulegen, ...

2. (...)

Im wesentlichen inhaltsgleiche Regelungen wurden in der Provinz Sachsen (jetzt: Sachsen-Anhalt), im Lande Mecklenburg-Vorpom-

mern, in der Provinz Mark-Brandenburg und im Lande Thüringen erlassen (vgl. die Zusammenstellung der Vorschriften in: *Zierholz, Bodenreform, Agrarwissenschaftliche Gesellschaft der Deutschen Demokratischen Republik*, Heft 1, 1990; weiterhin: *Fieberg/Reichenbach, Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR*, Band I, passim).

Der Oberste Chef der sowjetischen Militärverwaltung hat als Oberkommandierender der Gruppe der sowjetischen Besatzungstruppen mit (sog. SMAD-) Befehl vom 22. 10. 1945 (abgedruckt in VOBl. der Provinzialverwaltung Mark-Brandenburg, Heft 2) diese durch die Provinzialverwaltungen und die Verwaltungen der föderalen Länder erlassenen Verordnungen für „gesetzkräftig“ erklärt, soweit sie nicht den Gesetzen und Befehlen des Kontrollrates und den Befehlen der sowjetischen Militärverwaltung widersprachen.

Von dieser Bodenreform wurden auf dem Gebiet der jetzigen neuen Bundesländer über 3 Millionen ha Land, davon im damaligen Bundesland Sachsen rund 206 000 ha, erfaßt. Ungefähr 550 000 sog. Neubauern wurde im Zuge dieser Bodenreform Siedlungseigentum zugewiesen. Auf das damalige Bundesland Sachsen entfielen hiervon bis November 1945 rund 45 500 Neubauernwirtschaften (Zahlenangaben nach *Kleine, Das Wesen des Grundeigentumsrecht*, NJ 1951, 489, 491; *Rohde/Puls/Zänker, Bodenreform 1945 — Grundlage für die Gestaltung der sozialistischen Landwirtschaft in der DDR*, NJ 1985, 353; Zahlenangaben für das damalige Bundesland Sachsen: Amtliche Nachrichten der Landesverwaltung Sachsen, 1945, Nr. 11, S. 57).

2. Der Senat ist mit der eigentums- und erbrechtlichen Stellung des Siedlungseigentums in folgendem Zusammenhang befaßt:

Dem Vater der Bet. zu 1) waren durch Bestätigungsbeschluß der Kreiskommission zur Durchführung der Bodenreform vom 23. 5. 1946 die verfahrensgegenständlichen Grundstücke zugeteilt worden. Am 16. 7. 1946 erfolgte seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch.

Durch Beschluß des Kreisgerichts vom 24. 2. 1955 wurde der Vater der Bet. zu 1) mit Wirkung zum 31. 7. 1949 für tot erklärt. Seine gesetzlichen Erben waren die Bet. zu 1) zu $\frac{3}{4}$ und seine Ehefrau, die Mutter der Bet. zu 1), zu $\frac{1}{4}$. Am 4. 2. 1976 verstarb die Mutter der Bet. zu 1). Sie wurde von dieser im Wege der gesetzlichen Erbfolge allein beerbt. Durch notariellen Vertrag vom 14. 2. 1991 veräußerte die Bet. zu 1) ein Flurstück an die Bet. zu 3) und bewilligte zugleich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Am 12. 6. 1991 wurde die Bet. zu 1) auf ihren Antrag hin als Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Grundstücke ins Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig erfolgte die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 3). Am 25. 9. 1991 wurde von Amts wegen ein Widerspruch gegen die Eigentumseintragungen der Bet. zu 1) eingetragen.

Hiergegen legten diese und ihr Ehemann, der Bet. zu 2), Beschwerde ein. Sie machten geltend, eine Unrichtigkeit des Grundbuches liege nicht vor, da die Bet. zu 1) im Wege der Erbfolge Eigentümerin der Grundstücke geworden sei.

Der Grundbuchrichter legte die Beschwerde, der vom Rechtspfleger nicht abgeholfen worden war, dem BezG Dresden zur Entscheidung vor. Dieses hat den Rechtsbehelf mit Beschluß vom 30. 12. 1991 — 2 T 273/91 — als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat es vor allem darauf abgestellt, daß das Siedlungseigentum nicht vererblich sei.

Mit ihrer weiteren Beschwerde verfolgt die Bet. zu 1) ihr auf Löschung des Widerspruchs gerichtetes Begehren weiter. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde der Bet. zu 1) hat zumindest vorläufigen Erfolg.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist das Siedlungseigentum als Recht sui generis in den Nachlaß gefallen (unten 1), dann durch das Gesetz über die Rechte der Eigentümer von Grundstücken aus der Bodenreform (künftig: BodRefG) vom 6. 3. 1990 (GBl. I, S. 134) zu persönlichem Eigentum i. S. v. §§ 22 ff. ZGB, 3 EGZGB erstarkt (unten 2) und als solches gemäß Anl. I Kap. III Sachgeb. B Abschn. II Art. 233 § 2 I Evertr (künftig: Artikel 233 § 2 I EGBGB) i. S. v. §§ 873, 929 BGB in Eigentum an Grundstücken übergeleitet worden (unten 3). Kann sich aber demnach aus dem Sied-

lungseigentum zunächst eine gesamthänderisch gebundene Rechtsstellung der Erbengemeinschaft und sodann durch die Vereinigung der Gesamthandsanteile eine alleinige Berechtigung der Bet. zu 1) ergeben haben, läßt sich der angefochtene Beschluß jedenfalls derzeit nicht aufrecht erhalten.

Im einzelnen ergibt sich dies aus folgendem:

1. Das Siedlungseigentum gehörte bei den bis zum 31. 12. 1975 eingetretenen Erbfällen (vgl. §§ 1, 8 EGZGB vom 19. 6. 1975 [GBl. I, S. 517]) zum Vermögen i. S. v. § 1922 BGB und bei den danach eingetretenen Erbfällen zum Nachlaß i. S. v. § 362 ZGB, da es vermögensrechtlicher Art war und seine Vererblichkeit nicht durch zivil- oder öffentlich-rechtliche Sonderregelungen ausgeschlossen wurde.

a) Allerdings vermag sich der Senat nicht der Auffassung anzuschließen, daß sich das Siedlungseigentum von vornherein als Eigentum an Grundstücken dargestellt habe, welches — etwa den Regelungen des RHeimG vom 10. 5. 1920 und des ReichssiedlungsG vom 11. 8. 1919 vergleichbar — lediglich gewissen Verfügungs- oder Vererbungsbeschränkungen unterliegen sei (a. A. im Ergebnis insoweit: OLG Schleswig, SchIHA 1958, 171; für Eigentum weiterhin: *Barkam*, Behandlung des früheren Bodenreform Eigentums aus zivilrechtlicher Sicht, ZAP-DDR Fach 7, S. 21; *Siewert*, Zum Eigentum an Bodenreform-Grundstücken, NJ 1992, 155, 158). (*Wird ausgeführt.*)

Begründete aber das Siedlungseigentum kein persönliches Eigentum i. S. v. §§ 22 ff. ZGB, 3 EGZGB, konnte die Beteiligte zu 1) vorliegend auch nicht als (hier unterstellte) Rechtsnachfolgerin ihres am 16. 7. 1946 im Grundbuch eingetragenen Vaters Eigentum ersessen haben.

Zwar sah § 11 der Grundbuchverfahrensordnung vom 30. 12. 1975 (GBl. I 1976, S. 42) die Ersitzung eines im Grundbuch eingetragenen Eigentums unter gewissen (im Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellenden) Voraussetzungen vor. Einer der Erfordernissen von Artikel 233 § 2 EGBGB entsprechenden Ersitzung von persönlichem Eigentum (§§ 22 ff. ZGB) steht aber entgegen, daß in Abteilung II des Grundbuchs ein sogenannter Bodenreformvermerk (vgl. Art. IV I BodRefGrundbuchVO; dazu *Böhringer*, VIZ 1992, 179) eingetragen war, der auszugsweise folgenden Wortlaut hatte:

Zugeweiht aus dem Bodenfonds gemäß der Verordnung über die landwirtschaftliche Bodenreform vom 10. September 1945 ... mit der Verfügungsbeschränkung des Artikel 6.

Bringt aber der Bodenreformvermerk bei einer Gesamtbetrachtung des Grundbuchs zum Ausdruck, daß der Neubauer entgegen dem durch die Eintragung in Abteilung I erweckten Anschein kein Eigentum i. S. v. (der bis zum 31. 12. 1975 geltenden) §§ 903, 873 ff., 929 ff. BGB bzw. (der danach geltenden) §§ 22 ff. ZGB erworben hat, scheidet die Ersitzung persönlichen Eigentums mangels Diskrepanz zwischen der materiellen und der im Grundbuch ausgewiesenen Rechtslage von vornherein aus (mit anderer Begründung gegen die Ersitzung persönlichen Eigentums ebenfalls: BezG Rostock, Beschluß vom 18. 12. 1991 — 4 T 66/91 — unter III 4 [VIZ 1992, 193 m. Anm. *Gollasch/Kroeger*; nicht rechtskräftig]).

b) Die fehlende Eigentümerstellung des Neubauern hinderte jedoch die Vererblichkeit des Siedlungseigentums nicht.

aa) Entgegen der von *Forsthoff* vertretenen Auffassung (*Forsthoff*, Ist die Bodenreform in der Deutschen Demokrati-

schen Republik im Falle der Wiedervereinigung als rechtswirksam anzuerkennen?, Rechtsgutachten für die Arbeitsgemeinschaft der Grundbesitzerverbände Bonn, Heidelberg 1954, S. 24 f.) sieht der Senat im Siedlungseigentum kein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis des Neubauern am Grundstück. *Forsthoff* ist zwar zuzugeben, daß die Entscheidung des Rates des Kreises und des staatlichen Bodenfonds über die Zuweisung des Siedlungseigentums unmittelbar aus dem öffentlichen Recht folgte. Entsprechend den Grundsätzen der sogenannten Zwei-Stufentheorie (vgl. etwa zur Darlehensvergabe bei öffentlichen Kreditprogrammen: BGHZ 52, 155; BGHZ 61, 296) bewegte sich aber die dem Neubauern in bezug auf das Siedlungseigentum zustehende Rechtsstellung ersichtlich auf der Ebene des Zivilrechts.

bb) Der Senat vermag auch nicht der Ansicht näher zu treten, daß den Neubauern an den ihnen im Zuge der Bodenreform zugewiesenen Grundstücken ein bloßes (gemeint: zivilrechtliches) Nutzungsverhältnis zugekommen sei (so allerdings: *Krüger*, DtZ 1991, S. 391).

Die Regelungen der BRVO, der AB-BRVO, der BodRefGrundbuchVO sowie der verschiedenen BesitzwechselVO bringen nämlich eindeutig zum Ausdruck, daß der Neubauer hinsichtlich des von ihm zu bewirtschaftenden Landes in keine rein schuldrechtlichen Beziehungen zum staatlichen Bodenfonds treten sollte. Einerseits folgt dies bereits aus den durchgängig verwandten sachenrechtlichen Begriffen („Besitz, Eigentum“) sowie aus der bewußten Abgrenzung zu dem anders ausgestalteten Nutzungsrecht ehemaliger Neubauern an dem zum Bodenreformgrundstück gehörenden Wohnhaus (vgl. §§ 4 II, 8 BodenwechselVO-NF). Andererseits belegt der Gesamtzusammenhang der im Zuge der Bodenreform ergangenen Regelungen, daß dem Neubauern innerhalb der aufgezeigten Schranken eine unmittelbare und absolut wirkende Sachherrschaft über das Bodenreformgrundstück zustehen sollte. Abgerundet wird dies durch die nur bei Annahme einer dinglichen Rechtsstellung sinnvollen Regelungen über die Verfügungsbefugnis und über die grundbuchrechtliche Behandlung.

cc) Begründet aber demnach das Siedlungseigentum ein dingliches Recht, ist es sowohl in den Nachlaß des mit Wirkung zum 31. 7. 1949 für tot erklärten Vaters als auch (wie im Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellen ist) in den Nachlaß der am 4. 2. 1976 verstorbenen Mutter der Beteiligten zu 1 gefallen. Der gegenteiligen Sicht des Beschwerdegerichts (EWiR 1992, 397 mit zustimmendem Kurzkommentar von *Kohler*) sowie des BezG Dresden (Urt. vom 17. 12. 1991 — 2 S 152/91 — NJ 1992, 172 = VIZ 1992, 198 in einem Streitverfahren der einstweiligen Verfügung), des BezG Rostock (a. a. O.) und des BezG Schwerin (Beschl. vom 3. 2. 1992 — T 5/92 — unveröffentlicht; nicht rechtskräftig), die im Ergebnis darauf hinausläuft, daß am Siedlungseigentum mit dem Tode des Neubauern eine Sonderrechtsnachfolge zugunsten des staatlichen Bodenfonds erfolgte, vermag sich der Senat nicht anzuschließen (im Ergebnis wie hier: KreisG Rostock-Stadt, Beschl. v. 16. 12. 1991 — nicht rechtskräftig; ohne Az. veröffentlicht in RNL 2/92 = VIZ 1992, 195 m. Anm. *Gollasch/Kroeger*).

(1) Obwohl das Siedlungseigentum in einer für ein dingliches Recht ungewöhnlich intensiven Weise mit der Person des das Bodenreformgrundstück bewirtschaftenden Neubauern verknüpft war (vgl. §§ 9, 14, 1. BesitzwechselVO; §§ 4, 8, 9 BesitzwechselVO-NF; § 4 der Zweiten Verordnung über die Durchführung des Besitzwechsels bei Bodenreform-

grundstücken vom 7.1.1988 (GBl. I Nr. 3, S. 25; künftige: 2. BesitzwechselVO) und an diesen zudem noch persönliche Anforderungen bis hin zur Gewähr einer antifaschistischen Einstellung gestellt wurden (vgl. Art. 4 X BRVO, stellte es sich nicht als ein — hinsichtlich des Ausschlusses der Vererblichkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder dem Nießbrauch (vgl. §§ 1061, 1090 II BGB) angenähertes — höchstpersönliches Recht dar. Gegen eine solche mit dem Tode des Berechtigten erlöschende Rechtsstellung spricht bereits, daß dann sämtliche das Siedlungseigentum prägenden Verfügungsbeschränkungen entfallen wären und sich bis zur erneuten Zuweisung ein mit den Zielsetzungen der Bodenreform unvereinbarer freier Grundstücksverkehr über die betroffenen land- und forstwirtschaftlichen Flächen eröffnet hätte.

(2) Den im Zuge der Bodenreform erlassenen Verordnungen kann weiterhin nicht entnommen werden, daß der staatliche Bodenfonds mit dem Tode des Neubauern hinsichtlich des Bodenreformgrundstücks Sonderrechtsnachfolger wurde:

(2.1) Trotz der uneinheitlichen und nicht immer präzisen Terminologie (kritisch zur Regelungstechnik auch: *Schildt*, DtZ 1992, S. 99) zeugen hiervon schon §§ 4, 6 der BesitzwechselVO-NF und § 4 der 2. BesitzwechselVO, die folgenden Wortlaut haben:

§ 4 BesitzwechselVO-NF

(1) Der Erbe tritt in die mit dem Bodenreformgrundstück verbundenen Rechte und Pflichten ein, sofern er zu dem unter § 1 genannten Personenkreis gehört und in der Lage ist, das Grundstück zweckentsprechend zu nutzen. Sind mehrere Erben vorhanden, haben sie sich innerhalb einer vom Rat des Kreises festgelegten Frist darüber zu einigen, welchem Erben das Bodenreformgrundstück übertragen werden soll. Kommt eine Einigung in der angegebenen Frist nicht zustande, treten die Rechtsfolgen nach Abs. 3 ein.

(2) Dem Erben, der nicht zu dem unter § 1 genannten Personenkreis gehört, kann durch den Rat des Kreises das Nutzungsrecht am Bodenreformgrundstück in dem im § 3 Abs. 1 genannten Umfang eingeräumt werden, wenn er bereits in dem zum Bodenreformgrundstück gehörenden Wohnhaus wohnt oder ihm im Rahmen der Wohnraumlenkung die Wohnungszuweisung dafür erteilt werden kann.

(3) Sind die Voraussetzungen für die Übertragung des Nutzungsrechts am Bodenreformgrundstück nicht gegeben, ist das Bodenreformgrundstück in den staatlichen Bodenfonds zurückzuführen.

§ 6 BesitzwechselVO-NF vom 7. 8. 1975 (GBl. I S. 629)

(...)

(4) Werden Bodenreformgrundstücke nicht an Erben übertragen, stehen diesen die Rechte entsprechend den Sätzen 1 und 3 (Hinweis des Senats: Ausgleich des Wertzuwachses betreffend) zu, wenn sie innerhalb eines Jahres einen geeigneten Bewerber für das Bodenreformgrundstück benennen bzw. sich in dieser Zeit anderweitig ein Bewerber findet und der Besitzwechsel oder Verkauf entsprechend § 5 zustande kommt. ...

§ 4 2. BesitzwechselVO

(1) Der Rat des Kreises hat auf Verlangen des Erben ihm oder einem seiner von ihm benannten Verwandten die Rechte und Pflichten zur Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks zu übertragen, wenn er oder der Verwandte das Boden-

reformgrundstück als Genossenschaftsmitglied oder Arbeiter zweckentsprechend nutzen wird. Sind mehrere Erben vorhanden, sollen sie sich innerhalb einer vom Rat des Kreises festzulegenden angemessenen Frist einigen und dem Rat des Kreises vorschlagen, welchem Erben oder Verwandten die Rechte und Pflichten zur Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks übertragen werden sollten.

(2) (...)

(3) Liegen die Voraussetzungen dafür, daß dem Erben oder dem von ihm benannten Verwandten die Rechte oder Pflichten zur Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks übertragen werden, nicht vor, oder einigen sich die Erben nicht innerhalb der vom Rat des Kreises festgelegten Frist, treten die Rechtsfolgen nach Abs. 5 ein. Die Bestimmungen nach Abs. 4 werden davon nicht berührt.

(4) Dem Erben, der nicht zu dem im § 1 genannten Personenkreis gehört, kann durch den Rat des Kreises das Nutzungsrecht am Bodenreformgrundstück in dem im § 3 Abs. 1 genannten Umfang eingeräumt werden, wenn er bereits in dem zum Bodenreformgrundstück gehörenden Haus wohnt und ihm im Rahmen der Wohnraumlenkung die Wohnungszuweisung dafür erteilt werden kann.

(5) Sind die Voraussetzungen für die Übertragung der Rechte und Pflichten zur Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks nicht gegeben, ist das Grundstück in den staatlichen Bodenfonds zurückzuführen.

Der Senat sieht zwar, daß § 4 I 2. BesitzwechselVO sprachlich auch in dem Sinne verstanden werden kann, daß das Bodenreformgrundstück mit dem Tode des Neubauern kraft Gesetzes zunächst dem staatlichen Bodenfonds zufließt und von diesem dann unter gewissen Voraussetzungen dem Erben oder einem der Erben des Neubauern zuzuweisen war. Da aber durch § 4 2. BesitzwechselVO konstitutive Änderungen bei der Vererblichkeit des Siedlungseigentums nicht erstrebt wurden, wird dieser Wortlaut durch die sprachliche Fassung von § 4 BesitzwechselVO-NF und § 4 Abs. 5 2. BesitzwechselVO relativiert, mit der sich unschwer in Einklang bringen läßt, daß der Erbe auch hinsichtlich des Siedlungseigentums Rechtsnachfolger des Neubauern wurde und erst danach der Rat des Kreises unter gewissen Voraussetzungen zu einer Konfiskation des Siedlungseigentums befugt war.

(2.2) Noch stärker als vom Wortlaut der verschiedenen BesitzwechselVO wird die Vererblichkeit des Siedlungseigentums von folgenden systematischen und teleologischen Gründen getragen:

(2.2.1) Unabhängig von ihrer sprachlich unklaren Fassung erhellen § 4 BesitzwechselVO-NF und § 4 2. BesitzwechselVO jedenfalls, daß das Bodenreformgrundstück nach dem Tode des Neubauern im Regelfall von dessen Erben weiterbewirtschaftet und lediglich bei dessen mangelnder persönlicher Eignung konfisziert werden sollte. Die mit diesen Regelungsmechanismen erstrebte Kontinuität bei der Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks (vgl. Art. 1 II BRVO; § 1 II 1. BesitzwechselVO, § 9 BesitzwechselVO-NF) legt aber auch eine Kontinuität bei der Rechtsinhaberschaft nahe: Wäre nämlich das Siedlungseigentum mit dem Tode des Neubauern zunächst kraft Gesetzes an den staatlichen Bodenfonds zurückgefallen, hätte dies angesichts der kaum absehbaren Entwicklung bei der Rechtsträgerschaft sowohl die Bewirtschaftung gefährdet als auch in den besonders auf Rechtssicherheit ausgerichteten Bereichen des Grund-

stücksrechts und des Genossenschaftsrechts zu kaum zu bewältigenden Schwierigkeiten geführt:

Ein aus dem Bodenreformrecht folgender Ausschluß der Vererblichkeit des Siedlungseigentums wäre nämlich als *lex specialis* auch § 45 LPG-G (hier zitiert in der Fassung vom 2. 7. 1982 (GBl. I, S. 443) vorgegangen und hätte damit die durch diese Norm bewirkte Harmonisierung der erbrechtlichen und genossenschaftsrechtlichen Regelungen systemwidrig durchbrochen. Dies hätte aber auf der Ebene des Genossenschaftsrechts rechtlich kaum lösbare Friktionen mit sich gebracht, da eine Sonderrechtsnachfolge des staatlichen Bodenfonds mit anschließender Zuweisung des Bodenreformgrundstücks an den Erben oder an einen der Miterben weder in die organisatorischen Strukturen einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft einzufügen, noch mit den genossenschaftsrechtlichen Regelungen über die Auseinandersetzung mit den weichenden Miterben in Einklang zu bringen gewesen wäre. Vollends undurchsichtig wäre die genossenschaftliche Rechtslage geworden, wenn der Neubauer sowohl Siedlungseigentum als auch persönliches Eigentum in die LPG eingebracht hätte und sich damit der Regelungsbereich des § 45 LPG-G mit jenem des Bodenreformrechts überlagert haben würde.

Ein gewisses Indiz für eine Parallellität zwischen den genossenschaftsrechtlichen und bodenreformrechtlichen Bestimmungen über die Vererblichkeit des Siedlungseigentums mag dabei auch sein, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Veräußerung des Bodenreformgrundstücks den Regelungen des Bodenreformrechts Vorrang vor jenen des Genossenschaftsrechts einräumte (§ 19 IV LPG-G), für eine korrespondierende erbrechtliche Regelung hingegen keinen Anlaß sah.

(2.2.2) Zu diesen Überlegungen kommt hinzu daß sich ein einheitliches Normgefüge auch außerhalb des Regelungsbereichs des Genossenschaftsrechts nur herbeiführen läßt, wenn das Siedlungseigentum zunächst in den Nachlaß fiel und dann dem Rat des Kreises unter den in den jeweiligen Verordnungen genannten Voraussetzungen der Zugriff auf das Bodenreformgrundstück eröffnet wurde. Dies gilt etwa für die Behandlung weiterer Erbfälle zwischen dem Tode des Neubauern und der Entscheidung des Rates des Kreises, für in diesem Zeitraum erfolgende Verfügungen über das Grundstück und namentlich für die Nutzung eines zum Siedlungseigentum gehörenden Wohngrundstücks durch einen mit dem Neubauern in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen (vgl. § 4 II BesitzwechselVO-NF; § 4 IV 2. BesitzwechselVO) sowie für die Bewirtschaftung des Bodenreformgrundstücks durch Angehörige oder Bekannte des Neubauern.

(2.2.3) Vor allem aber legt die systematische Geschlossenheit der Erbrechtsordnung nahe, das Siedlungseigentum als dem Nachlaß zugehörig zu erachten:

Die in § 4 I BesitzwechselVO-NF und in § 4 II 2. BesitzwechselVO enthaltenen Regelungen sind aus der Sicht des Senats dem Recht der Erbauseinandersetzung zuzuordnen, da sie — wenn auch öffentlich-rechtlich überlagert — bestimmen, wie sich die Erben des Neubauern untereinander hinsichtlich des Siedlungseigentums vermögens- und sachenrechtlich zu verhalten haben. Dies macht aber nur Sinn, wenn die Erben in einer vermögens- und sachenrechtlichen Beziehung zum Bodenreformgrundstück standen, dieses also in den Nachlaß gefallen war. Hingegen bliebe für vermögensrechtliche Beziehungen zwischen den Erben

ersichtlich kein Raum, wenn das Siedlungseigentum im Wege einer Sonderrechtsnachfolge mit dem Tode des Neubauern kraft Gesetzes dem staatlichen Bodenfonds zugefallen wäre und dieser dann das Bodenreformgrundstück einem bestimmten Erben zugewiesen hätte.

Weiterhin gehen § 4 I 2. BesitzwechselVO sowie der nachfolgend unter (4) wiedergegebene Runderlaß des Kreisrats zu Dresden und der Beschluß der Landesbodenkommission des Landes Sachsen-Anhalt (vgl. unten (4)) davon aus, daß der das Bodenreformgrundstück bewirtschaftende Erbe in eine vom Erblasser abgeleitete Rechtsstellung einrückte und nicht etwa Rechtsnachfolger des staatlichen Bodenfonds wurde.

Wesentliches Gewicht kommt ebenfalls dem Umstand bei, daß das Bodenreformrecht in eine Erbrechtsordnung eingebettet war, die selbst während der Geltung des ZGB unter dem Leitbild der Universalsukzession stand (vgl. *Göhring/Posch*, Zivilrecht, Lehrbuch, Teil II, S. 242 f.; Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR, herausgegeben vom Ministerium der Justiz, Staatsverlag der DDR, Berlin 1985 § 263 Anm. 1.3.) und in der Singularsukzessionen deutliche Ausnahmen blieben (vgl. Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR, a. a. O.).

(2.2.4) Schließlich kann nicht außer Betracht bleiben, daß die Zugriffsbefugnisse des Rates des Kreises dem klassischen Bereich der staatlichen Eingriffsverwaltung zuzuordnen sind. Dies läßt aber selbst unter den bundesdeutschen Vorstellungen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts nicht ohne weiteres gerechtfertigten Verhältnissen in der SBZ und in der DDR darauf schließen, daß der staatliche Eingriff eines konstitutiven Akts des Rates des Kreises bedurfte und nicht etwa umgekehrt eine Konfiskation kraft Gesetzes erfolgte und dann dem Hoheitsträger die öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt war, das konfiszierte Recht einem den persönlichen Anforderungen der BRVO und der verschiedenen BesitzwechselVO genügenden Rechtsnachfolger des ursprünglich Berechtigten durch konstitutiven Akt zu übertragen.

(3) Erst recht wäre mit der Systematik der Erbrechtsordnung und mit den Belangen der Rechtssicherheit nicht in Übereinstimmung zu bringen, wenn man § 4 I S. 1 BesitzwechselVO-NF entnehmen wollte, daß von den persönlichen Verhältnissen des Erben abhängig war, ob das Siedlungseigentum in den Nachlaß des Neubauern fiel oder nicht (so wohl *Mutschmann/Hartmann/Maas*, Bodenrecht in der DDR, AnwBl. 1990, 190 [195]). Zum einen knüpfen sowohl das BGB als auch das ZGB die Vererblichkeit eines Rechts allein an die Rechtsstellung des Erblassers an, während persönliche Verhältnisse des potentiellen Erben insoweit unerheblich sind. Zum anderen hätte sich eine grundstücks- und genossenschaftsrechtlichen Erfordernissen zuwiderlaufende Rechtsunsicherheit ergeben, wenn die Vererblichkeit des Siedlungseigentums von kaum objektivierbaren Umständen, wie etwa der antifaschistischen Einstellung des Erben oder dessen Fähigkeit zur zweckentsprechenden Nutzung des Bodenreformgrundstücks, abhängig gewesen wäre.

(4) In dieser die Vererblichkeit des Siedlungseigentums bejahenden Auffassung sieht sich der Senat letztlich auch durch die in der SBZ und in der DDR vertretene Rechtsmeinung bestärkt. Auffällig ist hierbei, daß auch im dortigen Rechtskreis zunächst weitgehend von einer Vererblichkeit des Siedlungseigentums ausgegangen wurde und sich erst im Laufe der Zeit eine gegenteilige Ansicht gebildet hat. (*Wird eingehend dargelegt.*)

c) Der Senat verkennt nicht, daß gerade sein auf die Ermittlung des objektiven Rechts gerichtetes Bemühen das in der SBZ und in der DDR geschaffene Unrecht perpetuiert und jetziges Grundeigentum u. U. Neubauern zuspricht, welche Defizite bei den sonstigen im Bodenreformrecht vorausgesetzten persönlichen Eignungen durch eine ausgeprägt antifaschistische Einstellung (vgl. Art. 4 X BRVO) überkompensiert haben. Die Hinnahme und gegebenenfalls Verfestigung solchen in der SBZ und DDR geschaffenen Unrechts läßt sich aber im Zusammenhang mit der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands nicht immer ausschließen (vgl. BVerfG, NJW 1991, 1597, hinsichtlich der Bestandskraft der im Zuge der Bodenreform ergangenen Enteignungen). Im übrigen könnte auch eine andere rechtliche Sicht ein Fortwirken des geschaffenen Unrechts allenfalls bei einer nach einem Erbfall unterbliebenen erneuten Zuweisung des Bodenreformgrundstücks verhindern. Dann hinge aber die jetzige Eigentumslage von Umständen ab, die aus heutiger Sicht als eher zufällig erscheinen und tendenziell jene Personen begünstigen, denen der Rat des Kreises besonderes Vertrauen in die persönliche Eignung (vgl. Art. 4 X BRVO) entgegenbrachte.

d) Ferner gibt der Senat außerhalb der tragenden Gründe zu erwägen, ob die von den BezG Dresden, Rostock und Schwerin vertretene Ansicht nicht letztlich für das Fiskalvermögen der Bundesrepublik Deutschland dieselben — vielleicht sogar noch nachteiligere — Auswirkungen hätte, dabei aber für geraume Zeit (weitere) Rechtsunsicherheit in den Grundstücksverkehr im Beitrittsgebiet sowie in die Behandlung der Ansprüche nach dem VermG brächte:

Da zumindest im Gebiet des jetzigen Freistaates Sachsen das den Neubauern zugewiesene Siedlungseigentum während des zeitlichen Geltungsbereichs des Besatzungs- und Besatzungshoheitsrechts zweifelsfrei vererblich war (vgl. etwa einen Runderlaß des Kreisrats zu Dresden — Kreisbodenkommission — vom 18.10.1948), wäre nämlich ausgehend von den Urteilen und Beschlüssen der BezG Dresden, Rostock und Schwerin eine zeitlich nachfolgende — also nicht mehr auf besatzungs- und besatzungshoheitsrechtlicher Grundlage beruhende — Enteignung des Erbrechts am Siedlungseigentum in Betracht zu ziehen (in diese Richtung gehend auch *Kohler*, EWiR, § 1 VermG-4/92 S. 379). Bei den sich in diesem Fall ergebenden Rückübertragungsansprüchen aus § 1 I a, 3 ff. VermG stünde zusätzlich in Frage, wie die Rückübertragung des der jetzigen Rechtsordnung unbekanntes Siedlungseigentums zu erfolgen hätte und ob gegebenenfalls die durch § 1 BodRefG bewirkte Änderung im sachenrechtlichen Status auch auf den Rückübertragungsanspruch durchschlüge.

Derartige Überschneidungen und Verwicklungen mit den Regelungen des VermG werden hingegen durch die Senatsentscheidung vermieden. Vor allem stellt sich vom rechtlichen Ausgangspunkt des Senats her nicht als Enteignung i. S. v. § 1 I a VermG dar, wenn der Rat des Kreises, die Kreisbodenkommission oder ein anderer Hoheitsträger ein Bodenreformgrundstück unter den in der BRVO und den jeweiligen Besitzwechselverordnungen genannten Voraussetzungen an den staatlichen Bodenfonds zurückführten (so im Ergebnis auch *Siewert*, NJ 1992, 155, 158 und ein keinem bestimmten Autor zuordenbarer redaktioneller Vermerk in OV spezial 3/92 vom 7.2.1992, S. 5). Dieser Makel, also die Konfiskationsbefugnis unter den in der BRVO genannten Voraussetzungen, haftete nämlich dem Siedlungseigentum jedenfalls auf dem Gebiet des jetzigen Freistaates Sachsen

bereits nach dem Besatzungs- und dem Besatzungshoheitsrecht an, sodaß insoweit die Rückführungen lediglich konkretisierten, was nach dem Besatzungs- und Besatzungshoheitsrecht Inhalt des Siedlungseigentums war.

Demgegenüber könnte die von den BezG Dresden, Rostock und Schwerin auf der Ebene des Erb- und des Sachenrechts vertretene Rechtsauffassung selbst in solchen Fällen dem Grunde nach einen Rückübertragungsanspruch auslösen, wobei dann allenfalls in Frage stünde, ob sich der Umfang des Anspruchs um den Makel der Belastung mit einer Konfiskationsbefugnis mindert und ob nach den Grundsätzen der Reserveursache zu berücksichtigen wäre, daß sich ohne die auf DDR-Recht beruhende Enteignung des Erbrechts der dem Siedlungseigentum bereits nach dem Besatzungs- und Besatzungshoheitsrecht anhaftende Makel einer Konfiskationsbefugnis verwirklicht hätte. Schließlich sei — ebenfalls der bloßen Darstellung des Umfeldes dienend — ergänzend bemerkt, daß die Abwicklung der Ansprüche aus dem VermG bei mehrfach zugewiesenen Bodenreformgrundstücken vollends undurchsichtig werden müßte.

2. Das gemäß den Ausführungen unter 1. a und b auf die Erben als dingliches Recht sui generis übergegangene Siedlungseigentum ist durch § 1 BodRefG am 16.3.1990 zu persönlichem Eigentum i. S. v. §§ 22 ff. ZGB, 3 EGZGB erstarkt (ebenso: *Horn*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, S. 211 und *Koerner*, Offene Vermögensfragen in den neuen Bundesländern, 1991, S. 89; persönliches Eigentum erwägend auch *Kroeschell*, FS *Rittner*, a. a. O., S. 340; im Ansatz ebenso [wegen der Verfassungswidrigkeit des BodRefG jedoch mit anderem Ergebnis]: *Schildt*, a. a. O., S. 99 und *Böhringer*, a. a. O.; a. A.: *Krüger*, a. a. O., S. 392 f. und diesem [hinsichtlich einer inhaltsgleichen Monographie] folgend *von dem Borne*, Zur Rechtsnatur des sog. Siedlungseigentums der Neubauern der kommunistischen Bodenreform in der ehemaligen SBZ/DDR, Agrarrecht 1991, 94 [95]; im Ergebnis wie hier wohl auch *Andrae/Steding*, Das Bodenreform-Urteil des BVerfG und der Versuch seiner Demontage, Wirtschaftsrecht 1992, 135 [140]).

a) Mit § 1 BodRefG wurden nämlich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur die den Neubauern bis dahin auferlegten Verfügungsbeschränkungen beseitigt, sondern auch Veränderungen am Rechtscharakter des Siedlungseigentums vorgenommen.

aa) So haben der damalige DDR-Landwirtschaftsminister und der Vorsitzende des Landwirtschaftsausschusses der Volkskammer die Notwendigkeit des BodRefG u. a. damit begründet, daß durch sie die Eigentumsrechte der Bauern am landwirtschaftlich genutzten Grund und Boden ausdrücklich gesichert und so stabile Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Existenz unter den Bedingungen der Marktwirtschaft geschaffen seien. Gleichzeitig biete das BodRefG einen wirksamen Schutz vor einem Ausverkauf und Sorge dafür, „daß die aus der Bodenreform erworbenen Eigentumsrechte festgeschrieben“ seien (zitiert nach *Kimminich*, a. a. O., S. 66 unter weiterem Hinweis auf FAZ vom 7.3.1990, S. 17). Damit korrespondiert, daß Bundesminister *Dr. Kinkel* und Ministerpräsident *a. D. de Maizière* anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG in den Verfahren NJW 1991, 1597 bekundet haben, die Aufrechterhaltung der durch die Bodenreform geschaffenen Eigentumsverhältnisse habe im Zuge der auf die Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands gerichteten Verhandlungen eine zentrale Forderung der Deutschen Demokratischen

Republik gebildet. Ähnliche Ansprüche sind nach den Darlegungen von Staatssekretär *Dr. Kastrup* im Zuge der Zwei- bzw. vier-Verhandlungen von der damaligen Sowjetunion erhoben worden (zitiert jeweils nach BVerfG, a. a. O.).

Sinnfälligen Ausdruck findet diese Absicht weiterhin in dem von *Krüger* (a. a. O., S. 393) auszugsweise veröffentlichten Protokoll der 18. Tagung der Volkskammer (9. Wahlperiode, S. 532), wonach das BodRefG „die rechtliche Gleichstellung des Bodenreformigentums mit anderen Formen des bäuerlichen Eigentums, des sog. Alteigentums der Bauern“, bewirken sollte. Schließlich soll Ministerpräsident *de Maizière* in seiner Regierungserklärung vom 19. 4. 1990 ausgeführt haben, die „Sicherung der Eigentumsrechte aus der Bodenreform und aus Eigentumsübertragungen, die nach Treu und Glauben rechtmäßig waren und daher auch rechtmäßig bleiben“ müßten, gehöre zu den Grundlagen der Währungs- und Wirtschaftsunion (zitiert nach *Kroeschell*, FS *Rittner*, a. a. O., S. 339 unter Hinweis auf Badische Zeitung Nr. 91 vom 20. 4. 1990, S. 5).

bb) Dieses gesetzgeberische Ziel impliziert aber, daß sich das BodRefG von den Vorstellungen einer dem kommunistischen Weltbild verhafteten Bodenordnung gelöst und sich dem Eigentumsverständnis der sozialen Marktwirtschaft zugewandt hat. Nur hierdurch konnte sich nämlich der Gesetzgeber der DDR erhoffen, daß das Siedlungseigentum im Falle des Beitritts auch nach bundesdeutschem Recht als eigentumsfähig anerkannt werde und damit die Neubauern im Geltungsbereich des BGB Grundstückseigentum erwerben können.

Damit gerieten aber durch § 1 BodRefG all jene Gründe in Wegfall, die dem Senat Anlaß geben, im Siedlungseigentum bis zum Inkrafttreten des BodRefG ein dem Eigentum an Sachen i. S. v. Art. 233 § 2 BGB nicht vergleichbares dingliches Recht sui generis zu sehen (im Ergebnis ebenso: BezG Dresden, NJ 1992, 172 [173] unter 5.).

b) Schließlich vermag der Senat auch nicht die verschiedentlich gegen die Wirksamkeit von § 1 BodRefG erhobenen Bedenken zu teilen:

aa) Die Zweifel daran, ob das BodRefG in bundesdeutsches Recht übergeleitet wurde (vgl. *Schildt*, S. 99; BezG Dresden, NJ 1992, 172 [173]), macht sich der Senat nicht zu eigen:

(1) Obwohl nicht gesichert ist, daß die sowjetische Besatzungsmacht auf die Entschließungen der Landes- und Provinzialverwaltungen gezielten Einfluß genommen hatte, muß die Bodenreform ihrem erklärten Willen entsprochen haben, da den von ihr eingesetzten Verwaltungen bei Erlass der BRVO noch keine originäre Rechtssetzungsbefugnis eingeräumt war und die SMAD mit Befehl vom 22. 10. 1945 die BRVO für „gesetzkräftig“ erklärte (vgl. BVerfG, a. a. O.).

Damit zerstreuen sich aber die von *Schildt* (a. a. O., S. 99) unter Hinweis auf § 1 VIII a VermG und Nr. 1 der Gemeinsamen Erklärung vom 15. 6. 1990 (BGBl. II, 1237) erhobenen Bedenken.

(2) Die Überleitung in bundesdeutsches Recht ergibt sich entgegen BezG Dresden, NJ 1992, 172 [173] unmittelbar aus Art. 9 EVertr i. V. m. dem Zustimmungsgesetz zum EVertr, sodaß die fehlende Erwähnung des BodRefG in Anl. II Kap. III Sachgeb. B Abschn. I EVertr unschädlich ist.

(3) Im übrigen ist ergänzend zu bemerken, daß die gegen die Fortgeltung des BodRefG gerichteten Einwände rechtlich ohnehin unerheblich sind. Da § 1 BodRefG unmittelbar in

den sachenrechtlichen Status des Siedlungseigentums eingegriffen hat, hätten nämlich die rechtsgestaltenden Wirkungen des BodRefG nur durch einen gegenteiligen legislativen oder exekutiven Akt beseitigt werden können (so im Ergebnis wohl auch BezG Dresden, NJ 1992, 172 [173]).

bb) Weiterhin teilt der Senat weder die gegen das BodRefG erhobenen verfassungsrechtlichen Einwände (dazu: *Böhlinger*, a. a. O., Fn. 9; *Krüger*, a. a. O., S. 392 f.; *Schildt*, a. a. O., S. 99; für Verfassungsmäßigkeit in der Literatur nur *Siewert* a. a. O., S. 158), noch hält er das Zustimmungsgesetz zum EVertr insoweit für verfassungswidrig, als durch Art. 233 § 2 EGBGB das frühere Siedlungseigentum in Eigentum an Grundstücken übergeleitet wurde:

(1) Keiner abschließenden Entscheidung bedarf dabei, ob nach dem insoweit maßgebenden Staatsrechtsverständnis der DDR eine Verfassungswidrigkeit des BodRefG diesem — im Sinne einer generellen Nichtigkeit — die durch § 1 BodRefG erstrebten statusbegründenden Wirkungen hätte nehmen können (vgl. Art. 66, 89 DDR-Verfassung vom 7. 10. 1949). Erst recht kann offen bleiben, ob das BodRefG bei einem unterstellten Verstoß gegen die Verfassung der DDR nicht zumindest dadurch verfassungsgemäß geworden wäre, daß es durch Art. 9 EVertr in bundesdeutsches Recht übergeleitet wurde und Bestimmungen des Grundgesetzes — wie nachstehend unter (3) dargelegt — nicht widerspricht.

Wie einleitend ausgeführt wurde, läßt sich nämlich § 1 BodRefG bei richtigem Verständnis der im März 1990 auf dem Gebiet der DDR herrschenden Verfassungslage mit den Bestimmungen der DDR-Verfassung, insoweit zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der DDR vom 12. 1. 1990 (GBl. I Nr. 4 S. 15), zwanglos in Einklang bringen: (...)

Im März 1990 war auf dem Gebiet der DDR die demokratische Umgestaltung der Rechtsordnung bereits in Gang gekommen, mag auch dieser Wandel zunächst nicht konsequent und ohne Wertungswidersprüche eingeleitet worden sein. Immerhin waren aber bereits spürbare Tendenzen für eine Loslösung von der sozialistischen Rechtsideologie und für eine Zuwendung zur demokratisch-sozialen Rechtsordnung des Grundgesetzes erkennbar.

Im Hinblick auf diese historische Situation wäre es verfehlt, die Verfassungsmäßigkeit des BodRefG, das selbst einen — wenn auch wenig glücklichen — Schritt dieses politischen Erneuerungsprozesses darstellte, am Wortlaut und an den Wertentscheidungen einer Verfassung zu messen, die im Zeitpunkt des Erlasses des BodRefG faktisch in den Wandel der Wertvorstellungen einbezogen war und mit der Verfassungswirklichkeit nur noch teilweise übereinstimmte.

Diese kurzfristige Diskrepanz zwischen den Buchstaben und dem Geist der Verfassung wurde im übrigen wenig später beseitigt, indem die Volkskammer am 17. Juni 1990 (GBl. S. 299) ein Gesetz zur Änderung und Ergänzung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik beschlossen hat, deren Artikel 2 folgendes bestimmt:

„Privateigentum einschließlich des Erwerbs von Eigentum und alleineigentumsgleichen Rechten an Grund und Boden sowie an Produktionsmitteln wird gewährleistet. ...“

(2) § 1 BodRefG ist auch nicht wegen Verstoßes gegen allgemeine Grundsätze des Völkerrechtes nichtig.

Der Senat erachtet es zwar für bemerkenswert, daß die Volkskammer der DDR durch das BodRefG den Neubauern

ohne irgendeine Gegenleistung eine teilweise massive Vermehrung ihres Vermögens bereitete, obwohl die gravierenden wirtschaftlichen Folgen dieser Zuwendung vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands voll zu Lasten der Bundesrepublik Deutschland gehen mußten. Selbst wenn es aber ein völkerrechtliches Mäßigungsgebot des Inhalts gäbe, daß ein Staat kurz vor dem Vollzug des Beitritts seinen Bürgern nicht ohne sachlichen Grund Vermögensmehrungen zukommen lassen darf, die den aufnehmenden Staat belasten, könnte dies die Wirksamkeit von § 1 BodRefG nicht berühren. Die Verfassung der DDR enthält nämlich keine Artikel 25 GG korrespondierende Regelung, sodaß ein etwaiger Verstoß gegen Grundsätze des Völkerrechts nicht auf die Wirksamkeit des innerstaatlichen Rechts durchschlüge.

(3) Das Zustimmungsgesetz zum EVertr ist auch insoweit verfassungsgemäß, als durch Art. 233 § 2 EGBGB früheres Siedlungseigentum in Eigentum an Grundstücken übergeleitet wurde.

(3.1) Soweit durch Art. 233 § 2 EGBGB die der Bodenreform zugrundeliegenden Enteignungen anerkannt wurden, ist bereits durch Urteil des BVerfG vom 23.4.1991 zutreffend — und gem. § 31 I BVerfGG für den Senat bindend — die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes festgestellt worden.

(3.2) Das Zustimmungsgesetz zum EVertr verstößt weiterhin nicht dadurch gegen den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 I GG, daß die Neubauern ohne eine einigermaßen adäquate Gegenleistung Grundeigentum an dem ihnen früher als Produktionsmittel zugewiesenen „Arbeitseigentum“ erlangt haben, während anderen Bürgern eine solche Teilhabe an den Produktionsmitteln nicht eröffnet wurde.

Dem Bundesgesetzgeber kam nämlich im Zuge der Überleitung des Rechts der DDR auch von Verfassungs wegen her ein breiter Gestaltungsrahmen zu, wobei es der gerichtlich nicht überprüfbar Beurteilung der Bundesregierung unterlag, welche Verhandlungsergebnisse sie für politisch erzielbar hielt. Vor diesem Hintergrund ist aber ersichtlich nicht als willkürlich zu erachten, wenn sich die Bundesrepublik Deutschland entschloß, die den Neubauern in der SBZ und in der DDR durch die praktisch unentgeltliche Überlassung des Siedlungseigentums zuteil gewordenen Privilegien aufrechtzuerhalten. Einer als vertretbar hinzunehmenden Entscheidung steht insbesondere nicht entgegen, daß sich aus dem früheren Siedlungseigentum durch § 1 BodRefG namentlich in Großstadtnähe erhebliche Vermögenswerte (auf heutige Wertverhältnisse bezogen bei 5 ha Siedlungseigentum und Baulandpreisen in Großstadtnähe von etwa DM 200,— je m² bis zu DM 10 Mill. je Neubauer) entwickelt hatten und daß die Kriterien, nach denen das Siedlungseigentum an die Neubauern zu vergeben war, einer Überbewertung der antifaschistischen Einstellung Raum gelassen hatten.

c) Haben aber die Neubauern durch § 1 BodRefG persönliches Eigentum erlangt und ist dieses durch Art. 233 § 2 EGBGB in Eigentum an Grundstücken übergeleitet worden, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob an den Bodenreformgrundstücken nach bundesdeutschem Rechtsverständnis bis zum 15.3.1990 überhaupt kein Eigentum bestand oder ob die DDR (staatlicher Bodenfonds) als — mit dem Siedlungseigentum belastete — Eigentümerin anzusehen war.

3. Im übrigen besagt die Entscheidung des Senats nur, daß die früheren Neubauern nunmehr Grundstückseigentum am ehemaligen Bodenreformgrundstück erlangt haben. Inwiefern Art. 14 GG für eine Abschöpfung des den Neubauern praktisch unentgeltlich zugeflossenen Vermögens Raum ließe, steht nicht zur Entscheidung des Senats und wird durch den vorliegenden Beschluß, der nur die formale Rechtslage des Erb- und des Sachenrechts berührt, keinesfalls präjudiziert.

IV. 1. Die demnach von der ihr beigegebenen Begründung nicht getragene Entscheidung des Beschwerdegerichts erweist sich derzeit auch nicht aus anderen Erwägungen als zutreffend.

Insbesondere kann nach den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht ausgeschlossen werden, daß die Bet. zu 1) als Ergebnis einer doppelten Erbfolge ihr Alleineigentum an den verfahrensgegenständlichen früheren Bodenreformgrundstücken glaubhaft gemacht hat (vgl. zu den Anforderungen einer auf die Löschung eines Amtswiderspruchs gerichteten Beschwerde: OLG Hamm, DNotZ 1968, 631 [632]; BayObLGZ 1952, 24 [27]; *Horber/Demharter*, Grundbuchordnung, 19. Aufl., § 54 Anm. 11 und 15). Hat sich nämlich die als Siedlungseigentum bezeichnete dingliche Rechtsstellung an den verfahrensgegenständlichen Grundstücken im Nachlaß des mit Wirkung zum 31.7.1949 für tot erklärten Vaters der Bet. zu 1) befunden und ist in der Folge die zwischen der Beteiligten zu 1) und deren Mutter gem. § 2032 BGB (i.V.m. § 8 EGZGB, Art. 235 § 1 I EGBGB) bestehende Erbengemeinschaft nicht auseinandergesetzt worden, kann die Bet. zu 1) durch eine Vereinigung der gesamthänderisch gebundenen Miterbenanteile mit dem am 4.2.1976 eingetretenen Tod ihrer Mutter gem. § 363 I ZGB (i.V.m. Art. 235 § 1 I EGBGB) alleinige Inhaberin des Siedlungseigentums geworden sein. Sollte der Rat des Kreises weder vorher noch später im Wege der Konfiskation auf dieses Siedlungseigentum zugegriffen haben, wäre dann aus den in Abschn. III dargelegten Gründen am 16.3.1990 persönliches Eigentum und am 3.10.1990 Grundstückseigentum der Bet. zu 1) entstanden. (...)

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur Abwicklung der Bodenreformfragen auch Art. 233 §§ 11 bis 16 EGBGB in der Fassung des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Änderung des VermG und anderer Vorschriften) vom 14.7.92 (BGBl 92 I, S. 1257, 1278 ff.).

10. BGB § 883; GBVfg § 15 Abs. 1 a (*Eine Rückauflassungsvormerkung bei Sukzessivberechtigung ausreichend*)

Verpflichtet sich der Erwerber, den Vertragsgegenstand im Falle der Zuwiderhandlung gegen schuldrechtliche Unterlassungspflichten an die Veräußerer als Berechtigte zu gleichen Teilen, bzw. auf den Überlebenden der Veräußerer zum Alleineigentum zurückzuübertragen, genügt zur Sicherung sämtlicher Berechtigter eine Vormerkung (Abgrenzung zu BayObLG MittBayNot 1990, 243).

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Landshut, Beschluß vom 23.1.1992 — 30 T 1849/91 —, mitgeteilt durch Notar *Dr. Ring*, Landshut.

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde haben die Eheleute R. einen Hälfteanteil ihres Hausgrundstücks in V., eingetragen im Grundbuch des AG Landshut für V., ihrer Tochter S. zu Alleineigentum überlassen. Ziff. IV. der notariellen Urkunde lautet:

„Der Erwerber verpflichtet sich, den Vertragsgegenstand zu Lebzeiten der Veräußerer ohne deren Zustimmung und zu Lebzeiten des Überlebenden derselben ohne dessen Zustimmung weder zu belasten noch zu veräußern. Im Falle der Zuwiderhandlung verpflichtet sich der Erwerber, den Vertragsgegenstand unentgeltlich auf die Veräußerer als Berechtigte zu gleichen Teilen bzw. auf den Überlebenden derselben zurückzübertragen. Er beantragt, zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs eine Vormerkung für die Veräußerer als Berechtigte zu gleichen Teilen sowie eine Vormerkung für den Überlebenden derselben je am heute überlassenen Hälfteanteil einzutragen.“

Mit Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt Landshut mitgeteilt, daß der grundbuchamtliche Vollzug der obengenannten Anträge noch nicht möglich sei, da zunächst zu klären sei, wieviele Vormerkungen, für wen genau und in welchem Rang einzutragen seien. Auch sei die berechtigte Person bislang nicht i. S. von § 15 GBVfg bezeichnet worden.

Der Notar legte hiergegen Erinnerung ein. Er macht geltend, daß zwei Vormerkungen zur Eintragung beantragt seien, eine für den Anspruch beider Veräußerer auf Übertragung an sie zu gleichen Teilen und die andere für denjenigen Veräußerer zur Alleinberechtigung, der den anderen Veräußerer überlebt. Im übrigen seien die Berechtigten ausreichend nach § 15 Abs. 1 a GBVfg bezeichnet, da die Urkunde sie mit Vor- und Zunamen, Geburtsdaten und Wohnort benenne.

Rechtspfleger und Grundbuchrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Das nach Vorlage an die Kammer als Beschwerde geltende Rechtsmittel ist zulässig, insb. ist der Beschwerdeführer als Notar zur Einlegung berechtigt, und begründet.

a) Der Beschwerdeführer erstrebt neben der Eintragung einer (problemlosen) Rückauflassungsvormerkung für die Eheleute R. (= Veräußerer) als Berechtigte zu gleichen Teilen eine weitere (streitige) Rückauflassungsvormerkung für denjenigen der Veräußerer zur Alleinberechtigung, der den anderen Veräußerer überlebt. Dies ist nicht zu beanstanden.

Soll ein Recht oder ein Anspruch zunächst zwei Berechtigten (in der Regel Ehegatten) gemeinschaftlich zustehen, beim Tode eines der Berechtigten aber zum alleinigen Recht des Überlebenden werden, so liegt ein Fall der sogenannten „Sukzessivberechtigung“ vor. Hier entsteht zunächst ein voll wirksames Recht oder ein Anspruch in der Person beider Berechtigter als gemeinschaftliches Recht, beim vorzeitigen Tod eines der Berechtigten (Ausfall der Bedingung für seinen eigenen Rechtserwerb und aufschiebende Bedingung für den alleinigen Rechtserwerb des anderen) entsteht das Recht oder der Anspruch für einen Berechtigten allein. Dies ist herrschende Meinung und wurde so auch vom Bayerischen Obersten Landesgericht bis zum Beschluß vom 30. 10. 1984, 2 Z 71/84 (= MittBayNot 1985, 22) vertreten. Das Entscheidende bei der Sukzessivberechtigung ist, daß trotz Sukzession auf der Gläubigerseite die Identität des Anspruchs gewahrt bleibt. Es ist deshalb zur Sicherung auch nur eine Vormerkung erforderlich (*Palandt*, BGB, 50. Aufl., § 883 Rdnr. 13 m. w. N.).

Durch den Beschluß des BayObLG vom 15. 02. 1990, 2 Z 5/90 (= MittBayNot 1990, 243), ist zweifelhaft geworden, in welchen Fällen ein Anspruch, der zunächst mehreren Personen, insb. Ehegatten, zusteht, nach dem Tod eines von ihnen dem Überlebenden durch eine einzige Vormerkung

abgesichert werden kann. Das BayObLG hat dies in dem genannten Beschluß für den zunächst zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörenden Anspruch verneint und die Auffassung vertreten, daß mit dem Tod eines Elternteils der diesen gemeinsam in Gütergemeinschaft zustehende Rückübertragungsanspruch erlischt und für den überlebenden Elternteil ein neuer, bisher aufschiebend bedingter Anspruch unabhängig von der Erbfolge nach dem Erstversterbenden entsteht, weshalb es sich um zwei Ansprüche handelt, die auch durch zwei Vormerkungen gesichert werden müssen.

Nach Auffassung der Kammer überzeugt diese neue Rechtsprechung des BayObLG nicht, weshalb sich ihr die Kammer nicht anzuschließen vermag. Die Begründung des Beschlusses erscheint inkonsequent. Folgt man der Gedankenführung des BayObLG, so müßten nämlich nicht zwei, sondern drei Rückübertragungsansprüche angenommen werden, ein gemeinsamer Rückübertragungsanspruch der Eltern, sowie je ein Rückübertragungsanspruch für den Ehemann und die Ehefrau, die folgerichtig auch mit drei Vormerkungen zu sichern wären (so auch *Amann* im MittBayNot 1990, 225). Nicht nachvollziehbar ist auch, wenn das BayObLG in der Begründung anführt, daß es sich um einen Fall der „alternativen und sukzessiven Berechtigung“ handelt, ohne dies allerdings näher zu erläutern, und damit Begriffe vermengt, die bislang auch in der Rechtsprechung des BayObLG Gegensätzliches bezeichnet haben (*Amann* a. a. O.).

Unabhängig von diesen Bedenken der Kammer ist die Entscheidung des BayObLG aber auch deshalb nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar, da in der Begründung eine Abgrenzung und Anwendbarkeit für andere Hauptfälle, etwa die der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB oder — wie hier — bei Anspruch auf Erwerb zu gleichen Teilen, nicht deutlich wird. Die Kammer hält deshalb an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach im vorliegenden Fall insgesamt eine Vormerkung zur Sicherung ausreicht.

b) Selbst wenn man der neuen Rechtsprechung des BayObLG folgen würde, müßte die angefochtene Zwischenverfügung aufgehoben werden, da dann zwei Rückübertragungsansprüche anzunehmen wären, die demzufolge auch nur — wie beantragt — mit zwei Vormerkungen gesichert werden müßten.

c) Unschädlich und jedenfalls nicht unzulässig ist, daß der Beschwerdeführer die Sicherung durch zwei getrennte Vormerkungen begehrt, obwohl, wie oben unter a) dargelegt, eine zusammenfassende Sicherung durch eine Vormerkung möglich ist.

Die erfolgte Bezeichnung der Berechtigten entspricht § 15 Abs. 1 a GBVfg und genügt auch dem Bestimmtheitsgrundsatz. Wie oben bereits dargelegt, entsteht der umstrittene Anspruch für den überlebenden Ehegatten nach dem Tod des erstversterbenden stets nur entweder für den Ehemann oder die Ehefrau oder bei gleichzeitigem Tod gar nicht. Durch die genaue Bezeichnung der beiden Veräußerer in der notariellen Urkunde ist hinreichend bestimmt, wer letztlich Rechtsinhaber wird. Die Grundbuchordnung läßt die Absicherung beider wechselseitig bedingter Ansprüche zu, obwohl naturgemäß zum Zeitpunkt der Eintragung noch nicht feststehen kann, wer der Überlebende sein wird. Dies ergibt sich auch aus den zitierten Beschlüssen des BayObLG.

11. GrEStG § 22, GBGA § 61 c (*Unbedenklichkeitsbescheinigung für Grundbuchamt nur entbehrlich, wenn Gegenleistung insgesamt 5.000,— DM nicht übersteigt*)

Die Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Grundbuchamt ist gem. § 61 c GBGA nur entbehrlich, wenn der Kaufpreis insgesamt 5.000,— DM nicht übersteigt. Anders als bei § 3 Nr. 1 GrEStG ist hierbei ohne Belang, ob auf Veräußerer- und/oder Erwerberseite mehrere Personen beteiligt sind.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Ansbach, Beschluß vom 12.5.1992 — 4 T 381/92 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Robert Lotter*, Feuchtwangen.

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1. verkaufte zu notarieller Urkunde an die im Güterstand der Gütergemeinschaft lebenden Beteiligten zu 2. mehrere Grundstücke zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft für gesamt 5.150,— DM. Gleichzeitig erklärten die Vertragsparteien die Auflassung und beantragten die Eigentumsumschreibung im Grundbuch.

Auf Vollzugsvorlage des Notars beanstandete der Rechtspfleger das Fehlen einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Beteiligten, zu deren Begründung sie vortragen:

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung sei nicht nötig, wenn ein in § 61 der Geschäftsanweisung für die Behandlung von Grundbuchsachen geregelter Tatbestand eingreife. Hier sei Buchstabe c (Erwerb eines Grundstücks, für das die Gegenleistung 5.000,— DM nicht übersteigt) einschlägig. Dieser Ausnahmetatbestand orientiere sich an § 3 Nr. 1 GrEStG. Es liege daher nahe, beide Vorschriften gleich ausulegen. § 3 Nr. 1 GrEStG werde nach ganz herrschender Meinung so ausgelegt, daß die Freigrenze von 5.000,— DM pro Erwerber und Veräußerer gerechnet werde, also bei untereinander je zu gleichen Anteilen berechtigten Erwerbern oder Veräußerern mit deren addierter Zahl zu multiplizieren sei. Um dies zu bewältigen, sei keine den Rechtspfleger überfordernde Vertiefung in das Steuerrecht nötig, es handle sich um eine einfache Rechnung.

Rechtspfleger und Amtsrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist nicht begründet.

§ 22 GrEStG bestimmt, daß der Erwerber eines Grundstücks in das Grundbuch erst dann eingetragen werden darf, wenn eine Bescheinigung der zuständigen Finanzbehörde vorgelegt wird, daß der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Ob nach dem Steuerrecht im Einzelfall Grunderwerbsteuer angefallen ist, muß der Prüfung und Entscheidung der Finanzbehörde vorbehalten bleiben. Das Grundbuchamt darf der Fachbehörde nicht vorgreifen.

Hievon gibt es zwei Ausnahmen:

1. Handelt es sich um einen Rechtsvorgang, der seiner Art nach überhaupt nicht unter das GrEStG fallen kann, und besteht auch nicht der Verdacht eines Mißbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Umgehung des Steuergesetzes, scheidet also das GrEStG von vornherein aus, gibt es keinen Grund, die Eintragung von der Beibringung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig zu machen (BayObLG Rpfleger 83, 103; OLG Celle Rpfleger 85, 187).

2. Darüber hinaus haben einige Bundesländer bestimmt, daß auch in einer Reihe von Fällen, in denen an sich ein unter das GrEStG fallender Vorgang gegeben ist, auf die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung verzichtet wird. Hierbei handelt es sich ausschließlich um Gestaltungen, bei

denen das Vorliegen eines Befreiungstatbestandes praktisch ganz offenkundig ist (*Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Rdnr. 150). Für Bayern findet sich eine solche Regelung in § 61 der Geschäftsanweisung für die Behandlung von Grundbuchsachen (GBGA) vom 7. 12. 1981 in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. 10. 1984 (JMBl. S. 204). Nach Buchstabe c dieser Bestimmung braucht die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht vorgelegt werden, wenn der Erwerb ein geringwertiges Grundstück betrifft, die Gegenleistung 5.000,— DM nicht übersteigt und sie ausschließlich in Geld oder durch Übernahme bestehender Hypotheken oder Grundschulden entrichtet wird.

Daß es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Rechtsgeschäft nicht um einen Vorgang handelt, der seiner Art nach nicht unter das GrEStG fallen kann, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer ist aber auch § 61 c GBGA nicht anwendbar. Diese Vorschrift ist so zu verstehen, daß auf die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nur verzichtet werden kann, wenn — unabhängig von der Anzahl der auf der Veräußerer- und der Erwerberseite stehenden Personen — die Gegenleistung 5.000,— DM nicht übersteigt. Nur dann liegt zweifelsfrei der Befreiungstatbestand des § 3 Nr. 1 GrEStG vor. Wie die „herrschende Meinung“ diese Bestimmung auslegt (siehe hierzu *Boruffau/Egly/Sigloch*, GrEStG, 12. Aufl., § 3 Rdnr. 76 ff.) ist für das Grundbuch irrelevant. Es ist nicht berechtigt, geschweige denn verpflichtet, sich zu einzelnen steuerrechtlichen Fragen ein Bild über die „herrschende Meinung“ zu machen und sodann beim zuständigen Finanzamt zu ermitteln, ob es dieser Meinung in der Praxis folgt.

Nach alledem hat das Grundbuch die Eintragung zu Recht von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig gemacht, weil der Kaufpreis 5.000,— DM übersteigt.

12. BGB § 1105 (*Zur Bestimmbarkeit des Inhalts einer Reallast*)

Die Verpflichtung zur Zahlung von Vierteljahresbeträgen in Höhe der ortsüblich erzielbaren Nettomiete aus dem übergebenen Anwesen kann, da hinreichend bestimmbar, durch Reallast gesichert werden.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Nürnberg-Fürth, Beschluß vom 2. 6. 1992 — 13 T 1954/92 —, mitgeteilt von Notar *Walter Lederer*, Markt Erlbach.

Aus dem Tatbestand:

Zu notarieller Urkunde übergab die Beteiligte zu 1) ihr landwirtschaftlich genutztes Anwesen ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 2). Als Gegenleistung vereinbarten die Vertragsteile in Nr. 3.1 des Übergabevertrages folgendes:

„3.1. Dauernde Last

Mit Rücksicht auf diesen Vertrag verpflichtet sich der Erwerber an die Veräußerin auf deren Lebenszeit zum 31. März, 30. Juni, 30. September und 31. Dezember eines jeden Jahres einen Betrag in Höhe der für die Vermietung des Wohnhausanwesens (folgt nähere Bezeichnung des Übergabeobjektes) ortsüblich erzielbaren Nettomiete (= Mietzins ohne Nebenkosten und Auslagen, ohne Abzug der den Eigentümer betreffenden Abschreibungen und Kosten) hinauszuzahlen.

Der Anspruch auf die vorvereinbarten wiederkehrenden Geldleistungen ist nicht vererblich und nicht übertragbar.

Zur Sicherung des vorstehend begründeten Anspruchs der Veräußerin auf Zahlung wiederkehrender Geldleistungen (dauernde Last) bestellt der Erwerber dieser eine

Reallast

an dem Grundstück und bewilligt und beantragt deren Eintragung im Grundbuch zur nächstfolgenden Rangstelle mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen soll."

Am 13.02.1992 legte der Urkundsnotar die Urkunde dem Grundbuchamt N. zum Vollzug vor.

Mit Zwischenverfügung beanstandete das Grundbuchamt, daß der aus der Reallast zu zahlende Geldbetrag sachenrechtlich zu unbestimmt und objektiv nicht nachprüfbar sei. Die Beteiligten wurden aufgefordert, einen bestimmbareren Inhalt für die Reallast zu vereinbaren.

Hiergegen erhob der Urkundsnotar Erinnerung, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

Das Amtsgericht half der Erinnerung nicht ab und legte die Sache dem Landgericht N.-F. zur Entscheidung vor.

Aus den Gründen:

Die als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist zulässig, sie hat in der Sache auch Erfolg. Das Grundbuchamt N. darf davon ausgehen, daß der Eintragungsantrag auch hinsichtlich der Höhe der wiederkehrenden Geldleistung hinreichend bestimmt ist.

Hierzu ist im einzelnen auszuführen:

Für eine Reallast genügt es, wenn der Geldwert der aus dem Grundstück zu entrichtenden wiederkehrenden Leistung bestimmbar ist. Zur Bestimmung können auch außerhalb des Grundbuchs und der Eintragungsbewilligung liegende Umstände herangezogen werden, soweit sie nachprüfbar sind und auf sie im Grundbuch oder in der Eintragungsbewilligung hingewiesen ist (vgl. *Horber/Demharter*, Grundbuchordnung, 19. Aufl., Anhang zu § 44, Anm. 15 m. w. Rspr.Hinw.).

Die Bestimmung in Nr. 3.1 des Übergabevertrages genügt diesen Anforderungen. Dort ist als Gegenleistung ein Betrag in Höhe der für die Vermietung des genannten Wohnanwesens ortsüblich erzielbaren Nettomiete vereinbart. In der Bezugnahme auf die „ortsüblich erzielbare Nettomiete“ ist eine objektiv bestimmbar und nachprüfbar Größe als Gegenleistung zugrunde gelegt worden. Mietpreise werden nunmehr gem. dem Miethöhegesetz (MHG) nach allgemein gültigen Kriterien bestimmt, so insbes. durch Gutachten öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger oder durch die Benennung vergleichbarer Objekte (§ 2 Abs. 2 MHG). Objektive Nachprüfbarkeit des Mietzinses hinsichtlich der vorliegend genau bezeichneten Wohnung, die für den Mietpreis maßgeblich sein soll, ist daher gegeben und auch auf Dauer gewährleistet (vgl. BayObLGZ 1979/273, 281; KG in Rpfleger 1984/347 — der dort genannte Fall, daß der Berechtigte durch beliebige Wahl der Mietwohnung den Mietpreis unzulässigerweise beeinflussen kann, liegt hier gerade nicht vor).

Das Grundbuchamt darf daher von einem objektiv der Höhe nach auf Dauer hinreichend sicher bestimmbareren Mietzins ausgehen, weshalb es anzuweisen gewesen ist, seine in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken zurückzustellen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 1982, 181.

13. BGB § 883 Abs. 2; GBO § 23 (*Löschungserleichterung bei Rückkauflassungsvormerkung regelmäßig eintragungsfähig*)

Sind nach der Vereinbarung der Beteiligten hinsichtlich des durch Vormerkung gesicherten Rückkauflassungsanspruchs Rückstände nicht ausgeschlossen, ergibt die Auslegung regelmäßig, daß die Wirkung der Vormerkung zeitlich nicht auf den Tod des Berechtigten befristet ist. Eine vereinbarte Löschungserleichterung ist dann gem. § 23 GBO eintragungsfähig.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

Beschluß des AG München vom 29.6.1992, Gz: Forstenried Bd 50 Bl. 1822, mitgeteilt von Notar *Dr. Eduard Wufka*, Starnberg.

Aus dem Tatbestand:

Zu notarieller Urkunde überließ die Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes diesen an ihre Tochter. In der Urkunde ist eine Rückübertragungsverpflichtung der Erwerberin normiert. Es heißt dort:

Der Erwerber verpflichtet sich, den Erwerbsgegenstand auf Verlangen des Veräußerers auf diesen zum Alleineigentum und, soweit Herr Z. den Veräußerer überleben sollte, auf letztere Person auf deren Verlangen zum Alleineigentum aufzulassen, wenn der Erwerbsgegenstand zu Lebzeiten des Veräußerers ohne dessen Zustimmung bzw. beim Vorversterben des Veräußerers ohne Zustimmung der obengenannten Person zu deren Lebzeiten veräußert oder belastet.

Weiter heißt es dort:

Das hier eingeräumte Recht ist ein persönliches Recht und weder übertragbar noch vererblich, es sei denn, einer der oben genannten Fälle ist eingetreten und der Berechtigte hat sein Recht durch Absendung eines eingeschriebenen Briefes oder durch Klageerhebung geltend gemacht.

In derselben Ziffer der Urkunde ist die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung dieses Anspruches bewilligt samt dem Vermerk, daß zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des betreffenden Berechtigten genügen soll.

Die Rechtspflegerin beim Amtsgericht M. — Grundbuchamt — verlangte mit Zwischenverfügung vom 19.5.1992 eine Anpassung des Antrages dahingehend, daß die Eintragung der Löschungserleichterung in Wegfall gerate. Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Erinnerung des Urkundsnotars, welcher die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die Erinnerung ist gem. § 11 Abs. 2 RpfLG statthaft und auch im übrigen zulässig. Sie hat in der Sache Erfolg:

Die beantragte Löschungserleichterung ist gem. § 23 GBO eintragungsfähig, da es sich um ein Recht handelt, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und bei dem Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind. Die Beschränkung des Rechtes selbst ergibt sich aus der Urkunde; es handelt sich um eine rechtsgeschäftliche Beschränkung.

Nicht beschränkt ist dagegen die Auflassungsvormerkung als solche. Insbesondere kann eine Beschränkung der Wirkung der Auflassungsvormerkung nicht aus der Bewilligung der Löschungserleichterung nach § 23 GBO herausgelesen werden, da sonst die direkte Folge der Bewilligung der Eintragung einer solchen Löschungserleichterung deren Unzulässigkeit wäre.

Im übrigen ist schon nach dem Wortlaut der Bewilligung eine derartige Auslegung nicht tragfähig: Der Wille der Parteien geht erkennbar dahin, daß auch in dem Fall, daß der Veräußerer verstorben ist, vor seinem Tode jedoch seinen Anspruch noch geltend gemacht hat, die Vormerkung grei-

fen soll. Rückstände von Leistungen sind deswegen nicht ausgeschlossen, weil in dem soeben beschriebenen Fall der Erwerber noch verpflichtet ist, an den Erben des Veräußerers den Grundbesitz herauszugeben.

Die vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 26.3.1992 (V ZB 16/91 [= MittBayNot 1992, 193]) aufgestellten Grundsätze greifen hier schon deswegen nicht, weil die Hauptvoraussetzung — Beschränkung der Vormerkungswirkung auf die Lebenszeit des Beteiligten — hier nicht gegeben ist.

14. BGB §§ 2325 Abs. 2 Satz 2, 2311 (Pflichtteilsergänzung bei Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt)

- a) **Hat der Erblasser ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt weggeschenkt, dann ist für den maßgebenden Stichtag gem. § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Vergleichsrechnung nötig. Dabei sind gegenüberzustellen der Grundstückswert zur Zeit der Schenkung (umgerechnet unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes auf den Erbfall) und derjenige zur Zeit des Erbfalls; der Nießbrauch bleibt hier zunächst unberücksichtigt.**
- b) **Ist danach die Zeit der Schenkung als Bewertungsstichtag maßgebend, dann ist im Grundsatz die Differenz zwischen Grundstücks- und Nießbrauchswert zu bilden und nach dem Kaufkraftschwund auf den Todestag umzurechnen.**

BGH, Urteil vom 8.4.1992 — IV ZR 2/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist die nichteheliche Tochter des am 22.2.1987 verstorbenen Ingenieurs M. (Erblasser) und dessen einziger Abkömmling. Dieser hatte mit seiner Ehefrau am 10.11.1967 einen Erbvertrag geschlossen, durch den sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und die Beklagte zur Alleinerbin des überlebenden Ehegatten beriefen. Die Beklagte ist eine nichteheliche Tochter der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers. Die Vaterschaft hat der ehemalige Verlobte anerkannt, der während des Krieges gefallen ist.

Mit der Klage beansprucht die Klägerin ihren Pflichtteil sowie Pflichtteilsergänzung. Sie hat vor dem Landgericht zuletzt Zahlung von 100.000 DM nebst Zinsen begehrt. Den Pflichtteilsergänzungsanspruch stützt die Klägerin darauf, daß der Erblasser und dessen Ehefrau aufgrund Vertrages vom 1.2.1978 ihr Hausgrundstück der Beklagten geschenkt hätten. Hier sei der Wert des hälftigen Miteigentumsanteils des Erblassers von 147.500 DM beim Erbfall anzusetzen.

Das Landgericht hat den Wert des Nachlasses beim Erbfall mit 52.873,83 DM zugrunde gelegt, hat der Klägerin einen Pflichtteilsanspruch von 26.436,92 DM zugebilligt und einen Pflichtteilsergänzungsanspruch verneint. Es hat die Beklagte nach Abzug einer Zahlung von 11.295,09 DM zu einer weiteren Zahlung von 15.141,43 DM nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieser zusätzlich einen Pflichtteilsergänzungsanspruch von (112.648,35 DM : 2 =) 56.324,17 DM zugebilligt und der Klage unter Berücksichtigung unstreitiger weiterer Zahlungen von insgesamt 21.295,09 DM mit einem Betrag von insgesamt 61.466 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten hat der Senat nur wegen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs angenommen; insoweit führte die Revision zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils und zu einer eigenen Sachentscheidung des Senats.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht sieht die Übertragung des Hälfteanteils des Erblassers an dem Hausgrundstück an die Beklagte aufgrund des Übergabevertrages vom 1.2.1978 als Schenkung an. Es bewertet diesen für die Zeit der Schenkung (ohne Rücksicht auf den Nießbrauch) mit 85.000 DM

und rechnet diesen Betrag unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes bis zum Erbfall um auf 112.648,35 DM. Dieser Betrag sei maßgebend, da der Hälfteanteil beim Erbfall mehr wert gewesen sei.

Diese Vergleichsrechnung stimmt mit dem Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB überein, weil der Nießbrauch bei der Feststellung des maßgebenden Niederstwertes zunächst unberücksichtigt bleiben muß. Denn der Vorteil beim Beschenkten, der darin liegt, daß der Nießbrauch mit dem Tode des Erblassers endet, beruht auf einem *substantiellen* Zuwachs des Geschenks. Er fällt damit nicht unter diejenigen Wertsteigerungen, die § 2325 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB dem Erben vorbehalten will und die dem Pflichtteilsberechtigten daher nicht zugute kommen.

Soweit das Berufungsgericht aber den Wert des Nießbrauchs an dem Grundstück, den die Beklagte dem Erblasser und dessen Ehefrau gleichzeitig eingeräumt hatte, gänzlich außer acht lassen will, stimmt sein Urteil, wie die Revision mit Recht rügt, mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht überein.

Nach der Rechtsprechung des Senats sind im Rahmen der Pflichtteilsergänzung gem. §§ 2325, 2329 BGB Schenkungen, bei denen dem Schenker die Nutzungen des verschenkten Gegenstandes verbleiben, lediglich in dem Umfang in Ansatz zu bringen, in dem der Wert des weggeschenkten Gegenstandes den Wert der kapitalisierten verbliebenen Nutzungen überstieg. Das gilt unabhängig davon, ob der Schenker sich Nießbrauch vorbehält oder ob dieser wie eine Gegenleistung des Beschenkten oder eine Auflage an ihn formuliert ist. Der Senat hat diese Praxis zuletzt in dem Urteil vom 30.5.1990 (IV ZR 254/88 [= DNotZ 1991, 902]) einer erneuten Prüfung unterzogen mit dem Ergebnis, daß an ihr festgehalten werden muß.

2. Der vorliegende Fall bildet keinen Grund, von ihr abzugehen.

Die beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 14.3.1990 (BGHZ 111, 8 [= DNotZ 1991, 496]) und vom 30.5.1990 (XII ZR 75/89 [= MittBayNot 1990, 356]; ebenso Urteil vom 27.6.1990 — XII ZR 95/89 [= MittBayNot 1990, 358]), auf die das Berufungsgericht sich stützen will, sind nicht einschlägig. Sie betreffen die Berechnung des Zugewinnausgleiches nach Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und tragen dem Sinn und Zweck des § 1374 Abs. 2 BGB Rechnung. Diese Vorschrift und ihre Grundgedanken haben jedoch im Rahmen der Pflichtteilsergänzung keine Bedeutung.

3. Die Kritik, die *Reiff* (FamRZ 1991, 553) inzwischen an der angeführten Rechtsprechung des Senats geübt hat, ist nicht berechtigt.

Reiff übersieht, daß auch der Senat den „Substanzzuwachs“, den das Geschenk für den Beschenkten zwischen der Überweisung an ihn und dem Ende des Nießbrauchs infolge der fortschreitenden Abnahme der Lebenserwartung des Berechtigten stetig erfährt, berücksichtigt. Er bezieht in die Bewertung des Geschenkes nicht nur das sogenannte nackte Eigentum, sondern auch die künftige Nutzungsbefugnis des Beschenkten ein.

Allerdings gebietet die Stichtagsregelung des § 2325 Abs. 2 BGB, wenn dessen Satz 2 Halbsatz 2 eingreift, dabei auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der dinglichen Vollziehung der Schenkung abzustellen. Daß dieser Ansatz zutrifft, zeigt sich besonders deutlich, wenn der Schenker den Nieß-

brauch an dem weggeschenkten Grundstück sich nicht selbst vorbehält, sondern (an eine andere Person) ebenfalls wegschenkt (vgl. den Fall in BGHZ 85, 274, 286, zitiert in WM 1990, 1637, 1638; siehe auch *Reiff*, Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt S. 236). In einem solchen Fall sind selbstverständlich *beide* Schenkungen in die Ergänzungsrechnung einzustellen; erst beide Schenkungsgegenstände zusammengenommen stellen die in mehrere Hände weggegebene Sachsubstanz dar. Demgemäß entspricht die Summe der Werte des Nießbrauchs einerseits und des mit ihm belasteten Grundstücks andererseits dem Gesamtwert des (unbelasteten) Grundstücks. Daß der Wert des belasteten Grundstücks am Stichtag deshalb entsprechend geringer ist als derjenige des vom Nießbrauch entlasteten Grundstücks, liegt auf der Hand. Im Prinzip ändert sich an dieser Erkenntnis aber auch dann nichts, wenn der Erblasser den Nießbrauch nicht wegschenkt, sondern — wie hier — selbst behält. Denn der Pflichtteilsberechtigte ist entgegen der Auffassung von *Reiff* gerade nicht so zu stellen, als befände sich der weggeschenkte Gegenstand noch im Nachlaß. Er muß vielmehr so stehen, als sei der Gegenstand zur Zeit der dinglichen Vollziehung der Schenkung in Geld umgesetzt worden; nur der dabei hypothetisch erzielte Erlös (= Wert) ist dem Nachlaß hinzuzurechnen (§ 2325 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB). Einem Erblasser, der den Nießbrauch an seinem weggegebenen Grundstück vorerst noch hat, verbleibt damit vorübergehend noch ein Teil der Grundstückssubstanz. Diese hat auch in seiner Hand einen wirtschaftlichen Wert. Er kann sich im Laufe der Zeit in seinem Vermögen, etwa in Form von angesammelten Miet- oder Pachtzinsen oder von ersparten Aufwendungen für eine sonst erforderliche Mietwohnung, niederschlagen und kommt insofern seinen Erben und auch den Pflichtteilsberechtigten zugute. Wie sich der Nießbrauchsvorbehalt auf den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 Halbsatz 1 BGB auswirkt, ist hier nicht zu entscheiden.

4. Hiernach ergibt sich, daß der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zugrundegelegte Wert des an die Beklagte verschenkten Grundstücks von 170.000 DM um den Wert des Nießbrauchs zur Zeit der Schenkung zu vermindern ist. Diesen letzteren Wert hat das Landgericht aufgrund des von ihm eingeholten Sachverständigengutachtens rechtsfehlerfrei mit 97.000 DM bewertet. Nach Abzug dieses Betrages ergibt sich ein Schenkungswert von 73.000 DM, von dem die Hälfte, nämlich 36.500 DM, auf die Schenkung des Halfteils des Erblassers entfallen, was unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes bis zum Erbfall nach dem unbedenklichen Umrechnungsfaktor des Berufungsgerichts einem Betrag von 48.372,53 DM entspricht.

Auch in dieser Höhe kann der Klägerin aber Pflichtteilsergänzung nicht zugebilligt werden. Das Berufungsgericht hat nämlich nicht berücksichtigt, daß die Beklagte und ihr Ehemann Aufwendungen auf das Grundstück gemacht haben, und zwar nach den Feststellungen des Landgerichts vor der Übergabe an die Beklagte in Höhe von 33.355 DM. Diese Aufwendungen müssen der Beklagten zugute kommen, da sich der Grundstückswert hier entsprechend erhöht hat, allerdings im Hinblick auf die (nur) hälftige Beteiligung des Erblassers am Grundstück lediglich in Höhe von 16.677,50 DM. Demgegenüber müssen die Aufwendungen für die Zeit nach der Übergabe entgegen der Auffassung der Revision schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil das Berufungsgericht mit Recht auf den Wert zur Zeit der Übergabe abstellt.

15. EGBGB Art. 236 § 1, Art. 25 Abs. 1, Art. 235 § 1; BGB §§ 1945, 1950, 133, 116 Satz 2 (*Ausschlagung und Anfechtung der Ausschlagung einer Erbschaft, welche auch Immobilienvermögen auf dem Gebiet der ehemaligen DDR umfaßte*)

1. **Hat ein vor dem 1. 1. 1976 in der Bundesrepublik Deutschland verstorbener Erblasser Immobilienvermögen auf dem Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik hinterlassen, so ist eine Nachlaßspaltung nicht eingetreten. Das in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik belegene Immobilienvermögen ist daher von einer Erbschaftsausschlagung erfaßt worden, die gegenüber einem Nachlaßgericht in der Bundesrepublik Deutschland erklärt worden ist.**
2. **Bei der Auslegung einer Ausschlagungserklärung ist auf das Verständnis desjenigen Personenkreises abzustellen, der von der Ausschlagung rechtlich betroffen wird. Dies gilt auch für die Frage, ob eine Teilausschlagung erklärt ist.**
3. **Die Ausschlagung einer Erbschaft ist nicht wegen eines geheimen Vorbehalts nichtig, wenn der Erbe entgegen dem Wortlaut seiner Ausschlagungserklärung nur hinsichtlich des im Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik gelegenen Grundvermögens ausschlagen, hinsichtlich weiterer in der Bundesrepublik Deutschland belegener Nachlaßgegenstände aber die Erbschaft annehmen wollte, und das Nachlaßgericht davon Kenntnis hatte.**

BayObLG, Beschluß vom 19. 3. 1992 — BReg 1 Z 56/91 = BayObLGZ 1992 Nr. 16 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die am 1. 9. 1974 im Landkreis Forchheim verstorbene Erblasserin hinterließ Grundbesitz auf dem Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik. Sie war verwitwet und hatte vier Kinder. Die beiden älteren Söhne der Erblasserin sind seit 1943 kriegsvermißt; vom einen Sohn stammt die Enkelin F. ab, vom anderen ein im Gebiet der früheren Deutschen Demokratischen Republik lebender Enkel. Die Tochter der Erblasserin ist ohne Abkömmlinge nachverstorben und von ihrem Bruder R., dem Beteiligten, allein beerbt worden. Dieser ist der dritte Sohn der Erblasserin; er hat vier Kinder. Die frühere Deutsche Demokratische Republik hatte er im Jahr 1958 ohne Genehmigung verlassen.

Die Erblasserin hinterließ eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene letztwillige Verfügung . . .

Das Schriftstück lautet:

Mein letzter Wille!

Meine bewegliche Habe . . ., mein Prämiensparbuch . . . sowie restliche Aktien hinterlasse ich meinem Sohn R. . . .

Mein $\frac{7}{12}$ Anteil an den Häusern in Dresden . . . sowie die Hypothek . . . sollen meine Tochter . . . und mein Sohn R. erben. Im Falle der Ablehnung des Dresdner Erbes setze ich meine Enkelin F. ein. . . .

Das Testament wurde am 23. 9. 1974 vom Nachlaßgericht eröffnet und verkündet. Der anwesende Beteiligte erklärte, bezüglich des Prämiensparbuchs habe die Erblasserin verfügt, daß das Guthaben nach ihrem Tod an ihn ausgezahlt werden solle; dieser Betrag falle somit nicht in den Nachlaß. Außer dem $\frac{7}{12}$ Anteil an den Häusern in Dresden habe die Erblasserin weiteren Nachlaß nicht hinterlassen; ihre persönlichen Gegenstände seien alt und wertlos. Bezüglich der Erbschaftsannahme wolle er sich noch nicht äußern; eine eventuelle Ausschlagung beziehe sich nur auf die Erbschaft bezüglich des $\frac{7}{12}$ Hausbesitzanteils in Dresden.

Mit notariell beglaubigter Urkunde vom 28. 10. 1974, beim Nachlaßgericht eingegangen am 30. 10. 1974, erklärte der Beteiligte, er schlage die Erbschaft nach seiner Mutter aus, gleich aus welchem Berufsgrund, und zwar deshalb, „weil der Nachlaß lediglich aus Anteilen an Grundbesitz in Dresden besteht, dessen Wert unbe-

stimmt und der möglicherweise bereits überschuldet ist, wobei irgendeine Verwertung angesichts der ungeklärten vermögensrechtlichen Verhältnisse mit der DDR nicht möglich ist". In der gleichen Urkunde erklärten der Beteiligte und seine Ehefrau namens ihrer vier minderjährigen Kinder die Ausschlagung für den Fall, daß die weiteren Testamentserven ebenfalls die Erbschaft nicht annehmen und gesetzliche Erbfolge eintreten sollte.

Die Tochter der Erblasserin hat am 5. 11. 1974 zur Niederschrift des ersuchten Nachlaßgerichts an ihrem Wohnort die Erbschaft ausgeschlagen. Auch die in Schweden lebende Enkelin F. hat für sich und mit Zustimmung ihres Ehemanns für ihre minderjährigen Kinder die Ausschlagung erklärt.

Mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 1. 10. 1990, beim Nachlaßgericht eingegangen am 4. 10. 1990, hat der Beteiligte die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach er aufgrund letztwilliger Verfügung neben seiner Schwester Miterbe zur Hälfte geworden sei. Er macht geltend, seine Ausschlagung sei unwirksam, weil sie nach Fristablauf erklärt worden sei. Das Nachlaßgericht hat den Erbscheinsantrag durch Beschluß vom 13. 11. 1990 zurückgewiesen, weil die Ausschlagung wirksam erklärt und nicht angefochten sei. Hiergegen hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt und nunmehr Erbscheinsantrag gestellt, wonach er Alleinerbe seiner Mutter geworden sei, hilfsweise Miterbe zur Hälfte. Mit einem am 4. 1. 1991 beim Nachlaßgericht eingegangenen Schriftsatz führte er aus, er habe die Ausschlagung aus allen Rechtsgründen angefochten, und legte die von seinem Verfahrensbevollmächtigten beglaubigte Abschrift einer Anfechtungserklärung vom 28. 12. 1990 vor. Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 9. 1. 1991 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Landgericht vorgelegt. Das Original der Anfechtungserklärung ist am 15. 2. 1991 vom Nachlaßgericht an die Beschwerdekammer weitergeleitet worden. Das Landgericht hat den Beteiligten persönlich angehört und einen Grundbuchauszug für die Nachlaßgrundstücke eingeholt. Durch Beschluß vom 14. 8. 1991 ist die Beschwerde zurückgewiesen worden. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel kann keinen Erfolg haben. Der Beteiligte ist wegen § 1953 Abs. 1 BGB nicht Erbe seiner Mutter geworden, denn er hat die Erbschaft wirksam ausgeschlagen und die Anfechtung der Ausschlagungserklärung greift nicht durch.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: (...)

2. Die landgerichtliche Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) stand.

a) Das Landgericht hat berücksichtigt, daß der zu beurteilende Sachverhalt Beziehungen zum Recht der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik aufwies und daß es daher das anzuwendende Recht ermitteln mußte, wobei die im Zeitpunkt seiner Entscheidung geltenden Kollisionsnormen heranzuziehen waren (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB in entspr. Anw., BayObLGZ 1991, 103/104 f.). Da die Erblasserin vor dem 3. 10. 1990 verstorben ist, bleibt gem. Art. 236 § 1 EGBGB das bisherige internationale Privatrecht anwendbar. Dies gilt entsprechend für das frühere innerdeutsche Kollisionsrecht, das in der Bundesrepublik Deutschland darin bestand, das EGBGB entsprechend anzuwenden (BayObLGZ 1991, 103/107 m. w. N.). Da die Erblasserin in der Bundesrepublik Deutschland gelebt hatte, unterlag die Rechtsnachfolge von Todes wegen in entsprechender Anwendung der Art. 24, 25 Abs. 1 EGBGB a. F. (vgl. Art. 220 Abs. 1 EGBGB) grundsätzlich dem Recht der Bundesrepublik. Der Erbfall ist vor dem 1. 1. 1976 und damit vor dem Inkrafttreten der besonderen Vorschriften (Art. 3 Abs. 3 EGBGB in entsprechender Anwendung) eingetreten, die die ehemalige Deutsche Demokratische Republik in § 25 Abs. 2 des Gesetzes über die Anwendung des Rechts auf internationale zivil-, familien- und arbeitsrechtliche Beziehungen sowie auf internationale Wirtschaftsverträge — Rechtsanwendungsgesetz — (RAG) vom 5. 12. 1975 (Gesetzblatt Teil I Nr. 46 S. 748 f.) für den in

ihrem Gebiet belegenen unbeweglichen Nachlaß erlassen hatte. Zu einer Nachlaßspaltung (vgl. BayObLGZ 1991, 103/105) hinsichtlich des auf dem Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik gelegenen Immobilienvermögens der Erblasserin ist es daher nicht gekommen (OLG Frankfurt a. Main Rpfleger 1991, 368/369; *Palandt/Edenhofer* BGB 51. Aufl. Art. 235 § 1 EGBGB Rdnr. 8; *Palandt/Heldrich* Art. 25 EGBGB Rdnr. 23; MünchKomm/Birk BGB 2. Aufl. Art. 25 EGBGB Rdnr. 366 und 371; MünchKomm/Leipold Art. 235 EGBGB Rdnr. 652, 654; *Köster* Rpfleger 1991, 97/101; *Rau* DtZ 1991, 19; *Adlerstein/Desch* DtZ 1991, 193/199; *Schotten/Johnen* DtZ 1991, 225/227; *Böhringer* Rpfleger 1991, 275/276). Dies hat das Landgericht erkannt.

b) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, daß die Ausschlagung der Erbschaft wirksam erklärt worden ist.

aa) Die Form der Ausschlagung (§ 1945 Abs. 1 BGB) war eingehalten. Die notariell beglaubigte (§ 129 Abs. 1 BGB) Ausschlagungserklärung des Beteiligten vom 28. 10. 1974 ist am 30. 10. 1974 beim Amtsgericht Forchheim eingegangen, das gem. §§ 72, 73 Abs. 1 FGG das zuständige Nachlaßgericht war.

bb) Die Ausschlagung ist innerhalb der Frist des § 1944 BGB erklärt worden. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Ausschlagungsfrist für den Beteiligten gem. § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB am 23. 9. 1974 durch die in seiner Gegenwart erfolgte Verkündung des Testaments in Lauf gesetzt worden ist (BGH NJW 1991, 169/170). Entgegen der Meinung des Beteiligten hat hier außer Betracht zu bleiben, daß er gem. § 1924 Abs. 1 und 4 BGB auch kraft Gesetzes zum Erben seiner Mutter berufen war. Die Kenntnis des Berufungsgrundes erfordert nämlich, daß der Erbe weiß, ob er kraft Gesetzes zur Erbschaft berufen ist oder ob die Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen bestimmt ist. Wer durch Gesetz zum Erben berufen ist, dem muß daher auch bekannt sein, daß keine letztwillige Verfügung vorhanden ist, die die gesetzliche Erbfolge ausschließt (BayObLG NJW 1953, 1431/1432 und MittRhNot 1979, 159/161 jeweils m. w. N.; *Palandt/Edenhofer* § 1944 Rdnr. 6; BGR-RGRK/Johannsen 12. Aufl. § 1944 Rdnr. 3). Der Beteiligte wußte, daß die Erblasserin eine letztwillige Verfügung errichtet hatte. Für den Beginn der Ausschlagungsfrist kam es deshalb nicht darauf an, daß ihm die für die gesetzliche Erbfolge maßgebenden Tatsachen schon vor der Verkündung der letztwilligen Verfügung bekannt gewesen sind.

cc) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht angenommen, daß die Ausschlagung nicht gem. § 1950 BGB als Teilausschlagung unwirksam ist. Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Inhalt der vom Beteiligten abgegebenen Ausschlagungserklärung wie bei jeder Willenserklärung durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist (BayObLGZ 1967, 33/37 und 1977, 163/167 f.). Die Auslegung selbst obliegt grundsätzlich dem Gericht der Tatsacheninstanz. Sie darf vom Gericht der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler überprüft werden, nämlich ob sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLGZ 1988, 42/47 zur Testamentsauslegung). Solche Fehler sind dem Landgericht nicht unterlaufen.

(1) Das Beschwerdegericht hat auf den Wortlaut der notariell beglaubigten Erklärung vom 28. 10. 1974 abgestellt, nämlich

daß der Beteiligte „die Erbschaft“ ausgeschlagen und zur Begründung angeführt habe, der Nachlaß bestehe „lediglich aus Anteilen an Grundbesitz in Dresden“. Es hat daraus entnommen, die Ausschlagung habe sich auf den gesamten Nachlaß bezogen. Diese Auslegung ist nach dem Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht nur möglich, sondern sogar naheliegend.

(2) Die gegenüber dem Nachlaßgericht zu erklärende Ausschlagung ist amtsempfangsbedürftig, deshalb kommt es bei ihrer Auslegung nicht lediglich darauf an, was erklärt werden wollte, sondern darauf, was erkennbar erklärt wurde (BayObLGZ 1967, 33/37 und 1977, 163/168 m. w. N.; *Soergel/Stein* BGB 11. Aufl. Rdnr. 4; *Staudinger/Otte/Marotzke* BGB 12. Aufl. Rdnr. 2, jeweils zu § 1945). Die Abgabe der Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlaßgericht dient der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Das Nachlaßgericht ist die Sammelstelle für die auf den Nachlaß bezüglichen Erklärungen und Urkunden, damit jeder Nachlaßbeteiligte sich jederzeit Gewißheit über die wesentlichen Rechtsverhältnisse am Nachlaß verschaffen kann (BayObLGZ 1989, 327/331; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 72 Rdnr. 13; BGB-RGRK/*Johannsen* vor § 1942 Rdnr. 12). Als Nachlaßbeteiligte kommen alle Personen in Betracht, die von der Ausschlagung rechtlich betroffen werden, insbesondere Miterben, Nächsterufene und Nachlaßgläubiger (MünchKomm/*Leipold* § 1953, Rdnr. 16; *Soergel/Stein* § 1945 Rdnr. 3). Auf das Verständnis dieses unbestimmten Personenkreises ist für die Auslegung der Ausschlagungserklärung abzustellen (vgl. *Palandt/Heinrichs* § 133 Rdnr. 12). Den Nachlaßbeteiligten ist in der Regel nur der Inhalt der Ausschlagungserklärung als solcher zugänglich, zu deren Einsicht sie gem. § 1953 Abs. 3 Satz 2 BGB berechtigt sind. Umstände, die nicht aus der Urkunde ersichtlich und nicht allgemein bekannt sind, dürfen daher bei der Auslegung nicht herangezogen werden (vgl. *Larenz* Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. § 19 II c).

(3) Das Landgericht hat zur Auslegung auch die Erklärungen herangezogen, die der Beteiligte bei der Nachlaßverhandlung vom 23. 9. 1974 abgegeben hat. Dies könnte zu Bedenken Anlaß geben, weil die Ausschlagung selbst nicht während der Nachlaßverhandlung zur Niederschrift des Rechtspflegers erklärt worden ist, sondern in einer gesonderten Urkunde, die nachträglich beim Nachlaßgericht eingereicht wurde und keine Bezugnahme auf die vom Beteiligten in der Nachlaßverhandlung abgegebenen Erklärungen enthält. Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung beruht jedoch nicht auf der Heranziehung von Umständen, die in der Ausschlagungserklärung selbst keinen Niederschlag gefunden haben. Das Landgericht hat nämlich die Äußerungen des Beteiligten zum Vorhandensein und dem rechtlichen Schicksal eines Prämiensparguthabens der Erblasserin, die in der Niederschrift über die Nachlaßverhandlung enthalten sind, lediglich als Bestätigung des Auslegungsergebnisses gewertet, das es aus dem Wortlaut und Sinn der Ausschlagungserklärung selbst rechtsfehlerfrei gewonnen hatte.

(4) Das Landgericht hat auch keine wesentlichen Umstände übersehen. Da der Beteiligte in der für die Auslegung maßgeblichen Urkunde vom 28. 10. 1974 ausdrücklich erklärt hatte, der Nachlaß bestehe „lediglich aus Anteilen an Grundbesitz in Dresden“, kam es für die Auslegung nicht darauf an, daß in Wirklichkeit noch andere Gegenstände vorhanden waren, etwa die im Testament der Erblasserin erwähnten Aktien oder — wie der Beteiligte erstmals im

Rechtsbeschwerdeverfahren vorträgt — weitere Sparbücher der Erblasserin. Ein Vorbehalt des Beteiligten, insoweit nicht ausschlagen zu wollen, ist gem. § 116 Satz 1 BGB unbeachtlich.

dd) Die Ausschlagung wäre auch nicht nichtig, wenn das Nachlaßgericht davon Kenntnis gehabt hätte, daß neben dem Grundbesitz in Dresden noch weitere Vermögensgegenstände der Erblasserin in den Nachlaß fielen. Der Beteiligte hat hierzu eine Erklärung des Rechtspflegers vorgelegt, der die Nachlaßverhandlung vom 23. 9. 1974 geleitet hat. Dieser hat sich zwar an die Regelung der Nachlaßsache nicht mehr im einzelnen erinnern können, aber mitgeteilt, es sei bei der Ausschlagung von Grundstücken in der ehemaligen DDR allgemein üblich gewesen, „den Erben behilflich zu sein und in der BRD befindliche Güter und Wertsachen mit der Begründung durch den § 331 BGB aus dem Nachlaß herauszulösen“. Ob diese Verfahrensweise in der vorliegenden Nachlaßsache angewendet worden ist, kann dahinstehen. Die Vorschrift des § 116 Satz 2 BGB ist nämlich auf die Ausschlagungserklärung nicht anwendbar, weil das Nachlaßgericht zwar Erklärungsempfänger, aber materiell nicht beteiligt ist (MünchKomm/*Leipold* Rdnr. 2; *Soergel/Stein* Rdnr. 3, jeweils zu § 1945; *Palandt/Heinrichs* § 116 Rdnr. 4; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. § 8 VII 1 c; *Pohl* AcP 177, 52/62 f.).

c) Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung greift schon deswegen nicht durch, weil die Frist des § 1954 Abs. 1 und 2 BGB nicht eingehalten ist. Der Senat darf dies berücksichtigen, obwohl das Landgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, denn die maßgeblichen Tatsachen ergeben sich unzweideutig aus den Akten (*Jansen* § 27 Rdnr. 38).

aa) Die Anfechtung kann gem. § 1955 Satz 2, § 1945 Abs. 1 BGB in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden; sie hat gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen (§ 1955 Satz 1 BGB). Diese Formvorschriften sind erst mit der Übersendung des Originals der notariell beglaubigten Urkunde vom 28. 12. 1990 an das Nachlaßgericht gewahrt worden. Die Übermittlung einer vom Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten beglaubigten Abschrift der Anfechtungserklärung genügt nicht, weil sie nicht der Form des § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprach (*Palandt/Edenhofer* § 1945 Rdnr. 6; *Palandt/Heinrichs* § 129 Rdnr. 2).

bb) Aus den Akten ist nicht ersichtlich, wann die notariell beglaubigte Anfechtungserklärung beim Nachlaßgericht eingegangen ist. Daß die Urkunde dem Nachlaßgericht am 15. 2. 1991 vorgelegen hat, ergibt sich aus ihrer an diesem Tag vorgenommenen Weiterleitung an das Beschwerdegericht. Andererseits ergibt sich aus dem Nichtabhilfebeschluß des Nachlaßgerichts vom 9. 1. 1991, dessen Begründung unter Nr. 4 auf den Formmangel der Anfechtung hinweist, daß zu diesem Zeitpunkt nur die anwaltlich beglaubigte Ablichtung vorgelegen hat. Die gesonderte Weiterleitung der Anfechtungserklärung spricht dafür, daß diese beim Nachlaßgericht erst nach der am 25. 1. 1991 erfolgten Vorlage der Akten an das Beschwerdegericht eingegangen ist. Zugunsten des Beteiligten legt der Senat jedoch den 10. 1. 1991 als frühestmöglichen Tag des Eingangs der Anfechtungserklärung beim Nachlaßgericht seiner Entscheidung zugrunde. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch die sechswöchige Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 1 BGB für jeden der geltend gemachten Anfechtungsgründe bereits verstrichen.

cc) Die Anfechtungsfrist beginnt gem. § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB im Fall der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Wegfall der Zwangslage, im übrigen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt.

(1) Soweit der Beteiligte seine Anfechtung darauf gestützt hat, daß der bei Abgabe seiner Ausschlagungserklärung von ihm erwartete Fortbestand der „ungeklärten Vermögensverhältnisse mit der DDR“ nicht eingetreten sei und daß seine Angst vor Repressalien gegen übergesiedelte Bürger der ehemaligen DDR entfallen sei, braucht nicht näher untersucht zu werden, welcher Zeitpunkt für den Beginn der Anfechtungsfrist in Betracht kommt (vgl. zur Anfechtung wegen Irrtums LG Berlin NJW 1991, 1238/1240; *Palandt/Edenhofer* § 1954 Rdnr. 5): Die erst mehr als drei Monate nach dem Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland erklärte Anfechtung ist im Hinblick auf die Frist des § 1954 Abs. 1 BGB in jedem Fall verspätet.

(2) Soweit der Beteiligte die Anfechtung damit begründet, er habe bei der Ausschlagung irrtümlich angenommen, daß der Grundbesitz in Dresden — der seiner Ausschlagungserklärung zufolge den gesamten Nachlaß darstellte — überschuldet sei, hat er bei seiner Anhörung vor dem Landgericht erklärt, er habe unmittelbar nach einem Besuch seines Sohnes in Dresden nähere Auskünfte über das Grundvermögen und die vorhandenen Belastungen erhalten. Der bei der Anhörung anwesende Sohn des Beteiligten hat dazu angegeben, er habe sich am 17. und 18. 11. 1990 in Dresden aufgehalten. In Anbetracht dessen ist die sechswöchige Anfechtungsfrist jedenfalls in der ersten Januarwoche, spätestens am 4. 1. 1991, abgelaufen und die frühestens am 10. 1. 1991 erklärte Anfechtung verspätet.

dd) Weil es bereits an einer fristgerecht erklärten Anfechtung fehlt, braucht nicht untersucht zu werden, ob einer der geltend gemachten Gründe geeignet sein könnte, eine Anfechtung gem. §§ 119, 123 BGB zu tragen, oder ob es, wie das Landgericht ausgeführt hat, schon an einem rechts- erheblichen Irrtum fehlt (vgl. OLG Frankfurt a. Main Rpfleger 1991, 368/369; LG Berlin NJW 1991, 1238/1240 f.; *Palandt/Edenhofer* § 1954 Rdnr. 4; *Grunewald* NJW 1991, 1208/1212; *Wasmuth* DNotZ 1992, 3/12; *Köster* Rpfleger 1991, 97/99).

d) Zu Unrecht rügt die Rechtsbeschwerde, das Landgericht habe die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) nicht beachtet, als es die Wirksamkeit der Ausschlagung bejaht habe. Diese Grundsätze kommen nur für die Fälle des beiderseitigen oder des einseitigen, aber ausnahmsweise der Gegenseite bekannten oder erkennbaren Irrtums in Betracht, nicht aber für den streng einseitigen Irrtum, der allein im Rahmen des § 119 BGB beachtlich ist (*MünchKommRoth* § 242 Rdnr. 543). Bei der Erbschaftsaus- schlagung fehlt es an einer vertraglichen Geschäftsgrundlage, die von einem rechtserheblichen beiderseitigen Irrtum oder einer der Gegenseite erkennbaren irrigen Annahme beeinflußt sein könnte (vgl. BGH NJW 1970, 1418/1420; OLG Frankfurt a. Main Rpfleger 1991, 368/369; LG Berlin NJW 1991, 1238/1241).

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

16. HGB § 37; FGG § 140 (*Unzulässiger Firmengebrauch*)

1. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so ist es dem Geschäftsinhaber verboten, sich firmenmäßig einer anderen als dieser Bezeichnung zu bedienen.
2. Eine erklärende Hinzufügung zur Firma darf nicht als Firmenbestandteil erscheinen und ist nur erlaubt, wenn die Hinzufügung nach Form und Inhalt unzweideutig als nicht zur Firma gehörig kenntlich ist.
3. Firmenkern und Firmenzusatz machen als rechtliche Einheit zusammen die Firma aus, die stets wie eingetragen zu führen ist. Es ist daher unzulässig, einen Firmenbestandteil im Kopf eines Geschäftsbriefbogens, den Rest der Firma aber nur in der Fußleiste zu führen.

BayObLG, Beschluß vom 6. 2. 1992 — BReg. 3 Z 201/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

17. GmbHG §§ 15 Abs. 3, 17 Abs. 3; BGB 1068 ff. (*Teilnahme- und Stimmrecht bei Nießbrauch an GmbH-Anteilen*)

1. Bestellt ein GmbH-Gesellschafter auf Lebenszeit den Nießbrauch an seinem Geschäftsanteil und überträgt er dem Nießbraucher dabei — mit Zustimmung der Mitgesellschafter — unwiderruflich alle mit dem Anteil verbundenen Rechte, namentlich das Stimmrecht, bleibt er trotzdem Inhaber aller Verwaltungsrechte einschließlich des Stimmrechts.
2. Die in einem solchen Fall als nichtig anzusehende Übertragung des Stimmrechts kann in eine widerrufliche Stimmrechtsvollmacht für den Nießbraucher umgedeutet werden.
3. Will der Gesellschafter im Einzelfall von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen, sondern überläßt er die Ausübung des Stimmrechts dem Nießbraucher, so hat er nur dann ein Recht, neben dem Nießbraucher an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, wenn die Mehrheit der Mitgesellschafter einverstanden ist.

OLG Koblenz, Urteil vom 16. 1. 1992 — 6 U 963/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin ist Gesellschafterin der MRV GmbH. Ihren Geschäftsanteil, der einem Drittel des Stammkapitals von jetzt 14.400.000 DM entspricht, erbe sie von ihrem Vater. Um ein ihr auferlegtes Vermächtnis des Erblassers zu erfüllen, bestellte sie am 13. 11. 1956 zur Niederschrift eines Notars ihrer Stiefmutter auf Lebenszeit den Nießbrauch an dem Geschäftsanteil und ließ außerdem die Erklärung beurkunden, daß sie der Nießbraucherin unwiderruflich die Befugnis übertrage, alle mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Rechte, insbesondere das Stimmrecht, auszuüben. Am selben Tag genehmigte die Gesellschafterversammlung die Bestellung des Nießbrauchs und die weitere Erklärung der Antragstellerin.

In der Folgezeit nahmen die Antragstellerin und die Nießbraucherin immer gemeinsam an den Gesellschafterversammlungen teil und übten auch das Stimmrecht gemeinschaftlich aus. Sie befanden sich regelmäßig in Begleitung des Ehemannes der Antragstellerin, der viele Jahre lang Geschäftsführer der MRV-GmbH war (im folgenden Antragsteller). Waren die Antragstellerin und die Nießbraucherin verhindert, an einer Gesellschafterversammlung teilzunehmen, wurden sie von dem Antragsteller vertreten.

Nachdem die anderen Gesellschafter in jüngster Zeit dem Antragsteller wiederholt die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen verweigert hatten, schenkte die Antragstellerin ihm durch notariellen Vertrag vom 3. 12. 1990 ohne die Zustimmung der Mitgesellschafter

von ihrem Geschäftsanteil einen Teil im Nennbetrag von 500 DM. In § 4 des Gesellschaftsvertrages ist bestimmt, daß die Übertragung von Geschäftsanteilen oder Teilen hiervon keiner Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedarf, wenn der Erwerber der Ehegatte oder ein Abkömmling ist. In anderen Fällen ist die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Mitgesellschafter erforderlich.

Zu der Gesellschafterversammlung am 24. 1. 1991 erhielt nur die Nießbraucherin eine Einladung.

Die Antragsteller haben daraufhin gegen die übrigen Gesellschafter den Erlaß einer einstweiligen Verfügung dahin beantragt, den Antragsgegnern zu untersagen, sie an der Teilnahme an der Gesellschafterversammlung der MRV-GmbH am 24. 1. 1991

- a) als Gesellschafter
- b) und/oder als Bevollmächtigte anderer Gesellschafter
- c) als Bevollmächtigte und/oder Beistände der Nießbraucherin zu behindern.

Durch Beschluß vom 22. 1. 1991 hat das Landgericht ihrem Antrag stattgegeben. Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Antragsteller hatten kein Recht, an der Gesellschafterversammlung vom 24. 1. 1991 teilzunehmen. Soweit sie sich durch die einstweilige Verfügung ein Recht auf Teilnahme als Bevollmächtigte oder als Beistand der Nießbraucherin sichern wollten, hat ihnen die Antragsbefugnis gefehlt.

1. Als Gesellschafterin der MRV-GmbH stehen alle mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte grundsätzlich der Antragstellerin zu. Das gilt insbesondere auch für das Stimmrecht, als dessen Ausfluß sich das Recht auf Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen darstellt. Die Bestellung des Nießbrauchs an dem Geschäftsanteil der Antragstellerin hat diese Rechte unberührt gelassen.

a) Zu Unrecht zweifeln die Antragsgegner an, daß der Nießbrauch wirksam bestellt worden ist.

Die Bestellung des Nießbrauchs am Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters erfolgt nach § 1069 Abs. 1 BGB i. V. m. § 15 Abs. 3 GmbHG durch einen in notarieller Form geschlossenen Vertrag. Diese Form haben die Antragstellerin und ihre Stiefmutter beobachtet. Nur wenn der Geschäftsanteil nach dem Gesellschaftsvertrag unveräußerlich gewesen wäre, hätte das Nießbrauchsrecht nicht wirksam begründet werden können. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden. Die Satzung der MRV-GmbH in der zur Zeit gültigen Fassung (1987) schließt eine Abtretung von Geschäftsanteilen nicht aus, sondern macht diese lediglich von der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der nicht an diesem Rechtsgeschäft beteiligten Gesellschafter abhängig. Daß die im Jahr 1956 geltende Fassung des Gesellschaftsvertrages eine hiervon abweichende Regelung enthielt, läßt sich dem Vortrag der Parteien nicht entnehmen. Dafür gibt es auch sonst keinen Anhaltspunkt. Da in der Gesellschafterversammlung vom 13. 11. 1956 alle stimmberechtigten Gesellschafter die Bestellung des Nießbrauchs genehmigt haben, ist vielmehr anzunehmen, daß damit die Voraussetzung, an die der Gesellschaftsvertrag damals die Übertragung von Geschäftsanteilen knüpfte, erfüllt war. Ob sich der Nießbrauch auf den gesamten Geschäftsanteil der Antragsgegnerin erstreckt, der im Laufe der Zeit durch Kapitalerhöhungen von nominal 5.000 DM auf 4.800.000 DM angewachsen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden (siehe hierzu BGHZ 58, 316, 319; *Zutt* in *Hachenburg*, GmbHG 8. Aufl. Anhang § 15 Rdnr. 63 m. w. N.).

Die Frage, wem bei einer Belastung des Geschäftsanteils mit einem Nießbrauch die Verwaltungsrechte, namentlich das Stimmrecht, zustehen, dem Gesellschafter oder dem

Nießbraucher, ist auch heute noch strittig. Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt dazu, soweit ersichtlich, noch nicht vor. Nach herrschender Ansicht, die nahezu einhellig im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum vertreten wird, verbleiben alle Verwaltungsrechte einschließlich des Stimmrechts als untrennbar mit der Mitgliedschaft verbundene Rechte beim Gesellschafter (so *Zutt* a. a. O., Rdnr. 61; *Winter* in *Scholz GmbH-Gesetz* 7. Aufl. § 15 Rdnr. 192; *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz 15. Aufl. § 15 Rdnr. 52; *Rowedder*, GmbHG 2. Aufl. § 15 Rdnr. 37; *Promberger* in *Staudinger*, BGB 12. Aufl. Anh. zu §§ 1068, 1069, Rdnr. 88; *Stürner* in *Soergel*, BGB 12. Aufl. § 1068 Rdnr. 8; nicht eindeutig *Rothe* in BGB-RGRK 12. Aufl. § 1068 Rdnr. 11). Die Gegenmeinung will dem Nießbraucher jedenfalls das Stimmrecht zugestehen (vgl. *Sudhoff* NJW 1974, 2205, 2207 f.; *Ulmer* in *Staub*, HGB 4. Aufl. § 105 Rdnr. 124, 126; *Petzoldt* in Münchener Kommentar 2. Aufl. § 1068 Rdnr. 36; *Bassenge* in *Palandt* BGB, 50. Aufl. § 1068 Rdnr. 4; *Jauernig*, BGB 6. Aufl. § 1068 Anm. 4.). Der Senat folgt der herrschenden Meinung.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann das Stimmrecht eines GmbH-Gesellschafters ebensowenig wie die übrigen Verwaltungs-(Herrschafts-)rechte von dem Geschäftsanteil losgelöst und selbständig übertragen werden (BGHZ 43, 261, 267; BGH NJW 1968, 396, 397; BGH NJW 1987, 780 für die Aktiengesellschaft). Dies ist überwiegend auch die Auffassung im Schrifttum (zum Stand der Meinungen siehe *Raiser* in *Hachenburg*, GmbHG 8. Aufl. § 14 Rdnr. 32). Mit dem Grundsatz der Untrennbarkeit von Mitgliedschaft und Mitgliedschaftsrechten läßt es sich nicht vereinbaren, dem Nießbraucher das Stimmrecht zuzubilligen.

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil soll dem Nießbraucher das Recht verschaffen, die Nutzungen des Anteils zu ziehen (§§ 1068, 1030 Abs. 1 BGB). Eine Teilhabe an den Verwaltungsrechten sehen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Nießbrauch an Rechten nicht vor, sondern nur für den Nießbrauch am Anteil des Miteigentümers einer beweglichen oder unbeweglichen Sache (§ 1066 Abs. 1 BGB). Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift, die nach § 1068 Abs. 2 BGB grundsätzlich zulässig wäre, verbietet sich nach Meinung des Senats angesichts der grundlegenden Unterschiede, die zwischen dem Miteigentum einer Sache und der Beteiligung an einer GmbH als Gegenstand eines Nießbrauchs bestehen und sich vor allem bei der Ausübung der Verwaltungsrechte zeigen.

Die von GmbH-Gesellschaftern in Angelegenheiten der Gesellschaft unbeschadet in der Satzung verankerter zusätzlicher Kompetenzen allein schon aufgrund ihrer gesetzlichen Beschlußzuständigkeit zu treffenden Entscheidungen können in ihrer Bedeutung und Tragweite über das individuelle finanzielle Interesse des einzelnen Gesellschafters weit hinausgehen und Auswirkungen auf die körperschaftlichen Grundlagen des Geschäftsanteils selbst haben. Anders als bei einer Gemeinschaft von Miteigentümern geht es hier nicht nur um die ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung einer Sache, deren Nutzungen wie bei einem Nießbrauch im Vordergrund des gemeinschaftlichen Interesses stehen. Würde beim Nießbrauch an einem Geschäftsanteil das Stimmrecht als originäres Recht dem Nießbraucher zugestanden, würde dies die Gefahr in sich bergen, daß bei den Entscheidungen der Gesellschafterversammlung zum Nachteil der GmbH ein ertragsorientiertes oder von Gleichgültigkeit bestimmtes Interesse den Aus-

schlag gibt. Der Nießbraucher braucht auch nicht unbedingt das Stimmrecht, um seine Interessen wahrnehmen zu können. Im Innenverhältnis ist der Besteller des Nießbrauchs verpflichtet, bei der Ausübung seines Stimmrechts nach Möglichkeit auf die Interessen des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen (ebenso *Zutt* in *Hachenburg*, GmbHG 8. Aufl. Anh. § 15 Rdnr. 62; *Winter* in *Scholz* GmbH-Gesetz 7. Aufl. § 15 Rdnr. 192; *Baumbach/Hueck* GmbH-Gesetz 15. Aufl. § 15 Rdnr. 52; *Rowedder* GmbHG 2. Aufl. § 15 Rdnr. 37; *Promberger* in *Staudinger*, BGB 12. Aufl. Anh. zu §§ 1068, 1069 Rdnr. 88). Anderenfalls kann er sich ihm gegenüber schadensersatzpflichtig machen.

Aus all dem folgt, daß der bei Bestellung des Nießbrauchs erfolgten und von den damaligen Gesellschaftern der MRV-GmbH genehmigten Übertragung aller mit dem Geschäftsanteil der Antragstellerin verbundenen Rechte, insbesondere des Stimmrechts, auf die Nießbraucherin die rechtliche Anerkennung zu versagen ist. Die Antragstellerin ist Inhaberin sämtlicher Verwaltungsrechte geblieben.

c) Der Senat hat keine Bedenken, die als nichtig anzusehende Übertragung des Stimmrechts gem. § 140 BGB in eine widerrufliche Stimmrechtsvollmacht umzudeuten (siehe hierzu BGHZ 20, 363, 370; BGH NJW 1968, 396, 397; OLG Hamburg, GmbHR 1990, 42). Eine solche Vollmacht wird allgemein für zulässig gehalten. Eine Umdeutung in eine unwiderrufliche und außerdem mit einem Stimmrechtsverzicht der Antragstellerin verbundene Stimmrechtsvollmacht kommt nicht in Betracht, weil dies einer — grundsätzlich unwirksamen — Abtretung des Stimmrechts gleichkäme (vgl. BGH WPM 1976, 1247, 1250 m. w. N.). Im übrigen kann auch nicht angenommen werden, daß die Antragstellerin bei Kenntnis der Nichtigkeit der Stimmrechtsübertragung einen Stimmrechtsverzicht gewollt hätte. Denn sie hat in der Vergangenheit von dem Stimmrecht immer Gebrauch gemacht, auch wenn sie es nur gemeinschaftlich mit der Nießbraucherin ausgeübt hat. Es scheidet auch die Umdeutung in eine bloß unwiderrufliche, aber mit keinem Stimmrechtsverzicht verbundene Stimmrechtsvollmacht aus, weil sie für die Dauer des Nießbrauchsrechts, also bis zum Tode der Nießbraucherin, eine unabänderliche und deshalb unzulässig Verselbständigung des Stimmrechts zur Folge hätte (vgl. BGH a. a. O.).

d) Die Antragstellerin hatte trotzdem kein Recht, an der Gesellschafterversammlung vom 24.1.1991 teilzunehmen, weil sie nicht die Absicht hatte, in dieser Versammlung von ihrem Stimmrecht Gebrauch zu machen. Sie hat vielmehr gleich zu Beginn der Versammlung erklärt, sie werde sich — obgleich anwesend — einer Teilnahme enthalten. Das Recht zur Teilnahme stand daher aufgrund der Stimmrechtsvollmacht allein der Nießbraucherin zu.

Ein doppeltes Teilnahmerecht, also ein Teilnahmerecht sowohl für den Gesellschafter als auch für seinen Bevollmächtigten, kann nach allgemeiner Auffassung nur unter der Voraussetzung anerkannt werden, daß die Mehrheit der Mitgesellschafter mit der gemeinsamen Anwesenheit einverstanden sind (*Hüffer* in *Hachenburg*, GmbHG 8. Aufl., § 48 Rdnr. 18; *Schmidt* in *Scholz*, GmbH-Gesetz 7. Aufl. § 48 Rdnr. 20; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz 15. Aufl., § 48 Rdnr. 4; *Koppensteiner* in *Rowedder*, GmbHG 2. Aufl., § 48 Rdnr. 8). Im Verhältnis zur MRV-GmbH steht es der Antragstellerin jedoch jederzeit frei, selbst an den Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und ihr Stimmrecht auszuüben. Da der Gesellschaftsvertrag eine Vertretung durch rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter nicht ausschließt, kann es ihr andererseits auch nicht verwehrt wer-

den, einen mit Stimmrechtsvollmacht ausgestatteten Bevollmächtigten in die Gesellschafterversammlung zu entsenden, sofern die Person des Bevollmächtigten für die Mitgesellschafter nicht unzumutbar ist. Die Geschäftsführung der MRV-GmbH wird also die durch Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Einladungen zu den Gesellschafterversammlungen an die Antragstellerin schicken müssen; eine Einladung an die Nießbraucherin erübrigt sich.

2. Der Antragsteller hat ein Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung vom 24.1.1991 nicht, wie der Antrag zu lit. b) vermuten lassen könnte, als Bevollmächtigter seiner Ehefrau, der Antragstellerin, sondern als Gesellschafter für sich in Anspruch genommen. Indessen kam ihm die Stellung eines Gesellschafters nicht zu. Die mit dem notariellen Vertrag vom 3.12.1990 beabsichtigte Schenkung eines Teils des Geschäftsanteils seiner Ehefrau im Nennbetrag von 500 DM war nichtig, da sie nicht die erforderliche Zustimmung der übrigen Gesellschafter gefunden hat.

Nach § 17 Abs. 1 GmbHG kann die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nur mit Genehmigung der Gesellschaft stattfinden. Eine Ausnahme von der Genehmigungspflicht kann in dem Gesellschaftsvertrag lediglich für den Fall vorgesehen werden, daß die Veräußerung an andere Gesellschafter erfolgt (§ 17 Abs. 3 GmbHG). Weitergehende statutarische Bestimmungen sind nach allgemeiner Ansicht nichtig (*Zutt* in *Hachenburg* GmbHG 8. Aufl. § 17 Rdnr. 21; *Winter* in *Scholz*, GmbH-Gesetz 7. Aufl. § 17 Rdnr. 18, 29; *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz 15. Aufl. § 17 Rdnr. 13; *Rowedder*, GmbHG 2. Aufl. § 17 Rdnr. 9). Die in § 4 des Gesellschaftsvertrags enthaltene Bestimmung, wonach die Übertragung von Geschäftsanteilen oder Teilen hiervon nicht der Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedarf, wenn der Erwerber der Ehegatte oder ein Abkömmling ist, konnte demzufolge nicht die Grundlage für eine wirksame Übertragung eines Teils des Geschäftsanteils auf den Antragsteller bilden. Darüber besteht zwischen den Parteien jetzt auch kein Streit mehr. Der notarielle Vertrag vom 25.4.1991, mit dem die Antragsteller die Schenkung mit Wirkung vom 1.1.1991 rückgängig machen wollten, mußte seinen Zweck verfehlen, weil dieses Rechtsgeschäft ohnehin unwirksam war.

3. Mit der entsprechend dem Antrag zu lit. c) erlassenen einstweiligen Verfügung wollten die Antragsteller sicherstellen, daß sie an der Gesellschafterversammlung vom 24.1.1991 auch als Bevollmächtigte und/oder Beistände der Nießbraucherin teilnehmen konnten. Einen derartigen Anspruch in eigener Person geltend zu machen, waren sie nicht befugt, weil der Anspruch ungeachtet der Zweifel, denen er in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht begeben muß, allenfalls der Nießbraucherin zugestanden hätte. Daß die Nießbraucherin mit dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung einverstanden war, wie die Antragsteller unwidersprochen vorgebracht haben, reichte keinesfalls für ein Prozeßführungsrecht aus. Die gerichtliche Geltendmachung fremder Ansprüche im eigenen Namen aufgrund einer Ermächtigung durch den Anspruchsinhaber (gewillkürte Prozeßstandschaft) ist nur zulässig, wenn der Prozeßstandschaffer ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des fremden Rechts hat (vgl. BGH NJW-RR 1987, 57, 58 m. w. N.). An einem solchen Interesse hat es den Antragstellern ersichtlich gefehlt.

Nach alledem ist die einstweilige Verfügung aufzuheben und der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

C.

Kostenrecht

18. KostO §§ 156, 39 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 209, 211 (*Verjährungsunterbrechung durch Verfahren gem. § 156 KostO; Geschäftswert bei Übergang von Gesamthands- in Bruchteilsgemeinschaft*)

1. Die Verjährung des Gebührenanspruchs eines Notars wird durch die Einleitung eines Verfahrens nach § 156 KostO unterbrochen, also auch dann, wenn der Kostenschuldner die gerichtliche Überprüfung beantragt. Die Unterbrechung dauert regelmäßig bis zur abschließenden Erledigung des gerichtlichen Verfahrens.
2. Maßgebend für die Wertbestimmung bei notariellen Beurkundungen nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO ist allein der objektive Inhalt der beurkundeten Erklärungen. Ihr Zusammenhang mit anderen Geschäften und das Interesse der Beteiligten an der Beurkundung bleiben außer Betracht.

BayObLG, Beschluß vom 2. 4. 1992 — BReg. 3 Z 197/91 = BayObLGZ 1992 Nr. 17 —, mitgeteilt von Notarassessor Dr. Kössinger, München und Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der im Jahr 1958 verstorbene Erblasser wurde von seinen Kindern A und B (Beteiligte zu 4) beerbt. Am 28. 12. 1987 beurkundete der inzwischen aus dem Amt ausgeschiedene Notar einen Erbauseinandersetzungsvertrag zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 als den Testamentsvollstreckern der Erbengemeinschaft nach dem nachverstorbenen A und der Beteiligten zu 4. Der Vertrag enthält

a) die teilweise Aufhebung der Erbengemeinschaft in Erfüllung einer Teilungsanordnung des vormaligen Erblassers, verstorben im Jahr 1958 und beerbt von seinen beiden Kindern A und B in der Weise, daß der im Grundbuch des Amtsgerichts X vorgetragene Grundbesitz in das alleinige Eigentum der Erbengemeinschaft nach dem nachverstorbenen A übergeht, bestehend aus dessen 5 Kindern;

b) die Übertragung des zur Gesamthandsgemeinschaft (Erbengemeinschaft der Beteiligten zu 4 und der Erben nach A) gehörenden $\frac{3}{4}$ Miteigentumsanteils an dem im Grundbuch des Amtsgerichts Y vorgetragenen Grundbesitz auf eine Bruchteilsgemeinschaft, bestehend aus einem Miteigentumsanteil von $\frac{3}{8}$ zugunsten der Erbengemeinschaft nach A und von weiteren $\frac{3}{8}$ zugunsten der Beteiligten zu 4, so daß letzterer zusammen mit dem von ihr bereits allein gehaltenen $\frac{1}{4}$ -Anteil an dem Grundbesitz nunmehr ein Miteigentumsanteil von $\frac{5}{8}$ zusteht.

Die Vertragsparteien waren sich über die vereinbarten Eigentumsübergänge einig und bewilligten und beantragten die Eintragung dieser Rechtsänderungen in den Grundbüchern.

2. Für seine Tätigkeit erstellte der beurkundende Notar, ausgehend von einem Geschäftswert von 3.560.370,— DM, eine Kostenberechnung über insgesamt 15.760,50 DM, wovon er die Erbengemeinschaft nach A mit 50% (7.880,25 DM) belastete.

Mit Schriftsatz vom 8. 11. 1988, eingegangen am 9. 11. 1988, legten die Beteiligten zu 1 bis 3 als die Testamentsvollstrecker für die Erbengemeinschaft nach A gegen die Kostenberechnung Beschwerde ein. Zur Begründung wird ausgeführt, der Grundbesitz in X hätte bereits vor der Auseinandersetzung den Übertragungsempfängern zur Hälfte gehört, weshalb bei der Kostenberechnung höchstens vom halben Grundstückswert und hier vom Einheitswert auszugehen sei. Es sei jedoch entscheidend, daß nicht der freie Wille der Beteiligten, sondern die Teilungsanordnung des Erblassers Grundlage der Auseinandersetzung gewesen sei. Im Hinblick auf Art. 3 GG müsse kostenrechtlich diese formelle Auseinandersetzung von der materiellen unterschiedlich behandelt werden. Es sei mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise unverträglich, den Geschäftswert gleich dem Wert der gesamten Auseinandersetzungsmasse zu setzen, wenn lediglich ein Wechsel von einer Unterart des Eigentums (Gesamthandseigentum) in eine andere (Bruchteilseigentum) vorgenommen werde; was den Miterben bereits gehöre, könne

nicht Gegenstand des Geschäfts sein. Die Bewertung habe sich an § 30 Abs. 1 KostO zu orientieren und nicht an § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO, d. h. der Geschäftswert bestimme sich allenfalls nach dem halben Einheitswert. Vorrangig gelte jedoch § 30 Abs. 2 KostO, da die Miterben bereits durch die Teilungsanordnung schuldrechtlich begünstigt seien und durch die vom Gesetz erforderte beurkundungspflichtige Auflassung nur erhielten, was ihnen ohnehin zustehe. Der Grundbesitz in Y habe sich durch den Übergang von Gesamthandseigentum in eine Bruchteilsgemeinschaft wertmäßig nicht verändert. Ein „bestimmter Geldwert“ sei daher nicht festzustellen, weshalb vom Regelwert von 5.000 DM gem. § 30 Abs. 2 KostO auszugehen sei.

Die Beschwerdeführer beantragten, den Amtsnachfolger des Notars anzuweisen, die Rechnung dahin abzuändern, daß hinsichtlich der von der Teilungsanordnung betroffenen Grundstücke in X ein Geschäftswert von 5.000 DM, hilfsweise von 128.800 DM (= halber Einheitswert), hinsichtlich der Grundstücke in Y ein Geschäftswert von 5.000 DM angesetzt werde.

In der Folge erhoben die Beschwerdeführer die Einrede der Verjährung, die am 7. 11. 1990, zwei Jahre nach der erfolgten Abschlagszahlung in Höhe von 1.000 DM auf die Notarkostenberechnung, eingetreten sei.

Die Notare widersprachen der Einrede, da die Verjährung jedenfalls durch die Anrufung des Beschwerdegerichts seitens der Beteiligten zu 1 bis 3 unterbrochen worden sei. Im übrigen hielten sie an ihrer Kostenberechnung fest. Der Geschäftswert für die Beurkundung der Auseinandersetzung einer Gesamthandsgemeinschaft bestimme sich gem. § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO nach dem Wert des betroffenen Vermögens ohne Abzug von Verbindlichkeiten und auch ohne Abzug des Eigenanteils des Erwerbers. Diese Grundsätze gälten auch für die Umwandlung der Gesamthandsgemeinschaft in eine Bruchteilsgemeinschaft. Bei der Bewertung des Grundbesitzes in X (1.717.600 DM) seien Vergleichswerte herangezogen worden; den Waldgrundbesitz in Y habe der Notar aus eigener Erfahrung als Mitinhaber einer Holzgroßhandlung mit einem Wert von 2,50 DM/m² (somit 1.842.770 DM) angesetzt.

Am 9. 4. 1991 erteilte sich der Amtsnachfolger des Notars vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung.

Das Landgericht wies mit Beschluß vom 2. 10. 1991 die Beschwerden zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Kostenberechnung und die Notarkostenbeschwerde vom 8. 11. 1988 die Verjährung unterbrochen hätten. Der Geschäftswert für die Beurkundung der Auseinandersetzung bezüglich des Grundbesitzes sei vom Notar gem. § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO zutreffend angenommen worden. Die beim Landratsamt X ermittelten Bodenrichtwerte für die Grundstücke der Gemarkung X führten sogar zu einem Wert von 1.887.750 DM, also zu einem höheren als dem vom Notar angenommenen Wert. Der Grundbesitz in Y sei nach Auskunft des Grundbuchamts Y mit ca. 5 DM/m² zu bewerten, so daß auch der vom Notar zugrundegelegte Quadratmeterpreis von 2,50 DM/m² keinesfalls zu hoch sei.

3. Gegen die den Beteiligten zu 1 bis 3 am 11. 11. 1991 zugestellte Entscheidung des Landgerichts legten diese am 4. 12. 1991 weitere Beschwerde ein, mit der sie die Feststellung der Verjährung der notariellen Kostenforderung beantragen und hilfsweise ihr vorinstanzielles Begehren aufrechterhalten. Die Verjährung sei im Zeitpunkt der durch Banküberweisung vom 28. 11. 1991 bewirkten Zahlung des Teilbetrages von 6.908,75 DM bereits eingetreten gewesen. Die Notarkostenbeschwerde habe sie nicht unterbrochen, weil § 209 Abs. 1 BGB eine positive Betätigung des Rechts durch den Berechtigten voraussetze und dieser Unterbrechungsgrund dem Notar, der hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung ohnehin besser gestellt sei als jeder andere Gläubiger, von vorneherein nicht zur Verfügung stehe.

Aus den Gründen:

Die gem. § 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO, § 2212 BGB zulässigen weiteren Beschwerden der Testamentsvollstrecker sind sachlich nicht begründet. Die landgerichtliche Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

1. Zu Recht hat das Landgericht sowohl den beurkundenden Notar, der Gläubiger der Kostenforderung auch nach seinem Ausscheiden aus dem Amt geblieben ist (vgl. BayObLG MittBayNot 1982, 266/267), als auch den Amtsnachfolger, der

die Kostenberechnung in abgeänderter Form mit der Vollstreckungsklausel gem. § 155 KostO versehen hat, am Verfahren nach § 156 KostO beteiligt (BayObLGZ 1983, 91).

2. Der Anspruch aus der — wie das Landgericht zu Recht ausführt — noch den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO entsprechenden Kostenberechnung in der Fassung vom 31. 5. 1988 ist nicht verjährt.

Nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB i. V. m. § 143 Abs. 1 KostO verjähren die Ansprüche der Notare wegen ihrer Gebühren und Auslagen, soweit diese nicht zur Staatskasse fließen, in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem die Amtshandlung des Notars (hier die Beurkundung) beendet wurde (§§ 201, 198 BGB, §§ 7, 141 KostO).

a) Vorliegend begann die Verjährung somit am Ende des 31. 12. 1987 zu laufen. Sie wurde dadurch unterbrochen, daß die Beteiligten zu 1 bis 3 als Testamentsvollstrecker am 9. 11. 1988 gegen die Kostenberechnung Einwendungen erhoben haben (§ 156 KostO). Der Senat folgt damit im Ergebnis der in Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Meinung (OLG Düsseldorf MittBayNot 1978, 28; OLG Zweibrücken JurBüro 1989, 663; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 8 a, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. Rdnr. 7, je zu § 143; *Göttlich/Mümmeler* KostO 10. Aufl. Stichwort Verjährung 2.3 S. 1113; *Hartmann* Kostengesetze 24. Aufl. § 156 KostO Anm. 1; *Palandt/Heinrichs* BGB 51. Aufl. Rdnr. 24; *Staudinger/Dilcher* BGB 12. Aufl. Rdnr. 43, je zu § 209; a. A. — mit Einschränkungen — OLG Hamm DNotZ 1990, 318; Landgericht Bad Kreuznach JurBüro 1988, 1710), die auf die Besonderheiten des Verfahrens nach § 156 KostO abstellt, wonach der Notar, anders als im zivilrechtlichen Bereich der Anspruchsinhaber, nicht aus eigenem Recht in der Lage ist, seinen Anspruch gerichtlich überprüfen zu lassen. Vielmehr hat regelmäßig nur der Kostenschuldner die Möglichkeit, selbst Beschwerde einzulegen oder die Kostenberechnung dem Notar gegenüber zu beanstanden und es diesem zu überlassen, die Entscheidung des Landgerichts zu beantragen (§ 156 Abs. 1 Satz 3 KostO), was allerdings nach allgemeiner Meinung an der Bewertung der Einwendungen als Beschwerde des Kostenschuldners nichts ändert (vgl. *Korintenberg* Rdnr. 33, *Rohs/Wedewer* Rdnr. 21, je zu § 156), trotzdem aber nach verbreiteter Auffassung (OLG Hamm a. a. O. S. 320 m. w. N.) verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Deshalb ist es geboten, die bei der reichsgesetzlichen Einführung des Verfahrens nach §§ 154 ff. KostO entstandene Lücke (LG Berlin DNotZ 1940, 374/375; OLG Düsseldorf a. a. O.) der früheren Rechtslage entsprechend — als die Notare ihre Kosten gegebenenfalls einklagen mußten — zu ergänzen und den Rechtsgedanken des § 209 BGB heranzuziehen, falls ein Verfahren nach § 156 KostO eingeleitet wird, also auch dann, wenn der Kostenschuldner seine Einwendungen unmittelbar beim Landgericht geltend macht. Da das Verfahren nach § 156 KostO die einzige Möglichkeit ist, eine Kostenforderung des Notars der gerichtlichen Überprüfung zu unterstellen, muß die Einleitung dieses Verfahrens ebenso behandelt werden wie die Einleitung oder Fortführung eines Zivilprozesses über eine Forderung allgemeiner Art. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob das Verfahren unmittelbar durch eine Beschwerde des Kostenschuldners, durch die Vorlage einer Beanstandung des Kostenschuldners durch den Notar oder durch eine Weisungsbeschwerde des Notars (§ 156 Abs. 5 KostO) in Gang gebracht wird. Gerade die letztgenannte Möglichkeit zeigt, daß es im Rahmen dieses Verfahrens unerheblich ist, ob der Kosten-

gläubiger selbst die Forderung durchsetzen will (vgl. § 156 Abs. 5 Satz 2 KostO). Der Senat verkennt nicht, daß das Gesetz in § 209 Abs. 1 BGB die Unterbrechung der Verjährung an die Klageerhebung, somit an ein aktives Betreiben der Anspruchsdurchsetzung durch den Berechtigten (BGHZ 80, 222/226), knüpft. Die Besonderheiten des Verfahrens nach § 156 KostO lassen jedoch — wie ausgeführt — eine gerichtliche Überprüfung des Anspruchs des Notars aus eigenem Recht nicht zu. Auch den allgemeinen Verjährungsbestimmungen des BGB ist der Gedanke nicht fremd, daß die Verjährung nicht nur durch Handlungen des Gläubigers unterbrochen werden kann, sondern auch durch Handlungen anderer Beteiligter, selbst durch solche des Schuldners, auch wenn sie nur der Abwehr des Anspruches dienen sollen (vgl. § 211 Abs. 2 BGB; BGHZ 73, 8/10).

b) Eine Übertragung der Regelung über die Unterbrechung der Verjährung auf das der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnende Notarkostenbeschwerdeverfahren muß ebenso möglich sein wie deren Übertragbarkeit auf das öffentliche Recht (vgl. zu letzterem MünchKomm/von *Feldmann* BGB 2. Aufl. § 209 Rdnr. 23 und zu einer analogen Anwendung allgemein BGHZ 72, 23/28; vgl. auch § 220 BGB). Daß der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) noch weitere, einem privaten Anspruchsteller nicht zu Gebote stehende Möglichkeiten der Verjährungsunterbrechung hat (Übersendung der Kostenberechnung gem. §§ 141, 17 Abs. 3 Satz 2 KostO, Vollstreckbarerklärung der Kostenberechnung gem. § 155 KostO, § 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB), vermag daran nichts zu ändern, zumal die kurze Verjährung durch die Übersendung der Kostenberechnung nach allgemeiner Meinung nur einmal unterbrochen werden kann (vgl. *Korintenberg* § 17 Rdnr. 8) und der Notar nicht gezwungen ist, die Kostenberechnung während des Laufes eines Beschwerdeverfahrens für vollstreckbar zu erklären.

c) Die Unterbrechung der Verjährung dauert bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Notarkostenbeschwerde fort (vgl. § 211 BGB).

3. Das Landgericht hat den der Kostenberechnung des Notars zugrundeliegenden Geschäftswert zu Recht bestätigt.

a) Die Kostenschuld begründendes Geschäft des Notars ist die Beurkundung von Rechtsgeschäften (§ 2 Nr. 1 KostO), für die er die Gebühren als Vergütung erhält. Maßgebend für die Wertbestimmung ist deshalb gem. § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO der Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht, also was beurkundet ist. Nicht in Betracht kommen der Zusammenhang beurkundeter Erklärungen mit anderen Geschäften und die Rechtswirkungen der Beurkundung (OLG München DNotZ 1939, 140; *Korintenberg* § 39 Rdnr. 4). Daß die Beteiligten zu der beurkundeten Erbauseinandersetzung und den Auflassungserklärungen durch eine Teilungsanordnung des Erblassers verpflichtet wurden, ist kostenrechtlich also ohne Belang.

Da den Geschäftswert allein der objektive Inhalt der Urkunde bestimmt, ist auch nicht das Interesse der Beteiligten maßgebend. Ist also eine im Gesamthandseigentum stehende Sache betroffen, so ist grundsätzlich der gesamte Wert der Sache maßgebend, nicht der Wert des Anteils an dem Gesamthandsverhältnis, der das Interesse des Kostenschuldners ausmacht (OLG Celle DNotZ 1962, 43 f.). Es trifft daher nicht zu, daß deshalb, weil der Grundbesitz in X bereits vor der Auseinandersetzung den Übertragungsempfängern zur Hälfte „gehört“ habe, vom halben Grund-

stückswert auszugehen sei. Ebensovienig ist die Ansicht zu rechtfertigen, der $\frac{3}{4}$ -Anteil am Grundbesitz in Y habe sich durch den beurkundeten Übergang von einer Gesamthand in eine Bruchteilsgemeinschaft wertmäßig nicht verändert, so daß ein bestimmter Geldwert als Geschäftswert nicht festzustellen sei. Diese Auffassung übersieht, daß durch die Beurkundung nicht nur die Art der rechtlichen Zuordnung der genannten Gegenstände zum Vermögen der Miterben geändert wurde, sondern daß diese Gegenstände jeweils ganz aus der Nachlaßmasse ausgegliedert wurden. Im übrigen wird nicht ein Grundstückserwerb zum Zweck der steuerlichen Erfassung bewertet, sondern die öffentlich-rechtliche Tätigkeit des Notars.

Da die KostO keinen eigenen Rechtsgeschäftsbegriff (i. S. des § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO) entwickelt, ist der des materiellen Rechts maßgebend (*Korintenberg* § 39 Rdnr. 1). Nach materiellem Recht aber muß bei der (teilweisen) Auseinandersetzung einer Gesamthand (Erbengemeinschaft) nur hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes der Nachlaßgegenstand als ganzes von der Erbengemeinschaft auf den oder die Miterben übertragen werden (objektive Auseinandersetzung), was im Fall eines Grundstücks auch die Beurkundung einer Auflassung erforderlich macht. Betrifft die Willenserklärung aber den Bestand des Rechtsverhältnisses (hinsichtlich des einzelnen Nachlaßgegenstandes) im ganzen, so ist der Wert der Willenserklärung gleich dem Wert des betroffenen Rechtsverhältnisses (*Korintenberg* § 39 Rdnr. 1; *Mümmeler* JurBüro 1982, 1813/1814 f.), hier also des betroffenen Grundstücks im ganzen. Ebenso macht die Umwandlung einer Gesamthandsgemeinschaft an einem Nachlaßgrundstück in eine Bruchteilsgemeinschaft die Beendigung des Gesamthandsverhältnisses an diesem Grundstück und seine Auflassung an die nunmehrigen Bruchteilseigentümer — auch wenn diese ihrerseits zum Teil wieder eine Gesamthandsgemeinschaft (Erbengemeinschaft) sind — erforderlich (*MünchKomm/Dütz* BGB 2. Aufl. § 2032 Rdnr. 31). Betroffen ist auch hier das gesamte Rechtsverhältnis hinsichtlich des Grundstücks, so daß sich der Geschäftswert nach dem Wert des auseinandergesetzten Grundstücks bestimmt (vgl. *Korintenberg* § 39 Rdnr. 38).

b) Eine Bewertung der beurkundeten Auseinandersetzung nach § 30 Abs. 1 und 2 KostO scheidet sonach aus; der Wert ergibt sich in der vorliegenden vermögensrechtlichen Angelegenheit aus der Vorschrift des § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO. Diese Wertbestimmung verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Das alleinige Abstellen auf den Inhalt der beurkundeten Erklärung ist sachlich gerechtfertigt und nicht mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise unverträglich. Das Kostenrecht richtet sich nach äußeren Merkmalen, wenn anders seine leichte Handhabung nicht in Frage gestellt sein soll (OLG Celle DNotZ 1962, 43/44).

Der Wert von Grundbesitz bestimmt sich auch bei der Notarkostenberechnung (§ 141 KostO) nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO. Nach dieser Vorschrift sind alle ausreichenden Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Wert heranzuziehen, um dem Verkehrswert — als dem gemeinen Wert i. S. von § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO — möglichst nahezu kommen. Als Anhaltspunkt für den Bodenwert kann der Richtwert nach § 193 Abs. 3 BauGB herangezogen werden (vgl. BayObLGZ 1972, 297); auch sonstige amtliche Auskünfte können berücksichtigt werden. Das Landgericht hat diese Grundsätze bei der Ermittlung des Verkehrswerts, der

den Einheitswert übersteigt, beachtet. Die darauf basierende Errechnung des jeweiligen Grundstückswerts ist nicht zu beanstanden. Die Höhe der Gebühren wurde von den Beschwerdeführern ansonsten nicht bestritten; das Rechtsbeschwerdegericht ist insoweit an die Anträge der Kostenschuldner im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden (BayObLGZ 1991, 306/309; 1987, 186/190; *Korintenberg* § 156 Rdnr. 58 ff. und 88; *Schneider* Die Notarkosten-Beschwerde S. 38, 40 und 122).

4. Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 bis 3 erwiesen sich somit als unbegründet und waren zurückzuweisen.

19. KostO §§ 19 Abs. 4, 39 Abs. 2 (*Geschäftswert bei Hofübergaben unter Vereinbarung von Gegenleistungen*)

Auf Hofübergabeverträge mit Gegenleistungscharakter findet hinsichtlich der Bestimmung des Geschäftswertes weiterhin § 39 Abs. 2 KostO Anwendung. Diese Bestimmung geht § 19 Abs. 4 KostO vor.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 5. 2. 1991 — 4 W 2/91 —

Aus den Gründen:

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde der Staatskasse ist statthaft und zulässig (§§ 142, 31 Abs. 3 S. 1, 14 Abs. 3 S. 2 KostO). Sie führt auch in der Sache zum Erfolg.

Zur Entscheidung steht die Rechtsfrage, ob sich der Geschäftswert für die Beurkundung eines landwirtschaftlichen Hofübergabevertrages mit Gegenleistungscharakter nach § 19 Abs. 4 KostO oder nach § 39 Abs. 2 KostO bestimmt. Zuzugeben ist den Vorinstanzen, daß für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO, nach welchem sich der Geschäftswert für die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag u. ä. nach dem vierfachen des letzten Einheitswerts des übertragenen Vermögensgegenstandes richtet, der Normzweck dieser Vorschrift spricht. Denn nach der gesetzgeberischen Zielsetzung soll der mit KostRändG vom 21. 6. 1989 zum 1. 7. 1989 in Kraft getretene neue § 19 Abs. 4 KostO den Übergang land- und forstwirtschaftlicher Betriebe auf die nachfolgende Generation erleichtern, indem der Geschäftswertbemessung entgegen § 19 Abs. 1 und Abs. 2 KostO nicht der Verkehrswert, sondern der Einheitswert des Betriebes zugrundegelegt wird (BT-Drucksache 11/2343 vom 19. 05. 1988). Richtig ist ferner, daß sich bei einer Anwendbarkeit des § 39 Abs. 2 KostO, der auf den Geschäftswert der beiderseitigen Leistungen des Austauschvertrages abstellt, die Geschäftswerte für die Beurkundung und die Grundbucheintragung auseinanderfallen, da für letztere gem. § 60 Abs. 2 KostO die Vorschrift des § 19 Abs. 4 KostO gilt (BayObLG JurBüro 1990, 1296, 1297). Dies alles führt jedoch nicht an der Tatsache vorbei, daß der Gesetzgeber bei der Einführung des § 19 Abs. 4 KostO die gesetzestechnische Systematik der KostO nicht geändert hat. Da hiernach § 19 Abs. 4 KostO den „Allgemeinen Vorschriften“ des 1. Abschnitts der KostO zugeordnet ist, § 39 KostO demgegenüber im 2. Abschnitt der KostO steht und der Bewertung von Beurkundungsgeschäften im Rahmen von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeiten dient, kommt § 39 Abs. 2 KostO gegenüber § 19 Abs. 4 KostO Sondercharakter zu. Hätte der Gesetzgeber an diesem Normenverhältnis etwas ändern wollen, hätte er in § 19 Abs. 4 KostO einen Geltungsausschluß für § 39 Abs. 2 KostO

formuliert oder in § 39 Abs. 2 KostO auf § 19 Abs. 4 KostO verwiesen. Da dies nicht geschehen ist und angesichts der Offensichtlichkeit der Normenkonkurrenz von § 19 Abs. 4 KostO und § 39 Abs. 2 KostO auch nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Gesetzgeber die Bewertungsdiskrepanz dieser beiden Vorschriften übersehen hat, gebietet die Gesetzeslage eine Anwendung von § 39 Abs. 2 KostO auf Hofübergabeverträge mit Gegenleistungscharakter (so auch *Göttlich/Mümmeler*, KostO; 10. Aufl., Stichwort: „Grundbesitzwert“ Pos. 6.1; *Mümmeler*, JurBüro 1989, 1337, 1339; *Otto*, JurBüro 1989, 889, 891).

Bei dieser Rechtslage ist auf die weitere Beschwerde der Staatskasse der hier streitige Geschäftswert gem. § 39 Abs. 2 KostO auf DM 252.653,00 festzusetzen. Die Entscheidung ist gebührenfrei; Kosten werden nicht erstattet (§ 31 Abs. 3 S. 2 und 3 KostO).

20. KostO §§ 24, 30 (*Geschäftswert einer Leitungsdienstbarkeit*)

Der Geschäftswert für die Eintragung einer Energieleitungsdienstbarkeit von unbeschränkter Dauer kann auf Grund des für die Einräumung vereinbarten einmaligen Entschädigungsbetrags bestimmt werden, wenn der einjährige Bezugswert nicht feststellbar ist.

OLG Stuttgart, Beschluß vom 16. 1. 1992 — 8 W 372/91 —, mitgeteilt von *J. Schnaithmann*, Vorsitzender Richter am OLG

Aus dem Tatbestand:

Auf Antrag der Kostenschuldnerin, eines Energieversorgungsunternehmens, wurden durch das Grundbuchamt 33 beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zur Sicherung einer Erdkabelleitung eingetragen. Das Grundbuchamt legte für die Berechnung der Eintragungsgebühr für jede Dienstbarkeit gem. § 30 Abs. 2 KostO einen Geschäftswert von 5.000,— DM zugrunde und setzte gem. §§ 62 Abs. 1, 63 Abs. 2 KostO aus den zusammengerechneten Geschäftswerten von 165.000,— DM eine Gebühr in Höhe von 380,— DM an.

Gegen diesen Kostenansatz legte die Kostenschuldnerin Erinnerung ein. Sie ist der Ansicht, daß als Geschäftswert die Summe der in den 33 Dienstbarkeitsverträgen vereinbarten einmaligen Entschädigungszahlungen, die sie mit 3.795,— DM angibt, zugrunde zu legen sei, so daß sich eine Eintragungsgebühr von 38,— DM ergebe. Die Erinnerung wurde durch Beschluß des Amtsgerichts M. zurückgewiesen. Diesen Beschluß änderte das Landgericht auf die Beschwerde der Kostenschuldnerin durch Beschluß vom 1. 8. 1991 ab, hob den Kostenansatz auf und wies das Grundbuchamt an, die Kosten für die dem Kostenansatz zugrundeliegenden Grundbucheinträge gem. § 63 Abs. 2 KostO nach dem addierten Wert der sich aus den Dienstbarkeitsbestellungen ergebenden Entschädigungen anzusetzen. Es ließ die weitere Beschwerde zu.

Gegen diese Entscheidung legte der Bezirksrevisor weitere Beschwerde ein, mit der er die Wiederherstellung des Kostenansatzes des Grundbuchamts anstrebt. Er meint, der Kostenbeamte des Grundbuchamts habe den Wert für jede Dienstbarkeit zu Recht mangels anderer Anhaltspunkte gem. § 30 Abs. 2 KostO auf 5.000,— DM festgesetzt.

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 14 Abs. 3, 142 KostO zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Gesetzesverletzung beruht.

Die Ansicht des Landgerichts, daß der von der Kostenschuldnerin mit den einzelnen Grundstückseigentümern ausgehandelte einmalige Entschädigungsbetrag gem. § 30 Abs. 1 KostO der Gebührenberechnung zugrunde zu legen ist

und dabei die einzelnen Entschädigungsbeträge nach § 63 Abs. 2 KostO zusammenzurechnen sind, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Bei der Einräumung des Rechts auf Legung und Haltung einer Energieversorgungsleitung auf einem Grundstück handelt es sich um eine beschränkte persönliche Nutzungsdienstbarkeit (§ 1090 BGB). Die Ermittlung des Geschäftswerts für die Eintragung solcher Dienstbarkeiten richtet sich zunächst nach § 24 KostO. Danach wird der Geschäftswert unter Zugrundelegung des einjährigen Bezugswerts der Dienstbarkeit dadurch berechnet, daß dieser, wenn es sich wie im vorliegenden Falle um eine Dienstbarkeit von unbeschränkter Dauer handelt, mit dem 25-fachen des Jahreswerts berechnet wird (§ 24 Abs. 1 b KostO). Maßgebend nach dieser Regelung ist der Wert der Dienstbarkeit für den Berechtigten, also nicht die durch die Dienstbarkeit herbeigeführte Wertminderung des belasteten Grundstücks, wobei es auf den objektiven Wert der Dienstbarkeit, nicht auf die besonderen Verhältnisse der Beteiligten ankommt.

Der Jahreswert der Dienstbarkeit für das Energieversorgungsunternehmen ist im vorliegenden Falle nicht bekannt. Bekannt ist allein der einmalige Entschädigungswert, der nach den Dienstbarkeitsverträgen für die Einräumung zu zahlen ist. Er ist nach dem Vortrag der Kostenschuldnerin nach den Grundsätzen für Enteignungsentzündungen ermittelt worden und beträgt, wie sich aus den vorgelegten Verträgen über die Einräumung von 3 der 33 Dienstbarkeiten ergibt, pro einem Meter Leitungslänge 1,50 DM.

Eine Ermittlung des einjährigen Nutzungswerts gem. § 24 Abs. 5 KostO durch Zugrundelegung von 4% des Verkehrswerts des belasteten Grundstücks kommt im vorliegenden Falle nicht in Betracht. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Hilfsvorschrift des § 24 Abs. 5 KostO ist nämlich, daß das Recht auf alle Nutzungen des belasteten Gegenstands oder eines realen Teils desselben geht (KG, Jur.Büro 69, 547; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 24 Rdz. 5, 16), wie z. B. bei einer Tankstellendienstbarkeit (OLG Stuttgart, DNotZ 58, 211). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, denn das Grundstück wird hier nur in einer einzelnen Beziehung, nämlich für die Legung und Haltung der Erdkabelleitung benutzt, und die landwirtschaftliche Nutzung ist den Eigentümern auch auf dem Schutzstreifen weiterhin möglich.

Auch für eine Schätzung des Jahreswerts, den die Leitungsdienstbarkeit für ein Energieversorgungsunternehmen hat, fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten. Weitere Ermittlungen über die Höhe des Jahreswerts nach den Vorteilen der Leitungsdienstbarkeit für das Energieversorgungsunternehmen, etwa durch Einholung eines Gutachtens, kommen nicht in Betracht, da dessen Kosten in den meisten Fällen und so auch hier weit höher sein würden als die für die Eintragung zu zahlende Gebühr.

Welcher Geschäftswert für die Eintragung von Energieversorgungsleitungen in derartigen Fällen anzunehmen ist, in denen lediglich der vereinbarte einmalige Entschädigungsbetrag bekannt ist, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

Das OLG Celle, Jur.Büro 1975, 813 hat den Geschäftswert für ein Überspannrecht mit einer Starkstromleitung gem. § 30 Abs. 2 KostO mit dem Regelwert von 3.000,— DM (jetzt 5.000,— DM) angenommen. Die Zugrundelegung des Regelwerts gem. § 30 Abs. 2 KostO erscheint dem Senat in derartigen Fällen jedoch nicht vertretbar, weil dadurch dem unterschiedlichen Wert von verschiedenen Dienstbarkeiten über-

haupt nicht Rechnung getragen wird. Dies zeigt sich im vorliegenden Falle, wo auf Grund der Leitungsdienstbarkeit je nach Größe der einzelnen Grundstücke Erdkabel auf einer Länge zwischen 20 und 280 m verlegt werden und dementsprechend Entschädigungsbeträge zwischen 30,— DM und 420,— DM je belastetem Grundstück vereinbart wurden.

Der Zugrundelegung des Regelwerts gem. § 30 Abs. 2 KostO ist es daher vorzuziehen, wenn für die Bestimmung des Geschäftswerts an den mit dem Grundstückseigentümer ausgehandelten einmaligen Entschädigungsbetrag angeknüpft wird, denn dabei handelt es sich immerhin um einen konkreten und nicht nur fiktiven Wert. Wie bereits ausgeführt, kommt es zwar gem. § 24 Abs. 1 KostO für den jährlichen Bezugswert des Nutzungsrechts auf die Vorteile an, die es dem Bezugsberechtigten gewährt und nicht auf die durch die Dienstbarkeit herbeigeführte Wertminderung des belasteten Grundstücks. Dies schließt es jedoch nicht aus, die gezahlte Entschädigung, die als einziger konkreter Wert bekannt ist, der Bestimmung des Geschäftswerts zugrunde zu legen, denn es spricht einiges dafür, daß die für die Wertminderung der Grundstücke gezahlte Entschädigung mindestens dem Wert der Dienstbarkeit für die Kostenschuldnerin entspricht. Konkrete Anhaltspunkte für eine Schätzung, um wieviel der Nutzungswert der Dienstbarkeit für das Energieversorgungsunternehmen den Entschädigungswert übersteigen mag, sind nicht vorhanden.

Der Senat folgt daher der z. B. vom OLG Karlsruhe, Die Justiz 1972, 184 und OLG Frankfurt, Rpfleger 1982, 443 (jeweils für Gasleitungsdienstbarkeiten) vertretenen Ansicht, daß in derartigen Fällen die Kosten nach dem Wert der Gesamtschädigung unter Nichtanwendung des § 24 KostO zu berechnen sind (ebenso *Rohs/Wedewer*, KostO, § 24 Rdz. 7). Zum selben Ergebnis führt es, wenn man wie das OLG Schleswig (Jur.Büro 1988, 888) in Anlehnung an § 24 Abs. 5 KostO den Jahreswert einer Leitungsdienstbarkeit auf 4% der geleisteten Entschädigung bestimmt und mit der Nutzungsdauer vervielfacht.

Dieser Rechenvorgang führt bei einer unbeschränkten Nutzungsdauer (also Vervielfachung mit 25) wiederum zum Gesamtentschädigungsbetrag.

21. KostO § 144 Abs. 1 Nr. 1 (*Keine Gebührenermäßigung für Deutsche Bundesbahn*)

Die Deutsche Bundesbahn ist jedenfalls im Sinne des Kostenrechts ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes und hat keinen Anspruch auf Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 05.03.1992 — 10 W 30/91 —

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthaft, weil das Landgericht sie zugelassen hat. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 KostO).

Das Rechtsmittel des Notars ist in der Sache begründet. Das Landgericht hat zu Unrecht die dem Notar für die Beglaubigung der Identitätserklärung gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO erwachsene halbe Gebühr gem. § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO um 30% ermäßigt. Nach dieser Vorschrift tritt die Ermäßigung u. a. dann ein, wenn der Notar die Gebühr von dem Bund erhebt, es sei denn, die Angelegenheit betrifft ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes. Entgegen der

Auffassung des Landgerichts ist die Kostenschuldnerin — die Deutsche Bundesbahn — ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes.

Das Landgericht verneint die Unternehmereigenschaft bereits deshalb, weil die Deutsche Bundesbahn keine eigene Rechtspersönlichkeit habe, sondern gem. Art. 87 Abs. 1 GG in unmittelbarer bundeseigener Verwaltung geführt werde. Die Frage, ob die Deutsche Bundesbahn eine selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts ist, ist jedoch kein geeignetes Entscheidungsmerkmal für die Frage, ob sie ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes ist. Sie ist zunächst einmal selbständiges Subjekt der staatlichen Verwaltung. Denn sie kann gem. § 2 des BBahnG im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden. Ob sie als wirtschaftliches Unternehmen anzusehen ist, richtet sich allein nach der Art ihrer Tätigkeit. Dabei ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, daß wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts solche Einrichtungen und Anlagen sind, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können und auf kommunaler Ebene z. B. in Form von Eigengesellschaften betrieben werden (vgl. BGHZ 95, 155, 157 m. w. N.). Diese Voraussetzungen treffen auf die Deutsche Bundesbahn zu. Sie übt ihre Tätigkeit zum einen nicht allein mit der Zielrichtung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe aus. Nach § 28 BBahnG ist die Deutsche Bundesbahn nach Kostengesichtspunkten so zu führen, daß die Erträge die Aufwendungen übersteigen. Dieser anzustrebende wirtschaftliche Erfolg reicht für die Annahme eines wirtschaftlichen Unternehmens aus (BGH a. a. O.). Zum anderen wird die Einrichtung einer Eisenbahn auch von Privatunternehmen mit Gewinnabsicht betrieben.

Auch aus kostenrechtlichen Überlegungen folgt nichts anderes. Insbesondere kann aus der Vorschrift des § 11 KostO nicht entnommen werden, daß die Deutsche Bundesbahn stets zu den privilegierten Kostenschuldnern gehören soll. Zwar ist sie gem. § 11 Abs. 1 KostO von der Zahlung gerichtlicher Gebühren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit befreit. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, daß sie auch an der Privilegierung bei den Notarkosten teilhaben muß. Denn der Zweck der Regelung in § 11 KostO: daß eine staatliche Einrichtung keine Gebühren an den Staat zahlen soll, trifft bei den Gebühren des Notars nicht zu. Entsprechend unterschiedlich ist auch der Kreis der kostenprivilegierten Schuldner in § 144 KostO gefaßt. Im Gegensatz zu § 11 KostO werden in § 144 Abs. 1 KostO wirtschaftliche Unternehmen der dort genannten öffentlichen Körperschaften von der Gebührenprivilegierung ausdrücklich ausgenommen.

Auch aus § 144 Abs. 3 KostO folgt kein Anspruch der Kostenschuldnerin auf Gebührenermäßigung. Zwar haftet die Kostenschuldnerin dem Notar als Veranlassungsschuldnerin gem. § 2 Nr. 1 KostO ebenso wie die übrigen Vertragsbeteiligten — u. a. der Landschaftsverband Rheinland — als Gesamtschuldnerin gem. § 5 KostO. Die Gebührenermäßigung, die der Landschaftsverband als Gemeindeverband in Anspruch nehmen darf (vgl. OLG Hamm JurBüro 1983, 1678), erstreckt sich aber nicht auf die Kostenschuldnerin, die vertraglich die gesamten Kosten übernommen hat, weil durch diese Kostenübernahme die Anwendung des § 144 Abs. 3 KostO seinem Zweck nach ausgeschlossen ist (vgl. KG, DNotZ 1980, 429; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 144 Rdnr. 21).

Anmerkung:

Mit der vorliegenden Entscheidung liegt erstmals eine gerichtliche Stellungnahme zur Frage der Gebührenermäßigung der Deutschen Bundesbahn vor. Über den Bereich der Bundesbahn hinaus ist die Entscheidung auch von Bedeutung für den Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ im Sinne des § 144 Abs. 1 KostO und damit für die Beurteilung weiterer, ähnlicher Fälle.

1. Das OLG Düsseldorf begründet die Entscheidung damit, daß die Deutsche Bundesbahn ein „wirtschaftliches Unternehmen“ im Sinne des § 144 KostO sei. Die Vorfrage, ob die Bundesbahn überhaupt unter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO fällt, läßt das Gericht unerörtert. Bereits diese Voraussetzung ist indes fraglich. Laut Bundesbahngesetz (§ 1 BBahnG) ist die Bundesbahn ein „nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung“. Die Gebühren werden also nicht vom Bund unmittelbar, sondern von einem hiervon getrennten Sondervermögen erhoben. Andererseits liegt auch eine „nach dem Haushaltsplan des Bundes verwaltete öffentliche Körperschaft oder Anstalt“ im Sinne des § 144 KostO nicht vor, da das Vermögen der Bundesbahn wirtschaftlich und auch rechtlich vom übrigen Bundesvermögen getrennt zu halten ist (vgl. insbesondere §§ 28 ff. BBahnG).

Eine Einbeziehung der Bundesbahn unter die in § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO genannten Begünstigten käme daher wohl nur bei einer erweiternden Auslegung dieser Bestimmung in Betracht. Eine erweiternde Auslegung ist freilich problematisch, da die Bestimmung des § 144 KostO Ausnahmecharakter besitzt.

Für das Argument, daß die Bundesbahn bereits tatbestandsmäßig nicht unter § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO fällt, spricht auch die gesonderte Nennung von Bundesbahn und Bundespost in § 11 Abs. 1 S. 2 KostO. Eine gesonderte Nennung in § 11 wäre entbehrlich, wenn die Bundesbahn unter die in § 11 Abs. 1 S. 1 genannten Begünstigten (d.h. Bund, Länder sowie die nach den Haushaltsplänen des Bundes und der Länder für Rechnung des Bundes oder eines Landes verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen) fallen würde.

Im Ergebnis ist somit bereits fraglich, ob die Bahn unter § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO fällt.

2. Das OLG Düsseldorf läßt die vorgenannte Frage unerörtert und begründet die Entscheidung damit, daß ein „wirtschaftliches Unternehmen“ vorliege. Statt des eher pauschalen Hinweises auf die Art der Tätigkeit hätte es nahegelegen, die Struktur der Bahnverfassung nach dem Bundesbahngesetz zur Begründung heranzuziehen.

Danach handelt es sich bei der Bahn um ein vom übrigen Bundesvermögen rechtlich und wirtschaftlich abgesonder-tes Vermögen, welches nach quasi-privatwirtschaftlichen Grundsätzen und unter Verantwortung der Organe geleitet wird. Belege für diese Struktur sind z. B. §§ 2, 3 BBahnG (Vermögensstrennung, Haftungsbeschränkung), § 5 BBahnG (Leistungsabgeltungspflicht), insbesondere jedoch die Bestimmungen über die selbständige Wirtschaftsführung in §§ 28 ff. BBahnG. So ist die Bahn nach § 28 BBahnG „unter der Verantwortung ihrer Organe wie ein Wirtschaftsunternehmen mit dem Ziel bester Verkehrsbedienung nach kaufmännischen Grundsätzen so zu führen, daß die Erträge die Aufwendungen einschließlich der erforderlichen Rückstellungen decken“. Nach neuerer Auffassung (vgl. Mayer, Rechtsschutz im Rahmen staatlicher Tarifgenehmigungsverfahren, 1992, S. 116 ff., 130) besitzt die Bahn auch gegenüber

dem Staat eine eigene Rechtsstellung, welche sich nicht nur z. B. in der Leistungsabgeltungspflicht (vgl. § 5 BBahnG) zeigt, sondern auch in der eigenen Rechtsstellung der Bahn in Tarifgenehmigungsverfahren. An der Verpflichtung der Bahn zu einem eigenwirtschaftlichen Handeln kann demnach nach der Konzeption des Bundesbahngesetzes nicht gezweifelt werden (vgl. hierzu Mayer, a. a. O. S. 116 ff.).

Die Tatsache, daß die Bundesbahn durch das Bundesbahngesetz nicht vollständig einem privaten Unternehmen gleichgestellt ist, mag hieran nichts zu ändern.

Im Ergebnis handelt es sich somit bei der Bundesbahn um ein janusköpfiges Wesen, welches sowohl öffentlich-rechtlich-gemeinwirtschaftliche als auch privatrechtlich-eigenwirtschaftliche Züge aufweist. Die vorgenannten Gründe lassen indes eine Einordnung als wirtschaftliches Unternehmen als gerechtfertigt erscheinen.

3. Was die aus der Entscheidung zu ziehenden Folgerungen für den Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens“ betrifft, so bleibt festzuhalten, daß im Einzelfall eine materielle Analyse der einschlägigen Vorschriften stattzufinden hat. Von Bedeutung ist dies für die zahlreichen Verwaltungsträger, die mit unterschiedlicher Staatsdistanz öffentliche Aufgaben erfüllen, hierbei jedoch auch wirtschaftliche Grundsätze zu beachten haben (vgl. die Beispiele bei Reimann, Rdnr. 14 ff. zu § 144 KostO). Unerheblich ist demgegenüber, daß der Bund zur Vorhaltung der Leistungseinrichtung „Bundesbahn“ gem. Art. 87 GG verpflichtet ist (vgl. zu dieser Frage Reimann, Rdnr. 13 zu § 14 KostO, Otto-Schnigula, JurBüro 1989, S. 896). Die maßgebliche materielle Betrachtung führt schließlich auch dazu, der Deutschen Bundespost die Gebührenermäßigung zu versagen (vgl. Urteil des LG München I vom 18. 6. 1990 — 13 T 1032/90, nicht veröffentlicht; Reimann, Rdnr. 16 zu § 144 KostO), obgleich auch die Bundespost — wie die Bahn — in bundesunmittelbarer Verwaltung geführt wird und eine Pflicht des Bundes zur Vorhaltung der Verwaltungseinrichtung besteht.

Notarassessor Dr. Norbert Mayer, München

22. §§ 154, 155, 156 KostO, 196 I Nr. 15, 218 BGB (*Keine dreißigjährige Verjährung durch Zustellung der vollstreckbaren Kostennote*)

1. Die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Kostenberechnung wandelt die zweijährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB nicht in die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 218 BGB um.
2. Zur Verzinsung des Erstattungsanspruches nach § 157 Abs. 1 S. 1 KostO.

OLG Hamm, Beschluß vom 10. 03. 1992 — 15 W 98/91 — mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2) beurkundete am 12. 08. 1985 einen Kaufvertrag. Über die dafür entstandenen Gebühren und Auslagen erteilte er dem Beteiligten zu 1) am 27. 07. 1987 eine notarielle Kostenberechnung, die mit einem Gesamtbetrag von 924,31 DM abschließt. Für diese Kostenberechnung erteilte sich der Beteiligte zu 2) gem. § 155 KostO am selben Tag eine vollstreckbare Ausfertigung, mit deren förmlicher Zustellung er den Gerichtsvollzieher beauftragte. Dieser ersuchte am 29. 07. 1987 die Post um die Durchführung der Zustellung an den Beteiligten zu 1) unter der genannten Anschrift. Ob und ggfs. wie diese Zustellung durchgeführt worden ist, ist bislang nicht aufgeklärt worden.

Der Beteiligte zu 2) ließ die vollstreckbare Ausfertigung seiner Kostenberechnung dem Beteiligten zu 1) am 23.09.1989 unter seiner jetzigen Anschrift erneut förmlich zustellen. Der Beteiligte zu 1) hat sodann den Kostenbetrag unter dem Vorbehalt der Rückforderung an den Beteiligten zu 2) gezahlt.

Der Beteiligte zu 1) hat mit dem Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 28.6.1990 bei dem Landgericht beantragt, den Beteiligten zu 2) zur Rückzahlung des Betrages von 924,31 DM nebst 4% Zinsen seit dem 20.11.1989 zu verpflichten. Er hat gegenüber den berechneten Gebühren und Auslagen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat durch Beschluß die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen.

Aus den Gründen:

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB unterliegt der Anspruch des Notars auf Zahlung der ihm erwachsenen Gebühren und Auslagen der kurzen zweijährigen Verjährungsfrist. Diese Verjährungsfrist wird nach den §§ 141, 17 Abs. 3 Satz 2 erster Halbsatz KostO durch die Zahlungsaufforderung, also die Übersendung einer den gesetzlichen Erfordernissen entsprechenden notariellen Kostenberechnung, unterbrochen. Insoweit hat das Landgericht angenommen, die vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung vom 27.07.1987 sei dem Beteiligten zu 1) Ende Juli 1987 wirksam zugestellt worden. Diese Annahme entbehrt jedoch einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage. Zudem hat das Landgericht verschiedene Zustellungsformen nicht in der gebotenen Weise auseinandergelassen:

Aus dem bei den Akten befindlichen Zustellungsersuchen des Gerichtsvollziehers vom 29.07.1987 ergibt sich, daß dieser Gerichtsvollzieher der Post einen Auftrag zur Durchführung einer förmlichen Zustellung nach den §§ 180 ff. ZPO erteilt hat. Ob und ggfs. wie diese Zustellung tatsächlich durchgeführt worden ist, hat das Landgericht jedoch nicht näher ermittelt. Es bleibt danach insbesondere unklar, ob eine Ersatzzustellung nach § 182 ZPO tatsächlich durchgeführt worden ist; die darüber nach § 191 ZPO aufzunehmende Zustellungsurkunde befindet sich nicht bei den Akten. Ohne weitergehende tatsächliche Ermittlungen durfte das Landgericht deshalb das Vorbringen des Beteiligten zu 1) nicht als widerlegt ansehen, die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung sei Ende Juli 1987 lediglich (erfolglos) versucht worden. Solange die tatsächliche Durchführung dieser Zustellung nicht nachgewiesen ist, entbehrt auch der an den Beteiligten zu 1) gerichtete Vorwurf des Landgerichts der hinreichenden Grundlage, er habe im Verfahren trotz einer entsprechenden Auflage keine nähere Erklärung dazu gegeben, wie es möglich gewesen sei, daß die Post noch zwei Jahre nach seinem Umzug weiterhin „versucht haben solle“, unter seiner früheren Anschrift eine Zustellung vorzunehmen. Sollte der Postbeamte tatsächlich von einer solchen Zustellung abgesehen haben, weil er nicht mehr von einer dort bestehenden Wohnung des Beteiligten zu 1) ausgegangen ist, bestand für diesen kein Anlaß, dazu eine nähere Erläuterung abzugeben.

Rechtlich nicht tragfähig ist auch die Hilfsbegründung der landgerichtlichen Entscheidung, die damalige Zustellung an den Beteiligten zu 1) sei jedenfalls nach § 17 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz KostO wirksam bewirkt. Nach dieser Vorschrift genügt, wenn der Aufenthalt des Kostenschuldners unbekannt ist, für die Zustellung der Kostenrechnung die Aufgabe zur Post unter seiner letzten bekannten Anschrift. Das Landgericht hat jedoch insoweit bereits übersehen, daß

eine solche Zustellung hier tatsächlich nicht durchgeführt worden ist. Stattdessen hat der Gerichtsvollzieher — wie bereits ausgeführt — an die Post ein Ersuchen zur Durchführung einer förmlichen Zustellung nach den §§ 180 ff. ZPO gerichtet. Wenn — wie hier — nicht ausgeschlossen werden kann, daß diese Zustellung nicht ordnungsgemäß bewirkt ist, kann diese Zustellung nicht ohne weiteres als in einer anderen Zustellungsform wirksam erfolgt umgedeutet werden. Dies ergibt sich schon allein daraus, daß über die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 175 ZPO) eine besondere Zustellungsurkunde entsprechend § 192 ZPO aufgenommen werden muß. Hinzu kommt schließlich, daß nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden konnte, daß der Aufenthalt des Beteiligten zu 1) im Sinne des § 17 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz KostO damals unbekannt war. Dies hätte nämlich vorausgesetzt, daß der Kostengläubiger zunächst zumutbare Ermittlungen nach dem Aufenthalt des Kostenschuldners angestellt hätte. Dazu hätte insbesondere eine Anfrage bei dem Einwohnermeldeamt (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 17 Rdnr. 12) gehört, die hier offenbar nicht durchgeführt worden ist.

Trotz dieses Rechtsfehlers der angefochtenen Entscheidung bedarf es keiner Zurückverweisung an das Landgericht. Denn der Senat kann aus anderen Gründen eine abschließende Entscheidung in der Sache treffen. Wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, ist der Kostenanspruch des Beteiligten zu 2) gleichwohl verjährt, wenn nach einer zu unterstellenden Unterbrechung der Verjährungsfrist Ende Juli 1987 lediglich die kurze Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB erneut zu laufen begonnen hat; diese Verjährungsfrist wäre durch die am 23.09.1989 erneut erfolgte Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung nämlich nicht mehr rechtzeitig unterbrochen worden. Das Landgericht vertritt allerdings die Auffassung, durch die von ihm angenommene wirksame Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung Ende Juli 1987 werde eine 30-jährige Verjährungsfrist entsprechend § 218 BGB in Lauf gesetzt. Dieser Auffassung kann sich der Senat indessen nicht anschließen. Vielmehr wird auch nach einer Unterbrechung der kurzen Verjährungsfrist durch eine wirksame Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung wiederum lediglich die kurze Verjährungsfrist nach § 196 Abs. 1 Nr. 15 BGB in Lauf gesetzt. Auf dieser Grundlage ist der Kostenanspruch des Beteiligten zu 2) in jedem Fall verjährt. Auf die Wirksamkeit der Ende Juli 1987 durchgeführten Zustellung kommt es deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt nicht an.

Nach § 218 Abs. 1 BGB verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch in 30 Jahren auch dann, wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Dasselbe gilt für Ansprüche, die in einem vollstreckbaren Vergleich, einer vollstreckbaren Urkunde oder durch Feststellung zur Konkurstabelle tituliert sind. Die gesetzliche Vorschrift stattet daher nur privatrechtliche Ansprüche, für die im Verfahren nach der ZPO ein nicht lediglich vorläufig vollstreckbarer Vollstreckungstitel geschaffen worden ist, mit der 30-jährigen Verjährungsfrist aus. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift auf den Kostenanspruch des Notars kommt deshalb nicht in Betracht. Ob die Vorschrift auf den Kostenanspruch des Notars entsprechend angewendet werden kann, wird in Rechtsprechung und Literatur streitig behandelt.

Eine solche analoge Anwendung wird zunächst teilweise für den hier nicht vorliegenden Fall befürwortet, daß der Kostenanspruch des Notars in einem vorangegangenen Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO rechtskräftig bestätigt wor-

den ist (OLG Schleswig, JurBüro 1983, 1082; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 143 Rdnr. 9). Eine solche analoge Anwendung wird darüber hinaus teilweise auch dann angenommen, wenn der Notar dem Kostenschuldner eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung hat zustellen lassen und im Anschluß daran die Frist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO (Ablauf des auf das Zustellungsjahr folgenden Kalenderjahres) verstrichen ist (OLG Zweibrücken, MittBayNot 1981, 208; OLG Schleswig, JurBüro 1983, 1085; OLG Oldenburg, JurBüro 1989, 1433 = DNotZ 1990, 330; OLG München, JurBüro 1991, 1111; *Rohs* Rpfleger 1957, 422 sowie in *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 143 Rdnr. 9; *Ackermann* DNotZ 1959, 328; *Quardt*, JurBüro 1959, 446; *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 218, Rdnr. 13; *Soergel/Walter*, BGB, 12. Aufl., § 218 Rdnr. 7; so wohl auch *Korintenberg/Bengel/Lappe/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 143 Rdnr. 10). Diese Auffassung wird im wesentlichen damit begründet, daß der Kostenschuldner nach Ablauf der Beschwerdefrist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO Einwendungen gegen die Kostenberechnung nur noch insoweit geltend machen können, als die Gründe nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung entstanden seien (§ 156 Abs. 3 Satz 2 KostO). Der Kostenanspruch des Notars sei danach einer sachlichen Nachprüfung entzogen. Die Rechtsposition des Kostenschuldners sei damit mit derjenigen des Beklagten im Zivilprozeß vergleichbar, der gegenüber dem rechtskräftigen Urteil eine Vollstreckungsgegenklage nur auf nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entstandene Gründe stützen könne (§ 767 Abs. 2 ZPO). Im übrigen sei es sachlich nicht gerechtfertigt, den Notar, der aus verfahrensrechtlichen Gründen gehindert sei, über seinen Kostenanspruch ein Urteil gegen den Kostenschuldner zu erwirken, gegenüber sonstigen Titelgläubigern schlechter zu stellen. Blicke es bei der kurzen Verjährungsfrist, könne der Notar lediglich durch die Wiederholung von Vollstreckungshandlungen die Verjährungsfrist unterbrechen (§ 209 Abs. 2 Nr. 5 BGB). Dadurch werde jedoch kein angemessener Ausgleich geschaffen, wenn Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Kostenschuldner für längere Zeit keine Aussicht auf Erfolg böten bzw. der Kostenschuldner unbekanntem Aufenthalts sei.

Der Senat folgt demgegenüber der Gegenauffassung, die eine analoge Anwendung des § 218 Abs. 1 BGB ablehnt (so bereits der früher für Kostensachen zuständige 14. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm, Rpfleger 1957, 421; ferner KG NJW 1955, 633 = DNotZ 1955, 269, zuletzt bestätigt in JurBüro 1990, 1506 = DNotZ 1991, 408; OLG Stuttgart DNotZ 1959, 325; OLG Köln, JurBüro 1982, 1555; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 10. Aufl., Stichwort „Verjährung“, Anm. 2.2; *MK/von Feldmann*, BGB, 2. Aufl., § 218 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 51. Aufl., § 218 Rdnr. 2). Dabei mag offenbleiben, inwieweit der anerkannte Ausnahmeharakter des § 218 Abs. 1 BGB eine analoge Anwendung ausschließt. Maßgebend ist vielmehr, daß der Kostenanspruch des Notars öffentlich-rechtlicher Natur ist (BGH NJW 1989, 2615) und die Frage seiner Verjährung im systematischen Zusammenhang mit diesen Anspruch regelnden gesetzlichen Vorschriften der KostO behandelt werden muß. Dabei ergeben sich auch im Hinblick auf die Verjährung so gewichtige Unterschiede gegenüber den von § 218 BGB erfaßten titulierten privatrechtlichen Ansprüchen, daß auch bei wertender Betrachtung eine Gleichstellung mit diesen nicht gerechtfertigt ist.

Zu Recht haben das Oberlandesgericht Köln und das Kammergericht (a. a. O.) darauf hingewiesen, daß die KostO die Kostenberechnung des Notars dem gerichtlichen Kostenansatz gleichstellt. § 141 KostO verweist für die den

Notaren entstehenden Gebühren auf die allgemeinen Vorschriften, wobei die Verweisung nur durch wenige Ausnahmen eingeschränkt ist. Der Notar ist nach § 155 KostO berechtigt, sich durch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung seiner Kostenberechnung selbst einen Vollstreckungstitel zu verschaffen. Ist ihm dadurch auch der Weg zu einer Titulierung seines Kostenanspruches im Verfahren nach der ZPO verwehrt, so kann er doch — abgesehen von der Möglichkeit, gem. § 8 KostO Vorschüsse zu erheben — zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt als der Gläubiger eines privatrechtlichen Anspruches Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Kostenschuldner einleiten. Bereits durch die formlose Übermittlung einer Kostenberechnung wird nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KostO wie bei den im gerichtlichen Verfahren entstandenen Gebühren und Auslagen die Verjährung unterbrochen. Ansprüche aus einer Gerichtskostenrechnung unterliegen ebenfalls nicht dem Schutz einer 30-jährigen Verjährungsfrist, sondern verjähren in vier Jahren (§ 17 Abs. 1 KostO). Der öffentlich-rechtliche Kostenanspruch des Notars ist danach durch die Kostenordnung in eine systematisch eigenständige, die Gerichtskosten mitumfassende Regelung eingebunden, die den Notar hinsichtlich der Durchsetzung seines Kostenanspruches teilweise stark begünstigt, andererseits jedoch nicht die Möglichkeit einer Umwandlung der kurzen Verjährungsfrist in eine längere Verjährungsfrist nach dem Eintritt einer Bestandskraft des Kostenanspruches vorsieht. Diese in sich abgeschlossene Regelung weist auch bei wertender Betrachtung keine Gesetzeslücke auf, die durch eine analoge Anwendung des § 218 BGB zu schließen wäre. In diesem Zusammenhang hat sich das Kammergericht in seiner genannten jüngeren Entscheidung zu Recht gegen die Auffassung des OLG Oldenburg gewandt, die Vorschriften der Kostenordnung seien durch eine Anwendung des § 53 Abs. 2 VwVfG zu ergänzen, wonach öffentlich-rechtliche Ansprüche aus einem unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakt der 30-jährigen Verjährungsfrist nach § 218 BGB unterliegen. Denn das VwVfG gilt nicht für die Kostenerhebung durch die Notare, für die in der Kostenordnung eine besondere und abschließende Regelung getroffen worden ist (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG). Die Kostenberechnung eines Notars kann nicht einem unanfechtbar gewordenen Verwaltungsakt im Sinne des allgemeinen Verwaltungsrechts gleichgestellt werden.

Ein überzeugendes Argument für die analoge Anwendbarkeit des § 218 BGB kann nach Auffassung des Senats auch nicht daraus gewonnen werden, daß nach § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO nach Ablauf der dort genannten Frist Einwendungen des Kostenschuldners, soweit sie nicht nach der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung entstanden sind, nicht mehr erhoben werden können. Dieser verfahrensrechtliche Einwendungsausschluß kann nicht mit dem Vorgang des Erwirkens eines rechtskräftigen Vollstreckungstitels für einen privatrechtlichen Anspruch im Sinne des § 218 BGB gleichgestellt werden. Ausschlaggebend dafür ist, daß ein rechtskräftiger Vollstreckungstitel für einen privatrechtlichen Anspruch nur in den in der ZPO geregelten gerichtlichen Verfahren erwirkt werden kann, die (sofern der Schuldner nicht selbst an der Entstehung des Titels mitwirkt) mit besonderen Rechtsschutzgarantien zu seinen Gunsten ausgestattet sind. Das versteht sich für das Erkenntnisverfahren, in dem eine sachliche Prüfung des geltend gemachten Anspruches stattfindet, von selbst. Dies gilt aber auch für den Erlaß eines Vollstreckungsbescheides im Mahnverfahren, obwohl in diesem Verfahren der vom Gläubiger bezeichnete Anspruch sachlich nicht geprüft wird

(§ 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Denn der Schuldner wird auch in diesem Verfahren über seine Rechte umfassend belehrt: Er wird im Mahnbescheid auf die Möglichkeit der Einlegung des Widerspruchs hingewiesen, durch den er den Erlaß eines Vollstreckungsbescheides abwenden kann. Ferner wird er bei der Zustellung des Vollstreckungsbescheides darüber belehrt, daß und innerhalb welcher Frist er Einspruch einlegen kann. Innerhalb des Mahnverfahrens wird der Schuldner deshalb genau über den Ablauf des Verfahrens und die Folgen für seine Rechtsstellung sowie über seine Möglichkeiten, das Verfahren zu beeinflussen, unterrichtet. Der Schuldner weiß daher, daß, wenn er weder Widerspruch noch Einspruch einlegt, aus dem ergehenden Vollstreckungsbescheid gegen ihn im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften vollstreckt werden kann. Mit der Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung, an die § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO nach Ablauf der genannten Frist den Ausschluß des Kostenschuldners mit Einwendungen gegen die Kostenberechnung knüpft, sind solche Verfahrensgarantien nicht verbunden: Die Kostenberechnung ist nicht nur einseitig vom Notar aufgestellt. Die Zustellung wird insbesondere nicht mit einer Belehrung des Kostenschuldners über die ihm nach § 156 Abs. 1 KostO zustehende Beschwerde und die rechtlichen Folgen der Fristversäumung nach § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO verbunden. Der Kostenschuldner wird daher die besondere verfahrensrechtliche Bedeutung, die § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO an die Zustellung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung knüpft, nicht überblicken können. Da es sich bei dem ihm zugestellten Schriftstück nicht um eine gerichtliche Entscheidung handelt, wäre es für den durchschnittlichen Kostenschuldner nicht verständlich, daß sich allein an diese Zustellung eine nunmehr dreißigjährige Verjährungsfrist für den Kostenanspruch anknüpfen sollte. Der Einwendungsausschluß nach § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO ist damit keine hinreichende Grundlage für eine analoge Anwendung des § 218 Abs. 1 BGB.

Die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2) vom 27. 07. 1987 war danach aufzuheben. Zugleich hat der Senat den Beteiligten zu 2) auf den Antrag des Beteiligten zu 1) gem. § 157 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 KostO zur Erstattung des gezahlten Kostenbetrages von 924,31 DM verpflichtet. Hinsichtlich des darauf geltend gemachten Zinsanspruches gilt folgendes:

Nach § 157 Abs. 2 Satz 2 KostO hat der Notar (über die Erstattung des gezahlten Kostenbetrages hinaus) den Schaden zu ersetzen, der dem Kostenschuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entstanden ist, wenn dieser seine Einwendungen gegen die Kostenberechnung innerhalb eines Monats seit Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung im Wege der Beschwerde nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO erhoben hat. Es handelt sich dabei um einen in Anlehnung an § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO ausgestalteten Schadensersatzanspruch, dessen Entstehung zusätzlich an die Einlegung der Beschwerde durch den Kostenschuldner innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung geknüpft ist. An dieser letzteren Voraussetzung fehlt es hier, da die Beschwerdeschrift der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) erst am 02. 07. 1990 bei dem Landgericht eingegangen ist.

Auch ein Anspruch des Beteiligten zu 1) auf Zahlung von Verzugszinsen ist nicht gerechtfertigt. Der BGH (NJW 1989, 2615 [= MittBayNot 1989, 280 = DNotZ 1990, 313]) hat eine analoge Anwendung der §§ 284 ff. BGB auf den Kosten-

anspruch des Notars im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Natur dieses Anspruchs und die abschließende Sonderregelung durch die Vorschriften der KostO abgelehnt. Der von den Beteiligten zu 1) geltend gemachte Erstattungsanspruch hat dieselbe Rechtsnatur wie der Kostenanspruch des Notars. § 157 Abs. 1 Satz 2 KostO ist auch insoweit als Sonderregelung zu verstehen, die eine Verzinsung des Erstattungsanspruches nach den allgemeinen Verzugsvorschriften ausschließt.

Indessen können dem Beteiligten zu 1) in entsprechender Anwendung des § 291 BGB Prozeßzinsen zugesprochen werden. Diese Vorschrift ist auf öffentlich-rechtliche Geldforderungen, insbesondere einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, entsprechend anzuwenden (BGH NJW 1970, 1637 f.). Das Beschwerdeverfahren nach § 156 Abs. 1 KostO gehört zu den echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem die gerichtliche Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst und dementsprechend die Regeln der ZPO über die Rechtshängigkeit entsprechende Anwendung finden (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FG, 12. Aufl., § 12 Rdnr. 196 sowie § 31 Rdnr. 20 und 25). Die Beschwerdeschrift des Beteiligten zu 1) ist dem Beteiligten zu 2) zwar nicht förmlich zugestellt worden, jedoch hat er mit Schriftsatz vom 06. 07. 1990 erklärt, daß er an diesem Tag das Anschreiben des Landgerichts mit der Beschwerdeschrift erhalten habe. Ab diesem Tag sind dem Beteiligten zu 1) deshalb 4% Zinsen auf den Erstattungsbetrag zuzusprechen.

Über die Erstattung außergerichtlicher Kosten des Verfahrens ist nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG zu entscheiden. Dabei entspricht es nicht der Billigkeit, dem in der Sache unterlegenen Beteiligten zu 2) die Erstattung der dem Beteiligten zu 1) im Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzugeben. Grundsätzlich haben die Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen. Davon abzuweichen besteht hier kein hinreichender Anlaß, zumal sich das Landgericht in der umstrittenen Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 218 Abs. 1 BGB der Rechtsauffassung des Beteiligten zu 2) auf der Grundlage der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte angeschlossen hat.

D.

Steuerrecht

23. EStG § 4 Abs. 4 (*Zur betrieblichen Zuordnung von Schuldzinszahlungen bei einheitlichem Kaufvertrag über gemischt genutztes Grundstück*)

Wird durch einen einheitlichen Kaufvertrag ein gemischt genutztes Grundstück erworben und die Kaufpreisschuld teils mit Fremd-, teils mit Eigenmitteln beglichen, so sind die Zinszahlungen nur im Verhältnis des betrieblich zum privat genutzten Anteil als Betriebsausgaben abziehbar. Einen Grundsatz, daß vorrangig der auf privater Veranlassung beruhende Teil der Schuld getilgt werde, gibt es nicht (Abgrenzung zur Behandlung gemischter Kontokorrentkonten durch den Großen Senat im Beschluß vom 4. Juli 1990 GrS 2-3/88, BFHE 161, 290, BStBl II 1990, 817).

BFH, Urteil vom 7. 11. 1991 — IV R 57/90 —

24. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1, § 9 Abs. 2 Nr. 4 (*Grunderwerbsteuer bei Grundstückskauf- und Gebäudeerrichtungswerkvertrag mit verschiedenen Beteiligten*)

1. Der für den Umfang der grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird nicht nur durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst bestimmt, sondern auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehende Vereinbarungen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält. Maßgebend ist der Gesamthalt der Vereinbarungen unter Berücksichtigung aller Begleitumstände.
2. Einem im Hinblick auf eine bestimmte steuerrechtliche Folgewirkung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich oder konkludent — etwa durch Aufnahme der Vereinbarungen in mehrere Urkunden — erklärten, von dem ermittelten objektiven Sachverhalt abweichenden Willen der Vertragsparteien kommt keine Bedeutung zu, denn es liegt nicht im Belieben des Steuerpflichtigen, ein objektiv zusammengehörendes Rechtsgeschäft mit steuerrechtlicher Wirkung in mehrere Einzelgeschäfte aufzuteilen.
3. Der Einbeziehung des gesamten Kaufpreises in die Bemessungsgrundlage steht es nicht entgegen, daß der Kaufvertrag über das Grundstück durch den Ehemann allein, der Vertrag über die Errichtung des Fertighauses vom Ehemann zusammen mit seiner Ehefrau abgeschlossen worden ist.

BFH, Urteil vom 5.2.1992 — II R 110/88 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger erwarb durch Kaufvertrag vom 29. 1. 1985 einen Miteigentumsanteil von 155/480 eines 893 qm großen Grundstücks in Berlin zu einem Kaufpreis von 155.000 DM. Die übrigen Miteigentumsanteile wurden an zwei Ehepaare veräußert. Der Grundstücksverkäufer, ein Baubetreuer, hatte bereits beim Kauf des Grundstücks die Absicht, es innerhalb der nächsten fünf Jahre im Rahmen des öffentlich geförderten Wohnungsbaus einer Bebauung zuzuführen. Am 18. 2. 1985 schlossen der Kläger und seine Ehefrau mit der A-GmbH einen Lieferungs- und Bauerrichtungsvertrag über eine Doppelhaushälfte (B-Massivhaus inklusive Keller) für 375.000 DM; in einer gesonderten Urkunde vom selben Tag war vereinbart, daß die Festlegung des Fertighausherstellers unter dem Vorbehalt erfolge, daß der noch zu benennende zukünftige Miteigentümer der anderen Doppelhaushälfte der Auswahl des Haustyps zustimme. Die andere Doppelhaushälfte hatte ein Ehepaar, das den entsprechenden Miteigentumsanteil zuvor gekauft hatte, bereits mit Vertrag vom 12. 12. 1984 erworben, und zwar ebenfalls durch die A-GmbH. Der Bauantrag war bereits vor der ersten Veräußerung am 4. 6. 1984 gestellt worden; die Baugenehmigung wurde am 7. 6. 1985 erteilt.

Das Finanzamt (FA), der Beklagte und Revisionskläger, setzte durch Bescheid vom 4. 12. 1985 aus einer Bemessungsgrundlage von (155.000 DM + 375.000 DM =) 530.000 DM Grunderwerbsteuer in Höhe von 10.600 DM fest. Nach seiner Auffassung bildeten die Verträge über den Erwerb des Miteigentumsanteils am Grund und Boden und der noch zu errichtenden Doppelhaushälfte ein einheitliches Vertragswerk, gerichtet auf das bebaute Grundstück.

Nach erfolglosem Einspruch setzte das Finanzgericht (FG) die Grunderwerbsteuer auf 3.110 DM herab.

Das FA hat Revision eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Streit-sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. Das Urteil des FG ist aufzuheben. Die Ausführungen der Vorentscheidung tragen nicht das vom FG gefundene Ergebnis, die Aufwendungen für das Fertighaus gehörten nicht zur Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks durch den Kläger und damit nicht zur Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

a) Der notariell beurkundete Vertrag vom 29. 1. 1985 ist ein Rechtsgeschäft, der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer unterliegt. Die Steuer dafür bemißt sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG 1983). Zur Gegenleistung gehört bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983).

Für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist entscheidend, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist (vgl. z. B. Urteile des BFH vom 29. 6. 1988 II R 258/85, BStBl II 1988, 898 [= MittBayNot 1988, 252]; vom 24. 1. 1990 II R 94/87, BStBl II 1990, 590; sowie — zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1940 — BFH-Urteil vom 11. 3. 1981 II R 77/78, BStBl II 1981, 537, m. w. N.); denn Gegenstand der auf die Grundstücksübereignung abzielenden Vereinbarungen kann das Grundstück in dem Zustand sein, den es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat, oder in einem (künftigen) Zustand, in den es erst zu versetzen ist.

b) Der für den Umfang der Gegenleistung maßgebliche Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird nicht nur bestimmt durch das den Übereignungsanspruch begründende Rechtsgeschäft selbst, sondern — ggf. — auch durch mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehende Vereinbarungen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, daß der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält (BFH-Urteile vom 18. 10. 1989 II R 143/87, BStBl II 1990, 183, und II R 85/87, BStBl II 1990, 181, sowie in BStBl II 1990, 590). Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln. Die dabei zu beachtenden Auslegungsregeln hat das FG verkannt.

2. a) Sind, wie im Streitfall, vom Erwerber mit je unterschiedlichen Vertragspartnern Verträge über den Erwerb des Grundstücks und über die Errichtung des Fertighauses abgeschlossen worden, so ist zu prüfen, ob die mehreren Verträge darauf abzielen, dem Erwerber ein Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Maßgebend ist der Gesamthalt der Verträge unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB; BFH-Urteil vom 4. 5. 1983 II R 6/82, BStBl II 1983, 609 [= MittBayNot 1983, 262] und BFH-Beschluß vom 18. 9. 1985 II B 24-29/85, BStBl II 1985, 627 [= MittBayNot 1985, 273]). Bereits dies hat das FG nicht beachtet; vielmehr hat es sich auf die buchstäbliche Übernahme des in den Verträgen Erklärten beschränkt und danach entschieden. Zwar hat das FG auch ausgeführt, daß im Einzelfall zu ermitteln sei, ob die Verträge auf die Verschaffung des Grundstücks in bebautem Zustand gerichtet gewesen seien. Es hat die Möglichkeit einer derartigen Beurteilung für den Streitfall jedoch verneint, weil dies „wohl nur ausnahmsweise der Fall“ sei, wenn dem Erwerber mehrere Personen gegenüberstünden, die weder rechtlich noch wirtschaftlich miteinander verbunden seien, ohne den Sachverhalt in diesem Zusammenhang auch nur im entferntesten über das hinaus zu untersuchen, was sich aus dem Inhalt der Akten, insbesondere aus den Buchstaben der Verträge ergeben hat. Entsprechendes gilt für die Ausführungen

des FG, es könne nicht festgestellt werden, daß sich die A-GmbH mit dem Veräußerer des Grundstücks zusammengetan hätte, um mit diesem eine einheitliche Leistung zu erbringen; denn aus dem Lieferungs- und Errichtungsvertrag ergebe sich dies nicht.

b) Der erkennende Senat folgt dem FG auch nicht, soweit seine Ausführungen dahin zu verstehen sein könnten, daß die Vereinbarungen über Grundstückskauf und Erwerb des Fertighauses deshalb je für sich zu beurteilen und nur je für sich rechtlich beachtlich seien, weil aus der getrennten Abfassung der Verträge hervorgehe, daß die Vertragsparteien dies so gewollt haben und der erklärte Wille der an den Rechtsgeschäften beteiligten Personen stets maßgebend sei. Dies würde weder in jedem Fall der Beurteilung der (zivilrechtlichen) Beziehungen zwischen den an Rechtsgeschäften Beteiligten gerecht werden noch den bei der Auslegung und Anwendung des Steuerrechts zu beachtenden Grundsätzen entsprechen.

Bereits bei der zivilrechtlichen Beurteilung hat die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB je nach der Art der Erklärung und der bestehenden Interessenlage auf den wahren Willen des Erklärenden abzustellen oder die objektive Erklärungsbedeutung seines Verhaltens zu ermitteln, maßgebend ist der objektive Erklärungswert (BGHZ 36, 30, 33).

Das gilt auch für die Erfassung des Grunderwerbsteuerrechtlich maßgebenden Lebenssachverhalts. Der Senat hat bereits im Beschluß in BStBl II 1985, 627 ausgeführt, daß bei der Ermittlung, was Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist, unter Beachtung von §§ 133, 157 BGB nach dem Willen der vertragschließenden Parteien zu forschen ist, der objektiv verwirklicht werden kann, um so eingrenzen zu können, was die Beteiligten mit Rechtsfolgwillen und mit Rechtswirkung erklärt haben. In den Urteilen vom 18.10.1989 II R 143/87 (BStBl II 1990, 183) und II R 85/87 (BStBl II 1990, 181) hat der Senat unter Bezugnahme auf den Beschluß in BStBl II 1985, 627 maßgebend darauf abgestellt, ob zwischen den Verträgen ein so enger sachlicher Zusammenhang besteht, daß der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält. Das bedeutet nach dem oben Ausgeführten, daß nach dem Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 auf den Sachverhalt zurückzugehen ist, der sich nach objektiven Maßstäben unter Berücksichtigung aller Umstände ermitteln läßt. Einem insbesondere im Hinblick auf eine bestimmte steuerrechtliche Folgewirkung des Rechtsgeschäfts ausdrücklich oder konkludent — etwa durch Aufnahme der Vereinbarungen in mehrere Urkunden — erklärten, vom objektiven Sachverhalt abweichenden Willen kommt keine Bedeutung zu, denn es liegt nicht im Belieben des Steuerpflichtigen, ein objektiv zusammengehörendes Rechtsgeschäft mit steuerrechtlicher Wirkung in mehrere Einzelgeschäfte aufzuteilen. Die Parteien können zwar einen Sachverhalt vertraglich gestalten, nicht aber die steuerrechtlichen Folgen bestimmen, die das Steuergesetz an die vorgegebene Gestaltung knüpft (Beschluß des BVerfG vom 27.12.1991 2 BvR 72/90 DSfR 1992, 106).

Stehen, wie im Streitfall, dem Erwerber mehrere Vertragspartner gegenüber, so hängt die Beurteilung, ob Gegenstand des Erwerbsgeschäfts das bebaute Grundstück ist, davon ab, ob unter Berücksichtigung der Umstände der Vertragsanbahnung, der Vertragsverhandlungen, der Zeit, des Ortes und der Begleitumstände ein dem Erwerber objektiv erkennbares abgestimmtes Verhalten auf der Veräußerungsseite

festgestellt werden kann, das darauf gerichtet ist, dem Erwerber als einheitlichen Leistungsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen. Der erkennende Senat hat hierzu in den Urteilen in BStBl II 1990, 183; BStBl II 1990, 181; vom 14.3.1990 II R 169/87 (BFH/NV 1991, 263), sowie vom 6.3.1991 II R 133/87 BStBl II 1991, 532) Entscheidungskriterien entwickelt.

3. Der erkennende Senat vermag der von dem FG in seinem Urteil vom 15.12.1990 I 338-339/86 (EFG 1991, 496) vertretenen Meinung nicht zu folgen, daß die Rechtsprechung des Senats zum Gegenstand des Erwerbsvorganges (z. B. Urteile vom 18.10.1989 II R 85/87, BStBl II 1990, 181, und vom 24.1.1990 II R 94/87, BStBl II 1990, 590) sich als steuerverstärkende unzulässige Analogie ausweise, weil sich eine vom Zivilrecht abweichende Auslegung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 im Sinne der Berücksichtigung eines engen sachlichen Zusammenhangs nach objektiver Betrachtungsweise sowohl unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung als auch wegen des Charakters der Grunderwerbsteuer als einer Rechtsverkehrsteuer und schließlich wegen des speziellen Wortlauts des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 verbiete. Der Senat verweist insoweit auf die Ausführungen des BVerfG im Beschluß vom 27.12.1991 2 BvR 72/90.

4. a) Die Sache wird an das FG zurückverwiesen; die tatsächlichen Feststellungen, die sich im wesentlichen in einer Wiedergabe der schriftlichen Verträge erschöpfen, reichen für eine abschließende Entscheidung nicht aus. Der Gegenstand des Erwerbsvorganges ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände nach den zu 2. dargestellten Grundsätzen zu bestimmen (§ 126 Abs. 5 FGO). Diese Umstände wird das FG unter Beachtung des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 76 FGO) zu erforschen und umfassend zu würdigen haben (§ 96 FGO). Gem. § 76 Abs. 1 Satz 2 FGO hat das Gericht die Beteiligten heranzuziehen. Dem Vorbringen der Beteiligten kommt wesentliche Bedeutung für den Umfang der durch das Gericht anzustellenden Ermittlungen zu; das FG wird daher insbesondere auch den Tatsachenvortrag des FA zu beachten und zum Gegenstand seiner Sachaufklärung zu machen haben.

b) Entgegen der in der Vorentscheidung angedeuteten Auffassung steht es der Einbeziehung des gesamten Kaufpreises in die Bemessungsgrundlage nicht entgegen, daß der Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil durch den Kläger allein, der Vertrag über die Errichtung der Fertighausdoppelhälfte vom Kläger zusammen mit seiner Ehefrau abgeschlossen worden ist. Der Anspruch der Ehefrau aus dem Vertrag über das Fertighaus als Gesamtberechtigte mit ihrem Ehemann ist auf Lieferung und Errichtung des Fertighauses einschließlich Keller auf dem Grundstück des Ehemanns gerichtet. Mit der Errichtung geht das Fertighaus als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks in das Eigentum des Grundstückseigentümers über (§ 94 BGB i. V. m. § 946 BGB); es bildet mit dem Grundstück eine rechtliche Einheit und ist als solche das in § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG 1983 erfaßte Grundstück. Erweist sich, daß der Kläger im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages über das „Ob“ und das „Wie“ der Bebauung nicht mehr frei war, so gehört auch der — nach den bisherigen Feststellungen des FG — von der Ehefrau zur Hälfte aufgewendete Kaufpreis gem. § 9 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG 1983 als Leistung eines Dritten zur Gegenleistung.

25. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 22 Nr. 1, § 12 Nr. 2 (*Geldrente in Altenteilsvertrag ist regelmäßig auch ohne Bezugnahme auf § 323 ZPO dauernde Last*)

Wird Vermögen (hier: Einzelhandelsgeschäft und privater Grundbesitz) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge u. a. gegen eine lebenslängliche Geldrente übertragen, ist deren Höhe auch dann, wenn eine ausdrückliche Änderungsklausel fehlt, regelmäßig abänderbar (Anschluß an BFH-Beschluß MittBayNot 1992, 67).

BFH, Urteil vom 11.3.1992 — X R 141/88 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind zusammenveranlagte Eheleute. Die Klägerin ist Inhaberin eines Fotogeschäftes; der Kläger ist dort angestellt. Durch Übergabevertrag vom 20.12.1972 hat die Klägerin mit Wirkung vom 1.1.1973 von ihrem damals 69 Jahre alten Vater dieses Geschäft und von ihren Eltern Teileigentum (Geschäftslokal und eine Wohnung) gegen Zahlung einer monatlichen Rente übernommen. Die Rente betrug zunächst 750 DM monatlich und war durch Anbindung an den Lebenshaltungskostenindex wertgesichert. Der Vertrag enthält keine ausdrückliche Bezugnahme auf § 323 ZPO. Außerdem verpflichtet sich die Klägerin, die Hälfte aller nicht durch Versicherungsleistungen gedeckten Krankheitskosten zu tragen und den Eltern im Alter und bei Krankheit — gemeinsam mit ihrer Schwester — Wart und Pflege zu gewähren. In dem Übergabevertrag heißt es: „Die ... Rente dient der Altersversorgung der Übergeber.“ Zur Pflegeleistung ist vereinbart:

„Frau M. H. hat ihren Eltern im Alter und bei Krankheit freie Wart und sorgsamste Pflege zu gewähren und sämtliche Arbeiten und Verrichtungen des täglichen Lebens zu verrichten, insbesondere die täglichen Mahlzeiten zuzubereiten, soweit die Übergeber hierzu selbst nicht mehr in der Lage sind. Hierzu gehört insbesondere auch das Reinigen der Wohnung und das Instandhalten der Kleidung und Wäsche, sowie die sonstigen Handreichungen des täglichen Lebens und die Durchführung aller Botengänge.“

Mit notariellem „Nachtrag“ vom 25.2.1980 wurde der Übergabevertrag dahin ergänzt, daß nunmehr sowohl die Klägerin als auch ihr Vater — die Mutter war im Jahre 1978 verstorben — berechtigt sind, eine Änderung der Rentenhöhe zu verlangen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragsschließenden ändern,

„insbesondere also

a) wenn sich die Lebensbedürfnisse des Vaters wesentlich erhöhen oder vermindern, beispielsweise durch unerwartetes Hinzukommen oder Wegfallen einer weiteren Einnahmequelle oder durch langwierige und kostspielige, nicht durch Versicherungsleistungen oder sonstige Leistungen gedeckte Krankheiten, oder

b) wenn sich die Leistungsfähigkeit der Tochter wesentlich ändert, insbesondere durch eine wesentliche, heute noch nicht vorhersehbare Änderung der Ertragslage des an sie mit der Vorurkunde übergebenen Geschäftsbetriebes.“

In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre 1980 bis 1982 beantragten die Kläger, für die Zeit ab Februar 1980 den inzwischen auf monatlich 1.000 DM gestiegenen Rentenbetrag voll zum Abzug als Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 a Satz 1 EStG) zuzulassen. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt — FA —) folgte dem nicht; er berücksichtigte die Leistungen nur in Höhe des Ertragsanteils von 19 v. H. (1980 und 1981) bzw. 23 v. H. (1982).

Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen. Der Änderungsvertrag vom 25.2.1980 sei für die steuerrechtliche Beurteilung der privaten Versorgungsrente unbeachtlich. Er stehe nicht mehr in unmittelbarem Zusammenhang mit der sieben Jahre zuvor vereinbarten Vermögensübergabe: Die Gründe für die Vertragsänderung lägen nicht in der ursprünglichen Abhängigkeit von Vermögensübergabe und Leistungen. Auch sei nicht ersichtlich, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des Übergabevertrages falsche Vorstellungen über den Wert des übertragenen Vermögens gehabt hätten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet.

Schon die auf der Grundlage des Vertrages vom 20.12.1972 gezahlten Leistungen sind, weil abänderbar, als dauernde Last abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Die Abänder-

barkeit folgt hier zwar nicht aus einem ausdrücklichen Änderungsvorbehalt, aber aus der Rechtsnatur des Übergabevertrages als Versorgungsvertrag. Es kommt nicht darauf an, ob sich die Rechtsnatur der Zahlungen infolge des Ergänzungsvertrages vom 25.2.1980 geändert hat.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Leibrenten können — nach näherer Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG — nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden, der sich aus der in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG aufgeführten Ertragswerttabelle ergibt.

2. Der Große Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) hat sich in zwei Entscheidungen mit der Übergabe von Vermögen gegen Versorgungsleistungen befaßt.

a) In seinem Beschluß vom 5.7.1990 GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, 326 f., BStBl II 1990, 847, dort unter C. II. 1. a [= MittBayNot 1990, 372]) hat er die zivil- und steuerrechtliche Sonderstellung des Vermögensübergabevertrages hervorgehoben.

In *zivilrechtlicher* Hinsicht handelt es sich hierbei um eine Vereinbarung, in der Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Hof, Betrieb oder (auch: privaten) Grundbesitz mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge auf einen oder mehrere Abkömmlinge übertragen und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen weiteren Abkömmlinge Ausgleichszahlungen ausbedingen. Die Besonderheit des Übergabevertrages wird darin gesehen, daß er der folgenden Generation unter Vorwegnahme des Erbfalls das Nachrücken in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit ermöglicht und gleichzeitig die Versorgung des Übergebers aus dem übernommenen Vermögen zumindest zu einem Teil sichert.

In *steuerrechtlicher* Hinsicht beruht die Zurechnung der Versorgungsleistungen aus einer Vermögensübergabe zu den Sonderausgaben und wiederkehrenden Bezügen darauf, daß sich der Vermögensübergeber in Gestalt von Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen. Durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge unterscheiden sich Versorgungsleistungen von Unterhaltsleistungen i. S. von § 12 Nr. 1 EStG; sie enthalten deshalb auch keine Zuwendungen des Vermögensübergebers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i. S. von § 12 Nr. 2 EStG. Da die Versorgungsleistungen keine Gegenleistungen des Übernehmers sind, müssen sie nicht vorab mit dem Wert des übertragenen Vermögens verrechnet werden (Beschluß in BFHE 161, 317, 328 f., BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. c).

Der Große Senat hat an der übernommenen Rechtsprechung festgehalten, daß Versorgungsleistungen, die anlässlich der Vermögensübergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vom Übernehmer zugesagt werden, weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten, sondern wiederkehrende Bezüge und Sonderausgaben darstellen. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob im Einzelfall die zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Leibgedings (Art. 96 EGBGB) erfüllt sind (BFHE 161, 317, 327 f., BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. b und c).

b) Mit Beschluß vom 15.7.1991 GrS 1/90 (BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78, unter C. II. 2. und 3. [= MittBayNot 1992, 67]) hat der Große Senat zur Unterscheidung von Leibrente und dauernder Last entschieden:

Der steuerrechtliche Begriff der *Leibrente* setzt gleichbleibende Leistungen/Bezüge voraus. Mit der Ertragswertabelle bezweckt das Gesetz, bei einer von der Lebensdauer einer Person abhängigen Verrentung der Höhe nach feststehender Vermögensansprüche den abziehbaren/steuerbaren Zinsanteil von der nichtsteuerbaren Vermögensumschichtung zu sondern. Diese Fälle der Vermögensumschichtung sind dadurch gekennzeichnet, daß eine Versorgung der Bezugsberechtigten allenfalls Motiv für den Leistungsaustausch ist, nicht aber Vertragsinhalt in dem Sinne, daß die Höhe der Leistungen bei Änderungen in der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und/oder des Versorgungsbedürfnisses des Berechtigten schwanken könnte.

Demgegenüber sind in sachlichem Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbarte wiederkehrende Geld- oder Sachleistungen *dauernde Lasten*, wenn sie nicht gleichbleibend sind (unter C. II. 3.). Auch soweit Geldleistungen Inhalt eines solchen Versorgungsvertrages sind, haben die Vertragsschließenden die rechtlich anerkannte Möglichkeit, diese als abänderbar und damit als dauernde Last zu vereinbaren. Für eine steuerrechtlich zu beachtende Änderungsklausel genügt der „Vorbehalt der Rechte aus § 323 ZPO“, weil dies so zu verstehen ist, daß der Vertrag nach Maßgabe des materiellen Rechts, auf das diese Vorschrift Bezug nimmt, abänderbar sein soll. Fehlt eine Bezugnahme auf § 323 ZPO, kann sich eine gleichwertige Änderungsmöglichkeit aufgrund eines Vertragsinhalts ergeben, der eine Anpassung nach den Bedürfnissen des Vermögensübergabers und/oder der Leistungsfähigkeit des Übernehmers erlaubt (unter C. II. 3. c). Die Änderungsmöglichkeit kann auch aus der „Rechtsnatur des Versorgungsvertrages“ hergeleitet werden. Ein Anwendungsfall des Versorgungsvertrages kann der Altenteilsvertrag (Art. 96 EGBGB) sein (unter C. II. 1. d).

3. Eine dauernde Last liegt nicht nur dann vor, wenn sich die Abänderbarkeit aus dem Vertragstext ergibt. Die Aussage des Großen Senats ist vielmehr so zu verstehen, daß sich die Änderungsmöglichkeit auch aus der „Rechtsnatur des Versorgungsvertrages“ ergeben kann. Damit ist der allgemeine Vertragstyp angesprochen, dem der einzelne Vertrag seinem (von Fall zu Fall durch Auslegung zu ermittelnden) Inhalt nach zuzuordnen oder von dem er in gleicher Weise jeweils abzugrenzen ist. Dabei gehören zum „Vertragsinhalt“ nicht nur die ausdrücklich ausformulierten Klauseln, sondern auch die Gesamtheit der Rechtsfolgen, für die das dispositive Recht diejenigen Rechtssätze bereithält, die ihrerseits den betreffenden Schuldvertragstyp beschreiben. Die vertragstypischen Rechte und Pflichten ergeben sich nicht erst „aus der sie benennenden Norm, sondern aus dem Inhalt des konkreten Vertrages in Verbindung mit dem Rechtssatz, daß verpflichtende Verträge grundsätzlich rechtsverbindlich sind“ (vgl. zu „erläuternden Rechtssätzen“ *Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 258 f., 297 f.).

Bezogen auf den „typischen“ Versorgungsvertrag bedeutet dies, daß die Abänderbarkeit der Versorgungsleistungen immanenter „Vertragsinhalt“ ist, der die „Rechtsnatur“ des Vertrages prägt.

4. Die Verweisung auf Inhalt bzw. Rechtsnatur des anlässlich einer Vermögensübergabe vereinbarten Versorgungsvertrages führt zu den folgenden Grundsätzen:

a) Der Übergabevertrag unter Vorbehalt von Versorgungsleistungen ist zivilrechtlich ein selbständiger Vertragstyp. Die durch die Übergabe existenzsichernden Vermögens und den hierauf gründenden einvernehmlichen Vertragszweck vorgeprägte Interessenlage ist exemplarisch und richtungweisend bewertet in den zu Art. 96 EGBGB ergangenen landesrechtlichen Ausführungsgesetzen. Wesentlich ist das „Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz — wenigstens teilweise — begründende Wirtschaftseinheit“ (BGHZ 53, 41, 43; BGH MittBayNot 1989, 81). Eine „Verknüpfung der beiderseitigen Lebensverhältnisse“ (MünchKommPecher, Art. 96 EGBGB Rdnrn. 8, 17) ergibt sich daraus, daß das Versorgungsbedürfnis typischerweise notwendige Folge der Übertragung des existenzsichernden Vermögens ist: Die Vermögensüberlassung begründet „die aus der Überlassung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage gegen Übernahme der persönlichen Versorgung folgende wechselseitige Gebundenheit“ (Pecher, a. a. O., Rdnr. 6). In diesem Sinne ist das bürgerlich-rechtliche Altenteil ein Inbegriff von Versorgungsleistungen verschiedener Art, die durch die gemeinsame Zweckbestimmung, den Berechtigten ganz oder teilweise zu versorgen, zu einer rechtlichen Einheit verbunden sind (BGZ 162, 52, 57; BGH-Urteil vom 19.6.1964 V ZR 4/63, LM Preuß. AGBGB Art. 15 Nr. 6).

Die für den Altenteilsvertrag entwickelten Regeln auf die Anpassung der Versorgungsleistungen werden vielfach auf ähnliche Versorgungsverträge übertragen (BGH-Urteil vom 20.3.1981 V ZR 152/79 [= MittBayNot 1982, 63]; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 326 m. w. N.; Pecher, a. a. O., Rdnr. 6). Der Zweck der Unterhaltssicherung erfordert eine flexiblere Risikoverteilung als bei einer Verrentung im Rahmen eines vermögensrechtlichen Leistungsaustauschs.

Altenteilsleistungen können *der Art nach* insofern abgeändert werden, als sich bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse ein Anspruch auf Natural- und Versorgungsleistungen in einen Geldanspruch umwandeln kann (vgl. — zu Art. 15 § 8 Preuß. AGBGB — BGHZ 25, 293, 295; OLG Düsseldorf, a. a. O.). Eine Änderung *der Höhe nach* ist z. B. möglich, wenn sich die Ertragskraft des übertragenen Vermögens verbessert (vgl. Pecher, a. a. O., Rdnr. 26 ff.; Dessel, 1970, 58, jeweils m. w. N.).

b) Der Altenteilsvertrag *kann* ein Anwendungsfall des Versorgungsvertrages sein. Auch für Versorgungsverträge gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit; der Vertragstypus „Versorgungsvertrag“ ist nicht gesetzlich definiert; die landesrechtlichen Regelungen haben nur ergänzende Bedeutung und sind abdingbar (BGH, LM Preuß. AGBGB Art. 15 Nr. 1; Pecher, a. a. O., Rdnrn. 1, 3). Nach den dargelegten Grundsätzen werden die in einem Altenteilsvertrag vereinbarten Versorgungsleistungen regelmäßig abänderbar sein und deswegen zu einer dauernden Last führen. Eine Leibrente hingegen wird vornehmlich anzunehmen sein, wenn und soweit die Vertragsparteien eine Abänderbarkeit ausdrücklich ausschließen.

c) Bei dieser Sicht schließt die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel die darüber hinausgehende Abänderbarkeit von Leistungen nicht aus. Die Wertsicherungsklausel hat die Funktion, den inneren Wert des Anspruchs gegen ein allgemeines Währungsrisiko zu sichern. Dessen ungeachtet kann die Änderung der Rentenhöhe aufgrund einer neuen

Wirtschafts- und Bedarfssituation zur Verwirklichung des mit dem Vertrag angestrebten Versorgungszwecks erforderlich werden.

5. Die Klägerin und ihr Vater haben in dem Vertrag vom 20. 12. 1972 eine Vermögensübergabe gegen der Höhe nach abänderbare Versorgungsleistungen vereinbart. Eine Abänderbarkeit ergibt sich zwar nicht aus einer Bezugnahme auf § 323 ZPO, wohl aber aus der Rechtsnatur des Vertrages als Versorgungsvertrag. (*Wird ausgeführt.*)

6. Die hiergegen gerichteten Einwände des FA greifen nicht durch.

a) Das FA meint, die denkbaren variablen Lebensbedürfnisse der Eltern seien bereits durch die übrigen Vertragsklauseln abgedeckt, so daß die Geldleistung (in Höhe von ursprünglich 750 DM) für sich gesehen von vornherein als unabänderbar und somit als Leibrente vereinbart worden sei. Dem folgt der erkennende Senat nicht. Zwar haben die Vertragsschließenden Vorsorge z. B. für den Fall getroffen, daß *Krankheitskosten* nicht von der Versicherung erstattet werden. Denkbar ist aber z. B., daß aufgrund der *Pflegebedürftigkeit* der Eltern höhere Barleistungen erbracht werden müssen. Diese Überlegung zeigt, daß auch die in Geld zu erbringenden Leistungen aufgrund ihres Zweckes zum Inbegriff der Versorgungsleistungen gehören und die einzelnen Leistungen hinsichtlich Bestand und Höhe voneinander abhängig sind.

b) Zu Unrecht meint das FA, ein fremder Dritter hätte — anders als die Klägerin im Jahre 1980 — seine Rechtsposition nicht aufgegeben und sich nicht auf eine Änderung des Vertrages eingelassen. Das FA verkennt, daß Verträge der hier zu beurteilenden Art ohnehin in der Regel nur zwischen Angehörigen — zur Vorwegnahme der Erbfolge — abgeschlossen werden. Es ist geradezu charakteristisch für die „Rechtsnatur des Versorgungsvertrages“, daß die Vertragspartner auf wechselnde Einkommens- und/oder Bedarfssituationen angemessen reagieren und die Vertragspflichten entsprechend anpassen müssen.

IV. Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuerliche Behandlung des Nießbrauchs und anderer Nutzungsrechte bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung;

hier: Anwendung des BFH-Urteils vom 31.10.1989 — IX R 216/84 — (BStBl 1992 II S. 506)

— BMF-Schreiben vom 26.5.1992, Az. IV B 3 — S 2253 — 3/92 II, BStBl 1992 I, 370 —

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zu der Frage der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bei der Bestellung eines Nießbrauchs für einen Minderjährigen durch dessen gesetzlichen Vertreter wie folgt Stellung:

1. Räumen Eltern ihren minderjährigen Kindern einen Nießbrauch an einem Grundstück ein, bedarf es in der Regel der Mitwirkung eines Pflegers (BFH-Urteil vom 13.5.1980 — BStBl 1981 II S. 297), weil das mit dem Nießbrauch regelmäßig verbundene gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher neben Rechten auch Pflichten des Nießbrauchers begründet und der Nießbraucher daher nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Insbesondere der Eintritt des Nießbrauchers in die Vermieterstellung ist insoweit als rechtlich nachteilig anzusehen. Daher ist auch in den Fällen des Bruttonießbrauchs die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich, wenn der Nießbraucher in bestehende Mietverhältnisse eintreten oder zur Vermietung verpflichtet sein soll.

Die Bestellung des Nießbrauchs ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist in diesen Fällen einkommensteuerlich auch dann nicht anzuerkennen, wenn das Vormundschaftsgericht die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers für entbehrlich angesehen hat (BFH-Urteil vom 31.10.1989 — IX R 216/84 — BStBl 1992 II S. 506). Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für die Dauer des Nießbrauchs ist nicht erforderlich (BFH-Urteil vom 13.5.1980 — BStBl 1981 II S. 295).

2. Die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist ebenfalls bei Bestellung eines unentgeltlich begründeten obligatorischen Nutzungsrechtes erforderlich, wenn das nutzungs-

berechtigte minderjährige Kind in bestehende Mietverhältnisse eintreten oder zur Vermietung verpflichtet sein soll. Tz. 1 ist entsprechend anzuwenden.

3. Tz. 1 dieses BMF-Schreibens tritt an die Stelle von Tz. 4 des BMF-Schreibens vom 15.11.1984 (BStBl I S. 561). Tz. 2 ergänzt Tz. 53 des vorgenannten BMF-Schreibens. Die Regelungen sind in allen Fällen anzuwenden, in denen der Nießbrauch nach dem 30.6.1992 notariell beurkundet oder der Überlassungsvertrag nach dem 30.6.1992 abgeschlossen worden ist. Ist der Nießbrauch vor dem 1.7.1992 beurkundet oder der Überlassungsvertrag vor dem 1.7.1992 abgeschlossen worden, ist Tz. 4 oder Tz. 53 des BMF-Schreibens vom 15.11.1984 weiter anzuwenden.

2. Einheitlicher Höchstbetrag von 150 DM je Arbeitnehmer für steuerfreie Zuwendung bei Betriebsveranstaltung

— Pressemitteilung des BFH vom 17.7.1992 —

Führt ein Arbeitgeber Betriebsveranstaltungen (etwa in Form von Betriebsausflügen oder Weihnachtsessen) durch, so ist immer wieder streitig, inwieweit die den Arbeitnehmern zufließenden Vorteile als Lohnsteuerpflichtiger Arbeitslohn anzusehen sind. In Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung legte der Bundesfinanzhof im Urteil vom 15.5.1992 VI R 85/90 hierfür einen für alle Arbeitgeber gleichen Höchstbetrag von 150 DM je Arbeitnehmer fest. Wird er überschritten, so erlangen die Zuwendungen nach Ansicht des Bundesfinanzhofs ein derartiges Eigengewicht, daß sie in vollem Umfang als steuerpflichtiger Arbeitslohn anzusehen sind. In die Berechnung dieses Betrages sind die Kosten für den äußeren Rahmen der Veranstaltung wie Saalmiete, Ausgaben für Musikkapelle usw. einzubeziehen. Bei Arbeitnehmern, die Angehörige und Gäste mitbringen, sind die auf diese anteilig entfallenden Kosten mit anzusetzen. Begünstigt in diesem Sinne sind allerdings nur eintägige Betriebsveranstaltungen, wenn sie nicht öfter als zweimal im Jahr durchgeführt werden.