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

Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Dr. Hans Wolfsteiner

Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Oliver Vossius

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstr. 35, 80333 München – Gedruckt auf Recyclingpapier

MittBayNot 4

Juli/August 1995

Begründet 1864

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

ABHANDLUNGEN

Strukturprinzipien und Zweifelsfragen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes

– zugleich Besprechung zu *Vossius*, Sachenrechtsbereinigungsgesetz, 1995 –

Von Notar *Dr. Hans-Frieder Krauß*, Hof

Teil I

Inhaltsübersicht
(Teile I + II)

A. Aufgabenstellung für die „große Sachenrechtsbereinigung"

I. Überleitung des sachenrechtlichen Instrumentariums des DDR-Rechtes in den numerus clausus des BGB

II. Konvergenz der zahlreichen Spielarten dinglichen Investitionsschutzes

III. Ausgleich von Vollzugsdefiziten

IV. Einpassung des Wertungshintergrundes gegenüber anderen Bereichen des Wiedervereinigungsrechtes

V. Herbeiführung eines Interessenausgleichs

B. Grundwertungen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes

I. Anknüpfung an vorgefundene Nutzungssachverhalte

II. Überleitung in Rechtsinstitute des BGB

III. Anspruchslösung und Kontrahierungszwang

IV. Kontrolle und Begrenzung durch Einwendungen und Einreden

V. Überwindung der Teilung durch Teilen

C. Zweifelsfragen und Problembereiche des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes

I. Regelungsmöglichkeiten und -grenzen des „freien Bereinigungsvertrages"

1. Erweiterungen der freivertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten
2. Zusätzliche Grenzen freivertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten
3. Zweckmäßigkeits- und Risikoüberlegungen bei der Gestaltung eines „freien Bereinigungsvertrages"
   a) Zusätzliche Hinweise und Belehrungen
   b) Risikoüberlegungen im Verhältnis zu Drittbeteiligten
   aa) Rangrücktritts- oder Freigabepflichten Dritter (etwa gem. §§ 33, 63 Abs. 1 SachenRBerG)
   bb) Erforderliche Drittzustimmungen
   cc) Einbindung Drittbeteiligter im freivertraglichen Bereich

II. Die Normebenen des „Bereinigungszwangsvertrages

1. Gesetzlich miterklärter Zwangsinhalt
   a) unbedingte Vertragsinhalte
   b) bedingte Vertragsinhalte
2. Gesetzlich mitzuerklärender Zwangsinhalt
3. Durch Gestaltungsoption bestimmbarer Zwangsinhalt
4. Die Füllung verbleibender Lücken
   a) Anwendbarkeit subsidiärer Kodifikationen, etwa des BGB
   b) Notardispositives Recht, d. h. Aufnahme vereinbarungsbedürftiger Bestandteile subsidiärer Kodifikationen auch ohne Konsens?

III. Skylla und Charybdis in § 98 Abs. 1 SachenRBerG oder: Das Dilemma der wechselseitigen Absicherung bei der Gestaltung eines Bereinigungszwangsvertrages

1. Der „negative Regelungsumfang" ausdrücklicher Sicherungsbestimmungen; einseitiges Analogieverbot im Bereich des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes
2. Verdinglichung der Pflichten im Bereinigungszwangsvertrag
   a) Pflichten des aus dem Kontrahierungszwang Begünstigten
   b) Pflichten des dem Kontrahierungszwang Unterworfenen
3. Andere, nicht grundbuchrechtliche Sicherungsmaßnahmen
   a) Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzipes
   b) Sicherungserklärungen zur Erleichterung der Durchsetzung zwangsvertraglicher Pflichten

IV. Ausblick: Weitere Untiefen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes

1. Einige Problembereiche aus dem „Allgemeinen Teil" des Gesetzes
2. Einige Zweifelsfragen aus dem „Besonderen Teil" des Gesetzes
3. Einige Problembereiche des verfahrensrechtlichen Teils

D. Kurze Würdigung des Kommentars von Vossius

E. Die Bereinigung der Sachenrechtsbereinigung

Das am 1.10.1994 in Kraft getretene „Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet (SachenRBerG)" bildet – zusammen mit dem Schuldrechtsanpassungsgesetz – einen vorläufigen Schlußpunkt in der Aufarbeitung der immobiliarrechtlichen Besonderheiten des Beitrittsgebietes. Es hat sich zur Aufgabe gesetzt, einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Grundstückseigentümer und Gebäudeerrichter oder -erwerber herbeizuführen und dabei den Schutz der mit staatlicher Billigung vorgenommenen baulichen Investition auf fremdem Grund und Boden im Beitrittsgebiet, der bisher durch das Moratorium lediglich angekündigt war, dauerhaft zu gewährleisten.

Das SachenRBerG hat eine eigenständige Kodifikation geschaffen, welche den Anspruch erhebt, in einem System geschlossener Wertungen und Begriffe zweck- und verfahrensgerechte Lösungen für eine unbestimmte, lediglich bestimmbare Vielzahl von Anwendungssachverhalten bereitzustellen. Korrekte Anwendung des SachenRBerG setzt daher nicht nur die Kenntnis der materiell- und formell-rechtlichen Bestimmungen zur Regelung des konkreten Einzelfalls voraus, sondern erfordert auf einer vorgelagerten Ebene die Verinnerlichung der Strukturprinzipien und Wertungen dieses Sondergesetzes. Im Ergründen der Andersartigkeit der schuld- und insbesondere sachenrechtlichen Perspektive des Gesetzgebers im vereinigungsbedingten Recht und in der Abgrenzung zum Schuld- und Sachenrecht des BGB bzw. in einer Untersuchung der wechselseitigen Verzahnung zwischen SachenRBerG und „allgemeinem Recht" liegt denn auch ein besonderer Reiz für den an den Kategorien des BGB geschulten Juristen, sich gerade mit dieser Materie zu befassen. Nicht von ungefähr hat das Inkrafttreten des Gesetzes eine auch im publikationsintensiven Recht der neuen Bundesländer ungewöhnliche Fülle monographischer Beiträge und Kommentierungen zum SachenRBerG und zu den weiteren Nebengesetzen, die Bestandteil des Sachenrechtsänderungsgesetzes sind, hervorgebracht. Zu nennen sind etwa der im Verlag „Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern" unter der Herausgeberschaft von Dieter Eickmann herausgegebene einbändige Loseblatt-Kommentar, ein mehrbändiges Loseblatt-Werk des Herausgeberteams *Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz* im Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, sowie der im Beck-Verlag in gebundener Form erschienene Kommentar von *Vossius*, dessen hervorragende Autorenleistung in diesem kurzen Beitrag zugleich gewürdigt werden soll.

Ausgehend von den Problemstellungen und Konfliktlagen, deren Lösung dem Gesetzgeber des SachenRBerG vorgegeben war (nachstehend „A") soll zunächst in Teil „B" eine Kurzdarstellung der Regelungsprinzipien des Gesetzes die Struktur der gesetzgeberischen Wertungen erläutern. Diese Abschnitte sind insbesondere als Problem- und Gliederungsaufriß für denjenigen Leser gedacht, der sich mit dem SachenRBerG bisher noch nicht eingehender beschäftigen mußte.

Der anschließende Hauptteil „C" befaßt sich mit Zweifelsfragen und Problemfällen, die bei der Anwendung der geschilderten Grundsätze auf bedeutsame Einzelfragen der Bereinigungspraxis auftreten und noch nicht in allen Bereichen eine befriedigende Lösung gefunden haben. Die dadurch geschaffenen Unklarheiten bedingen die häufig zu beobachtende kritische Grundhaltung – um nicht zu sagen: Frustration – zahlreicher mit der Anwendung des Gesetzes befaßter Beteiligter. Daher sollen in jenem Abschnitt dieser Darstellung auch Wege einer systemimmanenten Beantwortung der aufgeworfenen Zweifelsfragen entwickelt und zur Diskussion gestellt werden.

Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem SachenRBerG würdigt der sich anschließende Abschnitt „D" das bereits erwähnte Werk des Kollegen *Vossius* – zugleich im Sinne einer Kurzrezension dieses Kommentars. Eine vorläufige Wertung des SachenRBerG aus notarieller Sicht schließt den Beitrag als Abschnitt „E" ab.

A. Aufgabenstellung für die „Große Sachenrechtsbereinigung"

Fünf Aufgabenschwerpunkte lassen sich unterscheiden, deren möglichst sachgerechte Lösung sich im SachenRBerG verwirklichen sollte:

I. Überleitung des sachenrechtlichen Instrumentariums des DDR-Rechtes in den numerus clausus des BGB

Das Gebäudeeigentum in seinen mannigfachen Erscheinungsformen soll durch rechtsgeschäftliche Umgestaltung in Form des Erbbaurechtes „konserviert" oder aber durch Ankauf des Grund und Bodens mit diesem mittelbar (nach Aufgabeerklärung gemäß Art. 233 § 4 Abs. 6 EGBGB, § 875 BGB, § 78 SachenRBerG) vereinigt werden. Ein rechtlicher Zwang zur Ausübung der Rechte aus der Sachenrechtsbereinigung und damit zur Durchführung dieser Überleitung der Rechtsinstitute besteht zwar nicht; angesichts der wirtschaftlichen Attraktivität für den Nutzer wird es jedoch kaum Fälle geben, in denen es nicht zur Ausübung der gesetzlichen Ansprüche auf Vertragsabschluß kommt.

II. Konvergenz der zahlreichen Spielarten dinglichen Investitionsschutzes

Der Gesetzgeber des SachenRBerG fand eine Vielzahl von Formen baulicher Investition auf fremdem Boden vor, welche nicht auf die klassischen Kategorien des verliehenen oder zugewiesenen Nutzungsrechtes zurückzuführen sind. Erwähnt seien etwa Eigenheimbauten auf kohlehaltigen Flächen durch Ausgabe von Berechtigungsscheinen, die Weiterführung bereits begonnener Eigenheimbauten durch Betriebsangehörige oder Genossenschaftsbauern im Wege des Vertragseintrittes, sowie die Übernahme von Gebäuden des komplexen Siedlungsbaus durch Übertragung der Rechtsträgerschaft an Wohnungsbaugenossenschaften etc. Diese Formen konnten angesichts ihrer ungenügenden rechtlichen Ausgestaltung nur dadurch einen faktischen Schutz baulicher Investitionen gewährleisten, daß unter den Bedingungen des DDR-Regimes ein Streitigmachen der Nutzungsbefugnis am Gebäude durch den Grundstückseigentümer undenkbar war. Im Rahmen eines Rechtssystems, in welchem das Privateigentum zuvörderst Abwehrrechte vermittelt, bedürfen diese Formen dinglicher Berechtigung am Gebäude „minderer Art" um so mehr der Überleitung in sachenrechtliche Institute des BGB, sofern und soweit sie mit den Tatbeständen des dinglichen oder verliehenen Nutzungsrechtes vergleichbar sind.

III. Ausgleich von Vollzugsdefiziten

Die wohl überraschendste Erkenntnis im Zusammenhang mit einer detaillierten Aufarbeitung des überzuleitenden Rechtes war sicherlich die Tatsache, daß die formalen Aspekte des positiven DDR-Rechtes in weiten Teilen keine Anwendung und Umsetzung fanden. Diese bei der Formulierung des Einigungsvertrages und der wiedervereinigungsrechtlichen Gesetze der ersten Stufe nicht berücksichtigte Tatsache erklärt sich ebenfalls daraus, daß unter den Bedingungen des sozialistischen Regimes sämtliche Vorgänge, welche mit Billigung staatlicher Stellen erfolgten, kaum durch Gegen-

maßnahmen Privater, mögen sie auch auf formalen Rechtsansprüchen beruhen, in ihrer Durchsetzung gehindert werden konnten, so daß die vollständige Erfüllung des vorgesehenen Tatbestandes als unnötige Förmelei erscheinen mußte. Die gewünschte Rechtsfolge war bereits durch die Billigung bzw. Duldung der Baumaßnahme seitens des Staates bzw. seiner Organe gewährleistet. Aus der Sicht des wiedervereinigten Deutschland gesprochen, stellte sich demnach die ehemalige DDR nicht nur als „Unrechtsordnung", sondern auch als „Unordnung" dar.

Der Sachenrechtsbereinigung fällt in einer nunmehr rechtsstaatlich strukturierten und daher auf Gesetzlichkeit bedachten Ordnung die undankbare Aufgabe zu, diejenigen Bürger, welche bisher auf den faktischen Fortbestand ihrer Berechtigung trotz Nichterfüllung der damaligen gesetzlichen Voraussetzungen vertrauen konnten, in diesem Vertrauen zu schützen und unter dem Aspekt der Gleichbehandlung bei identischem Interessenhintergrund die bauliche Investition jedenfalls dann eigentumsrechtlich zu bewahren, wenn sie bei gesetzestreuer Anwendung des DDR-Rechtes auch damals zu schützen gewesen wäre. Der Gesetzgeber hatte also in wertender Abwägung die noch nicht korrekt abgeschlossenen Sachverhalte der Vergangenheit als Exekutor des DDR-Rechtes nachzuvollziehen.

IV. Einpassung des Wertungshintergrundes gegenüber anderen Bereichen des Wiedervereinigungsrechtes

Die in Art. 233 § 3 Abs. 2 EGBGB seit der Verabschiedung des Einigungsvertrages vorbehaltene und durch die zwischenzeitlichen sachenrechtlichen Bestimmungen vorbereitete Generalbereinigung der Eigentums- und Nutzungsverhältnissen an Gebäuden auf fremdem Grund und Boden erfolgt nicht im luftleeren Raum. Sie muß sich insbesondere einpassen in den Wertungshintergrund, der in anderen Bereichen des vereinigungsbedingten Rechtes, in denen bereits materiell-rechtliche Grundsatzentscheidungen durch den Gesetzgeber gefällt worden sind, gelegt wurden. Von entscheidender Bedeutung ist insbesondere die Abstimmung zu den Wertungen des Vermögensgesetzes, in welchem etwa die Aufhebbarkeit unredlich erworbener formaler Rechtspositionen eine deutliche Ausprägung erfahren hat. Auch im SachenRBerG muß daher der Anspruchsteller die – sicherlich nicht leichte – Prüfung der Redlichkeit seines Rechtserwerbs hinnehmen, allerdings nicht im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, sondern gemäß der getroffenen Grundwertung der Anspruchslösung (hierzu nachstehend B. IV) auf Einrede des Anspruchsgegners, in dessen Verantwortung die Realisierung der Anspruchsgrenzen gestellt ist.

V. Herbeiführung eines Interessenausgleichs

Grundaufgabe der Sachenrechtsbereinigung ist es jedoch, einen dauerhaften und funktionsfähigen Ausgleich der aufeinanderprallenden und beiderseits mit Verfassungsrang ausgestatteten Interessen des Grundstückseigentümers und Gebäudenutzers zu finden. Damit soll zugleich ein Beitrag geleistet werden zur Bewältigung der Teilungsfolgen – Überwindung der Teilung durch Teilen – , und zwar auch im juristischen Bereich, in erster Linie jedoch im tatsächlichen Umgang der Betroffenen miteinander und mit ihrer Umwelt. Insbesondere der Nutzer soll in seinem Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit seiner Investition geschützt werden; die Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ist daher das eigentliche Ziel des Gesetzes und die große Herausforderung an die rechtsberatenden Berufe, welche zu seiner Umsetzung aufgerufen sind.

B. Grundwertungen des SachenRBerG

Die gesetzlichen Regelungsprinzipien standen als Eckpunkte bereits relativ frühzeitig fest. Sie verdienen auch nach Abschluß des parlamentarischen Prozesses weitere Hervorhebung als Richtlinie für die Auslegung der Bestimmungen sowie Anhaltspunkt für die Füllung von Lücken oder Auflösung von Widersprüchen im Gesetz.

Fünf Wertungsgrundsätze erscheinen besonders bedeutsam:

I. Anknüpfung an vorgefundene Nutzungssachverhalte

Der Versuch einer Übersicht über die Rechtslage im Bereich der baulichen Investition auf fremdem Grund und Boden während des Bestehens der DDR zeigt, daß häufig sehr unterschiedliche rechtliche Gestaltungsformen für wirtschaftlich und faktisch eng benachbarte Sachverhalte Anwendung fanden. Es lag im Belieben staatlicher Stellen, ob die zum Schutz privater baulicher Investitionen auf volkseigenem Grund und Boden vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute (z. B. Nutzungsrechtsverleihung oder -zuweisung) in korrekter Form umgesetzt wurden, so daß hieran auch die zivilrechtliche (sachenrechtliche) Schutzwirkung selbständigen Gebäudeeigentums anknüpfen konnte, oder ob die mit Billigung staatlicher Stellen durchgeführte Bebauung lediglich faktisch unangetastet blieb und dadurch in ihrem Bestand nur durch das Vertrauen auf den Fortbestand des diese Maßnahmen des privaten oder öffentlichen Wohnungsbau fördernden Regimes geschützt war. Es wäre kraß unbillig gewesen, hätte der Gesetzgeber des SachenRBerG – geschult an den strengen sachenrechtlichen Kategorien und Typen des Bürgerlichen Gesetzbuches – nur auf die in rechtlicher Hinsicht vorgefundenen Resultate abgestellt; auf diese Weise wäre eine Ungleichbehandlung, die zu Zeiten des DDR-Regimes folgenlos blieb und weiter geblieben wäre, erst durch ein Handeln des an Art. 3 GG gebundenen Gesetzgebers zur sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung geworden. Die Kategorisierung der vorgefundenen Sachverhalte durfte daher nicht nach den tatsächlich im Einzelfall angewendeten Rechtsnormen erfolgen, sondern durch Typisierung in Fallgruppen vergleichbarer wirtschaftlicher Wertung. Die Vollzugsdefizite des früheren Regimes dürfen sich nicht zum Nachteil der diesem ehemals unterworfenen Bürger auswirken.

Nur in bestimmten Sonderbereichen bleibt von Belang, ob im jeweiligen Einzelfall dingliche Nutzungsrechte bestellt wurden oder nicht. Dies gilt etwa dann, wenn eine bauliche Anlage noch nicht oder nicht mehr errichtet ist bzw. nicht mehr nutzbar ist; der Aspekt des Schutzes der erfolgten baulichen Investition und der Lebens- und Wirtschaftsgrundlage des Nutzers entfällt hier. Schutz verdient dieser Nutzer nur dann, wenn er aufgrund eines tatsächlich verliehenen dinglichen Nutzungsrechtes darauf vertrauen durfte, jederzeit zur Neuerrichtung eines in seinem Eigentum stehenden Gebäudes an dieser Stelle berechtigt zu sein.

II. Überleitung in Rechtsinstitute des BGB

Bereits für den Gesetzgeber des EGBGB stand fest, daß die im positiven DDR-Recht vorgefundene Gemengelage aus öffentlich-rechtlichen Nutzungstatbeständen mit privatrechtlicher Eigentumsfolge und die damit einhergehende häufige Trennung des Eigentums an baulicher Anlage einerseits und Grund und Boden andererseits keinen Bestand haben konnte. Es verbot sich jedoch, sämtliche Institute des DDR-Rechtes durch einen gesetzgeberischen Gewaltakt einheitlich zu überführen. So wäre rechtssystematisch denkbar gewesen, bei-

spielsweise durch eine Vorschrift ähnlich § 10 Abs. 2 des Treuhandgesetzes auch außerhalb des Bereiches volkseigener Wirtschaftseinheiten anzuordnen, daß alle Nutzer baulicher Anlagen die räumlich zuzuordnende Funktionsbodenfläche kraft Gesetzes zum Eigentum zugewiesen erhalten; die Interessen des Grundstückseigentümers hätten finanziell durch Zahlungen des Nutzers oder durch staatliche Enteignungsausgleichsleistungen Berücksichtigung finden können. Damit wären jedoch die einschneidenden Abstufungen hinsichtlich der Intensität des Schutzes, der durch die Absicherungen des DDR-Rechtes – ausgehend von der positiven Gesetzeslage bei Zugrundelegung ihrer korrekten Anwendung – gewährt wurde, in einer unter Gleichbehandlungsaspekten nicht rechtfertigbaren Weise verwischt worden. Eine Nutzung aufgrund von Verträgen zur Erholung oder zu kleingärtnerischen Zwecken gem. §§ 312 ff. ZGB führte beispielsweise auch nach bisherigem Recht nicht zu einer dem Eigentum am Grundstück vergleichbaren Verdinglichung der Rechtsposition, sondern lediglich zur Abtrennung des Garagen- oder Laubenbaukörpers ("Datsche") vom Grund und Boden, jedoch unter künftiger Anwendung der Bestimmungen des Mobiliarsachenrechtes innerhalb der öffentlich-rechtlichen Nutzungsvertragsnachfolge. Auch würde damit die bisherige Linie des wiedervereinigungsbedingten Rechtes verlassen, welches durchaus in feiner Differenzierung zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Nutzungstatbeständen und innerhalb der dinglichen Rechte zwischen Gebäudeeigentum mit oder ohne Nutzungsrechtsgrundlage unterschied.

Die Überleitung in Rechtsinstitute des BGB konnte daher nicht für alle vorgefundenen Sachverhalte in einheitlicher Weise (z. B. in Richtung auf die Herstellung der Bestandteilseigenschaft des Gebäudes am Grundstück) erfolgen. Das SachenRBerG ist jedoch nicht nur getragen vom Bemühen, an die Stelle der zahlreichen Nutzungsrechtsformen und -tatbestände inhaltlich abgestufte, vergleichbare Institute des bürgerlichen Rechtes zu setzen (Erbbaurecht oder Eigentumserwerb am Grundstück), sondern auf lange Sicht eine Komplettierung von Grundstück und baulicher Anlage herbeizuführen. Diese erfolgt am unmittelbarsten durch den Hinzuerwerb des Grund und Bodens durch den Gebäudenutzer oder den in seltenen Fällen möglichen Zuerwerb des Gebäudes durch den Grundstückseigentümer, findet jedoch auch statt bei der Bestellung eines Erbbaurechtes über das Gebäude, da dieses nach Ablauf des Erbbaurechtes wieder zum Bestandteil des Grund und Bodens wird. Die Verklammerung beider Objekte (Gebäude und Grundstück) soll, sobald sie rechtlich hergestellt ist, nicht mehr beseitigt werden, und zwar weder durch rechtsgeschäftliche Verfügung der unmittelbar Beteiligten noch durch Eingriffe Dritter (etwa Vollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern); §§ 78 f. SachenRBerG.

III. Anspruchslösung und Kontrahierungszwang

Wie bereits vorstehend II ausgeführt, konnte der Gesetzgeber zur Vermeidung nicht mehr hinnehmbarer Wertungswidersprüche und Ungleichbehandlungen nicht zum Mittel der pauschalen Umwandlung kraft Gesetzes greifen. Diese stand nur bei vertraglicher Grundlage, die durch Änderung der subsidiär anwendbaren Kodifikation überleitbar wäre, zur Verfügung, etwa im Bereich der Schuldrechtsanpassung. Die Überleitung in Rechtsinstitute des bürgerlichen Rechtes kann daher nur rechtsgeschäftlich erfolgen. Es wäre nun möglich gewesen, den Inhalt der abzuschließenden Verträge vollständig zu normieren – abgesehen von den Variablen des Einzelfalles wie betroffenes Grundstück, erfaßte Größe, Kaufpreis bzw. Erbbauzins und gegebenenfalls Laufzeit des Erbbaurechtes – und lediglich den Beteiligten in bestimmter Prioritätenfolge die Wahl darüber zu überlassen, welches der vorgeschlagenen Vertragsmuster gewählt wird.

Damit wären jedoch zwei wesentliche Vorteile des rechtsgeschäftlichen Modells „verschenkt" worden: Zum einen wäre den Beteiligten verwehrt geblieben, innerhalb des gesetzlich vorgesehenen Rahmens eine Feinanpassung an die Besonderheiten des jeweils konkreten Einzelfalles vorzunehmen, wenn lediglich das „Ob", nicht jedoch das „Wie" des einzelnen Vertragsmodells zur Disposition stünde. Zum anderen wäre das Bewußtsein dafür verdeckt worden, daß auch im Rahmen des SachenRBerG jederzeit die Möglichkeit besteht, privatautonom und einvernehmlich eine gänzlich individuelle Lösung zu finden (vgl. auch § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG: „Die Beteiligten können von den gesetzlichen Bestimmungen über den Vertragsinhalt abweichende Vereinbarungen treffen.",- sowie unten C. I.)

Die Gesetz gewordene Fassung der Anspruchslösung verfährt daher zur Findung des für jeden Einzelfall „optimalen" Vertrages nach einem dreistufigen Modell:

- Zugrunde zu legen sind zunächst generelle Weichenstellungen hinsichtlich des "Typs" des angestrebten Vertrages. Zur Wahl gestellt ist dabei die Bestellung eines Erbbaurechtes einerseits und der rechtsgeschäftliche Erwerb (Ankauf) des jeweilig anderen Objektes (Grundstück bzw. Gebäude) andererseits.

  Auf dieser ersten Ebene der Wahlrechtsausübung stellten sich zwei Folgeprobleme: Zunächst war zu bestimmen, wer berechtigt sein soll, durch Wahlrechtsausübung den weiteren Gang der Vertragsfindung vorzugeben – der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, das Votum hierüber in erster Linie dem Nutzer zu überlassen und nur in Ausnahmetatbeständen einen Übergang des Wahlrechtes auf den Grundstückseigentümer vorzusehen. Weiter bedurfte der Festlegung, ob beide zur Wahl stehenden Alternativen (Erbbaurecht bzw. Ankauf) untereinander gleich geordnet sind oder in einem Stufungsverhältnis zu einander stehen. Das Gesetz geht davon aus, daß grundsätzlich beide Möglichkeiten gleichberechtigt zur Wahl des Nutzers stehen; lediglich in den Fällen, in denen die Nachteile einer Lösung für den anderen Vertragsteil nicht mehr hinnehmbar sind, kann dieser sich der getroffenen Wahl widersetzen (so beispielsweise dann, wenn wegen vernachlässigbar niedrigen Erbbauzinses die Kompliziertheit eines Erbbaurechtsvertrages unangemessen erscheint).

  Diesem „Kardinalwahlrecht" – in erster Linie des Nutzers – korrespondiert ein *gesetzlicher Kontrahierungszwang* des anderen Vertragsbeteiligten, in erster Linie also des Grundstückseigentümers. Er ist (vorbehaltlich der Einwendungen und Einreden, hierzu nachstehend IV) verpflichtet, sich auf die vom Nutzer getroffene Wahl einzulassen und am Vertragsschluß gemäß den dadurch ausgelösten gesetzlichen Vorgaben mitzuwirken. Die Bestimmungen des SachenRBerG wirken wie die Bindung aus einem rechtsgeschäftlich geschlossenen Vorvertrag, in dem sich die Beteiligten über die grundsätzliche Pflicht zum Abschluß eines bestimmten Vertrages mit in groben Zügen festliegendem Inhalt geeinigt haben. Die vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfaßte Freiheit des Grundstückseigentümers, mit seinem Grund und Boden in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nach Belieben zu verfahren, wird dadurch unmittelbar tangiert.

- Ist die grundlegende Wahlentscheidung getroffen worden und steht damit die Bezeichnung des gesetzlich beanspruchbaren Vertragstyps fest, ordnet das SachenRBerG nicht etwa verbindlich den gesamten Inhalt des damit zustande gekommenen Rechtsgeschäftes an. Vielmehr werden lediglich Grundkoordinaten vorgegeben, die jedoch durch die Beteiligten in mannigfacher Weise ergänzt werden können. Je nach seiner Interessenlage können Nutzer oder Grundstückseigentümer verlangen, daß bestimmte weitere, im Gesetz jeweils abschließend aufgezählte Bestimmungen in den Vertrag aufgenommen werden. Dem auf der ersten, oben genannten Stufe herrschenden Kontrahierungszwang entspricht auf dieser zweiten Ebene dann eine gesetzliche Pflicht des anderen Teils, dieses Verlangen hinzunehmen, und zwar teilweise ohne Vorbehalt, teilweise nur dann, wenn bestimmte weitere Klauseln (die er zur eigenen Absicherung dann verlangen kann) aufgenommen werden. Diese Vertragsgestaltungsoptionen, denen ein Inhaltsbestimmungszwang entspricht, werden im Gesetzestext regelmäßig durch die Formulierung „der Nutzer/der Grundstückseigentümer kann verlangen, :...." gekennzeichnet.

  Die Möglichkeit jedes Beteiligten, im Rahmen der gesetzlichen Palette die Aufnahme weiterer Bestimmungen zu erwirken – sie wird unten C. II. 3. näher untersucht –, soll ihn in den Stand setzen, einen stärker auf seine individuelle Interessenlage abgestimmten Vertrag zu erwirken und realisiert damit den entscheidenden Vorteil der Anspruchslösung (Beispiel: Beabsichtigt der Nutzer in absehbarer Zeit eine Änderung der vorgesehenen und derzeit vertraglich zulässigen Nutzung des Gebäudes, kann er sich diese im Vertrag vorbehalten. Der Grundstückseigentümer kann jedoch dann verlangen, daß eine Regelung über eine bedingte Anpassung des Entgeltes (Erbbauzins bzw. Kaufpreisnachzahlung) in den Vertrag aufgenommen wird.) Die Beherrschung des Ineinandergreifens von „Verlangen" und „Gegenverlangen" ist daher unabdingbare Voraussetzung für jeden Gesetzesanwender, der mit der Vorbereitung, Betreuung oder dem Vollzug von Verträgen nach dem SachenRBerG befaßt ist.

- Mit der dritten Ebene wird der Bereich des Kontrahierungszwanges hinsichtlich des Vertragstyps und der inhaltlichen Ausgestaltung der Verträge verlassen. Aus der Sicht des Gesetzgebers ist es stets wünschenswert, daß sich die Beteiligten – gegebenenfalls unter sachkundiger Anleitung des Notars – einvernehmlich auf eine vertragliche Lösung einigen, mag diese auch von den gesetzlichen Vorgaben abweichen. Dieser Grundsatz kommt beispielsweise in § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG zum Ausdruck (hierzu und zum folgenden umfassend C. I.).

  Es lohnt daher, im Rahmen der praktischen Anwendung des SachenRBerG sich stets vor Augen zu führen, daß in jeder Phase des Verfahrens, auch nach einem Abschlußprotokoll des Notars über ein gescheitertes Vermittlungsverfahren, den Beteiligten der Weg zu einer einvernehmlichen vertraglichen Regelung offensteht. Dies zu betonen, empfiehlt sich insbesondere im Hinblick auf die formalisierten und mit einer erhöhten Kostenfolge verbundenen Bestimmungen über das notarielle Vermittlungsverfahren (§ 87 ff. SachenRBerG). Ein Zwang, dieses in Gang zu setzen, besteht für die Beteiligten nur dann, wenn von vornherein keine andere Alternative als die einer Klage gem. § 103 ff. SachenRBerG möglich erscheint – hierfür ist der vorherige Abschluß des Vermittlungsverfahrens Sachurteilsvoraussetzung. Davon abgesehen, können sich die Beteiligten jedoch jederzeit der Unterstützung und Beratung des Notars auch zur Vorbereitung einer „freivertraglichen", ausschließlich privatautonomen Beurkundung bedienen, wie es ja der Aufgabe des notariellen Berufsstandes entspricht. Die stets durchzuführende Suche nach Wegen einer einvernehmlichen Lösung verwirklicht das Ziel des SachenRBerG, nicht nur Rechtsverhältnisse zu bereinigen, sondern auch dauerhaft Rechtsfrieden zu stiften, in besonders glücklicher Weise. Auch die notarielle Vermittlung im Rahmen der § 87 ff. SachenRBerG findet ihre vornehmste Aufgabe darin, das Zustandekommen eines frei verhandelten Vertrages außerhalb der engen gesetzlichen Vorgaben vorzubereiten, zu fördern und herbeizuführen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien wird erwartet, daß von den gesamt ca. 350.000 Bereinigungssachverhalten ca. 5/7 der Fälle durch einvernehmlichen Vertrag, ein weiteres Siebtel durch (offenen oder einseitigen) Zwangsvertrag als Ergebnis eines notariellen Vermittlungsverfahrens und ein weiteres Siebtel durch (offenen oder einseitigen) Zwangsvertrag als Ergebnis einer Bereinigungsklage gem. §§ 103 ff. SachenRBerG gelöst werden. Die ersten zehn Monate der Anwendung des Gesetzes haben gezeigt, daß sich das Verhältnis eher noch deutlicher zugunsten des vollständig privatautonom gestalteten Vertrages darstellt.

IV. Kontrolle und Begrenzung durch Einwendungen und Einreden

Die Grundentscheidung des Gesetzgebers, Typ und Inhalt des abzuschließenden Vertrages in erheblichem Umfang den Gestaltungsentscheidungen der Beteiligten zu überantworten und lediglich einen allgemeinen Zwang zum Abschluß solcher Verträge zu normieren, bringt es mit sich, daß die Beteiligten selbst auch für die Beachtung der Grenzen und Beschränkungen dieser Verträge verantwortlich sind. Ob beispielsweise der Nutzer überhaupt Schutz verdient oder ob nicht etwa seine Rechtsposition durch manipulative Maßnahmen des Staatsapparates „unredlich" erworben wurde und daher gegenüber dem Schutz des Grundstückseigentümers aus Art. 14 GG zurücktreten muß, wird nicht a priori durch ein gerichtliches oder behördliches Prüfverfahren festgestellt mit der Folge, daß nur die als unbedenklich einzustufenden Nutzungstatbestände in den Anwendungsbereich des SachenRBerG entlassen werden, sondern bleibt der Geltendmachung durch den jeweils anderen Vertragsbeteiligten vorbehalten. Erhebt dieser nicht rechtzeitig die Einrede der Unredlichkeit (§ 30 SachenRBerG), kommt aufgrund des dann uneingeschränkten Kontrahierungszwanges ein Vertrag in gleicher Weise zustande wie bei redlichen Nutzern.

Gleiches gilt für die Geltendmachung der inhaltlichen Grenzen einzelner Vertragsklauseln, d. h. für Einwendungen und Einreden, die nicht bereits gegen den Anspruch insgesamt geltend gemacht werden können, sondern nur im Rahmen einzelner Alternativen Berücksichtigung finden: Ob etwa die restliche Standdauer eines Gebäudes für gewerbliche Zwecke die Einräumung eines Erbbaurechtes über 50 Jahre rechtfertigt oder gem. § 53 Abs. 3 SachenRBerG die Verkürzung der Laufzeit angebracht erscheint, bedarf der Prüfung und (notfalls gerichtlichen) Geltendmachung durch den Grundstückseigentümer. Auch insoweit findet keine behördliche, notarielle oder gutachterliche Einstufung des Einzelfalles in einer dem Vertragsschluß etwa vorgelagerten Prüfungsphase statt. Die genaue Kenntnis der der jeweils anderen Seite zu

Gebote stehenden Einwendungen und Einreden ist daher für den Rechtsanwender, insbesondere aber für den Parteivertreter des jeweils Beteiligten, von entscheidender Bedeutung.

Die Bereinigung des Sachenrechtes im Vertragswege (Anspruchslösung) eröffnet daher den Beteiligten nicht nur erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten, sondern überbürdet ihnen und ihren rechtlichen Beratern auch erhöhte Verantwortung und genaue Prüfung des jeweiligen Einzelfalls.

V. Überwindung der Teilung durch Teilen

Das SachenRBerG ist ein Gesetz zur Lösung und Überwindung des Konfliktes zwischen Eigentümer und Nutzer, d. h. zwischen formal unangetasteter, jedoch faktisch entwerteter Eigentumsposition einerseits und der Verteidigung schutzwürdigen Vertrauens in den Fortbestand und die künftige Zuordnung vorgenommener baulicher Investitionen andererseits. Dieser häufig emotional aufgeladene Konflikt – der keinesfalls identisch sein muß mit einer Konfrontation zwischen Grundstückseigentümer aus den westlichen Bundesländern und Nutzer aus den östlichen Bundesländern – konnte nur überwunden werden, indem jede Seite auf einen Teil ihrer Rechtsposition verzichtet. Das Gesetz mutet dem Nutzer den Übergang von der bisher überwiegend bestehenden Unentgeltlichkeit der Nutzung zur Entgeltlichkeit zu, sei es in Gestalt des zu entrichtenden Erbbauzinses oder in Form des Ankaufspreises für den Grund und Boden, welchen der Gebäudeinhaber bisher unentgeltlich in Anspruch nehmen konnte. Wählt der Nutzer das Erbbaurecht, verzichtet er damit weiterhin auf die bisher regelmäßig bestehende Unbefristetheit seiner Rechtsposition (anders, wenn er den zeitlich unbegrenzten Fortbestand des Gebäudes durch Hinzuerwerb des Grundstückes sichert). Der Eigenheimnutzer hat ferner regelmäßig eine Verkleinerung der beanspruchbaren Funktionsfläche hinzunehmen (§ 26 SachenRBerG).

Der Grundstückseigentümer hat umgekehrt auf einen Teil des nach der Eigentumszuordnung an sich ihm zugewiesenen Bodenwertes zu verzichten und gibt damit insbesondere die Abschöpfung der durch den Beitritt eingetretenen Wertsteigerung des Grundstückes teilweise auf. Er wird formal ebenfalls deutlich schlechter gestellt als bisher, da in juristischer Hinsicht eine Verfügung über den bloßen Grund und Boden – abgesehen vom schuldrechtlichen Verfügungsverbot des Moratoriums – jederzeit möglich war. Rein faktisch hat der Markt jedoch schon bisher das Vorhandensein einer Fremdbebauung durch erhebliche Abschläge, wenn nicht gar den Wegfall der Verkäuflichkeit des Grundstückes berücksichtigt. Diese wirtschaftlich bereits angelegte Teilentwertung der Eigentumsposition wird durch das SachenRBerG lediglich rechtlich bestätigt und konkretisiert.

Das Grundkonzept des Gesetzes besteht demnach schlagwortartig in der „Überwindung der Folgen der Teilung durch Teilen". Diese Teilung ist grundsätzlich als „Halbteilung" ausgestaltet; sie findet ihren Niederschlag etwa in der Preisbemessung für den Ankauf des Grundstückes (der Nutzer hat hierfür lediglich den halben Wert eines vergleichbaren, baureifen Grundstückes ohne Berücksichtigung der Bebauung zu entrichten, vgl. §§ 68 Abs. 1, 19 Abs. 2 SachenRBerG), in der Höhe des beanspruchbaren regelmäßigen Erbbauzinses (dieser beläuft sich auf die Hälfte des verkehrsüblichen Erbbauzinses für vergleichbare Nutzungen, § 43 Abs. 1 SachenRBerG), jedoch auch in zahlreichen weiteren, nebengeordneten Belangen, etwa im Hinblick auf die Teilung der Kosten des Vertrages und seiner Durchführung (vgl. etwa § 77 SachenRBerG).

Es liegt nahe, daß der mit der Durchführung des SachenRBerG für jeden Beteiligten verbundene Verlust an bisheriger formaler Rechtsposition zunächst Widerspruch hervorrufen wird. Die verfassungsgerichtliche Überprüfung, ob in jedem Detail der wechselseitigen Schutzwirkung der Art. 3 und 14 GG Rechnung getragen wurde, wird nicht ausbleiben.

Für die Umsetzung des Gesetzes erschwert das beiderseitige Verzichtenmüssen das Zustandekommen eines Vertragsschlusses. Das „Ausmitteln" widerstreitender Interessen im Wege eines „In-der-Mitte-Treffens" wird sich regelmäßig nur durch ein „Vermitteln" erzielen lassen. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber die Beteiligten angesichts ihrer erweiterten Gestaltungsbefugnis und damit Gestaltungsverantwortung (vgl. vorstehend III und IV) nicht allein gelassen, sondern jedem Beteiligten die Möglichkeit eröffnet, die Vermittlung eines Notars in Anspruch zu nehmen. Diesem kommt nicht nur die Aufgabe zu, den Sachstand vor dem rechtlich erheblichen Hintergrund zu ermitteln und den Willen der Beteiligten zu erforschen, sondern auch ihnen die zwingenden und fakultativen gesetzlichen Vertragsinhalte in Alltagssprache zu übersetzen, für eine korrekte und vollzugsfähige juristische Formulierung Sorge zu tragen und Möglichkeiten einer einvernehmlichen Einigung auszuloten sowie gegebenenfalls unverzüglich umzusetzen. Die Ergänzung der materiell-rechtlichen Hauptteile des Gesetzes (mit Regelungen zum Erbbaurecht sowie zum Ankaufsvertrag) um einen formell-rechtlichen Hauptteil, der in erster Linie Bestimmungen zum notariellen Vermittlungsverfahren enthält (§§ 87 ff SachenRBerG), liegt daher in der direkten Konsequenz der grundsätzlichen Entscheidung für die Anspruchs- bzw. Vertragslösung.

C. Zweifelsfragen und Problembereiche des SachenRBerG

Je länger die Befassung mit dem SachenRBerG währt, um so zahlreicher werden die dadurch aufgeworfenen „ungelösten Rechtsfragen", um so beunruhigender wird die sich stets vergrößernde Berührungsfläche mit dem Unbekannten. Wer – wie *Vossius* – das Gesamtgesetz einer in sich geschlossenen Kommentierung unterzogen hat, wird sich des Eindrucks immer weniger erwehren können, die Zahl der durch das Gesetz aufgeworfenen Fragen sei der Summe der durch das Gesetz gelösten Fälle ebenbürtig. Jede Darstellung der Anwendungsschwierigkeiten des Gesetzes muß also notwendig unvollständig und vorläufig bleiben.

Vier aus der Sicht des Verfassers wesentliche Fragenkomplexe sollen daher im folgenden – pars pro toto – herausgegriffen werden:

Die Normenstruktur und -hierarchie des Gesetzes und die dadurch bedingte Zusammensetzung eines „freien Bereinigungsvertrages" einerseits (I), und eines „Bereinigungszwangsvertrages" andererseits (II); der Umgang mit der ungenügenden gesetzlichen Regelungsdichte im Bereich der Vorgaben zum Inhalt des Zwangsvertrages, insbesondere hinsichtlich des Umfangs beanspruchbarer Sicherungsmaßnahmen (nachstehend III), sowie mißglückte oder in problembehafteter Weise gelöste Einzelfragen des Allgemeinen Teils sowie des Besonderen Teiles des Gesetzes und des Vermittlungsverfahrens (nachstehend IV).

I. Regelungsmöglichkeiten und -grenzen des „freien Bereinigungsvertrages"

Den besonderen Anforderungen an die Vertragsgestaltung im Bereich des zur Bereinigung geschaffenen Kontrahierungs-

zwanges galt naturgemäß bisher das Hauptaugenmerk publizistischer Betrachtung. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß auch der freiverhandelte Vertrag im Anwendungsbereich des SachenRBerG möglicherweise Sonderregelungen unterliegt, die nachstehend untersucht werden sollen.

Denkbar sind insoweit Verträge, die von den Vorgaben des gesetzlichen Kontrahierungszwanges vollständig abweichen, aber auch Gestaltungen, die nur hinsichtlich einzelner Bestimmungen (rechtlicher oder tatsächlicher Art) vom Zwangsinhalt differieren. Die nachfolgenden Ausführungen zum „privatautonomen Vertrag" betreffen daher nicht nur den (in der Praxis seltenen) vollständig frei mit gesetzesabweichenden Ergebnissen zustande gekommenen Vertrag, sondern auch und in erster Linie jede einzelne Vertragsbestimmung, die nicht vollständig dem gesetzlichen Kontrahierungszwang entspricht, jedoch vom übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Willen beider Beteiligten getragen ist. Zur griffigen Bezeichnung der auf privatautonomer, übereinstimmender rechtsgeschäftlicher Einigung beruhenden Abweichung vom Zwangsvertrag des SachenRBerG wird nachfolgend auch von „freivertraglichen Vereinbarungen" gesprochen.

Sofern ein diesbezüglicher Konsens gegeben ist, stehen den Beteiligten grundsätzlich alle Regelungsmöglichkeiten des Zivilrechtes zur Verfügung (§ 305 BGB), innerhalb der (als Nichtigkeitsgründe ausgestalteten) bekannten Außengrenzen der kautelarjuristischen Gestaltung, etwa §§ 134, 138 BGB. Diese Inhalte bedürfen nachfolgend keiner besonderen Darstellung; Abweichungen von der bewährten Praxis der Vertragsgestaltung sind insoweit nicht veranlaßt.

Eine besondere Untersuchung verdienen jedoch Erweiterungen der Regelungsmöglichkeiten privatautonom vereinbarer Inhalte, die im Anwendungsbereich des SachenRBerG zur Verfügung stehen (nachstehend 1.) einerseits, zusätzliche, durch das SachenRBerG geschaffene Grenzen freier Vereinbarung (nachstehend 2.) andererseits, und schließlich weitere Zweckmäßigkeits- und Risikoüberlegungen, die sich dem Gestalter auch eines freien Bereinigungsvertrages stellen (nachstehend 3.).

1.) Erweiterungen der freivertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten

Das SachenRBerG läßt an mehreren Stellen Vertragsinhalte zu, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes gegen zwingende Normen etwa des BGB oder der ErbbauVO verstoßen würden. Zu nennen ist etwa § 39 Abs. 1 SachenRBerG, der – abweichend von § 10 Abs. 1 ErbbauVO – die Eintragung mehrerer Erbbaurechte unterschiedlichen Ausübungsbereiches an demselben Grundbuchgrundstück (Belastungsgegenstand) im Gleichrang ermöglicht, um schon vor der amtlichen Vermessung beleihungsfähige Gegenstände des Grundbuchverkehrs zu schaffen. Gleiches gilt auch für das in § 39 Abs. 3 SachenRBerG bei Einhaltung der dort geregelten Kautelen für zulässig erklärte Nachbarerbbaurecht, das – abweichend von § 1 Abs. 3 ErbbauVO – den unselbständigen Teil eines Gebäudes umfaßt, dessen anderer Teil sich auf einem im Eigentum des Nutzers (Nachbarerbbauberechtigten) stehenden, angrenzenden Grundstück befindet. Ein solches „subjektiv dingliches" Erbbaurecht am unselbständigen Teil eines übergreifenden Gebäudes haben Rechtsprechung und überwiegende Literatur bisher unter Verweis auf § 1 Abs. 3 ErbbauVO zu Recht als mit dem notwendigen dinglichen Mindestinhalt eines Erbbaurechtes unvereinbar abgelehnt.

Das SachenRBerG schafft also in § 39 Abs. 1 und Abs. 3 Rechtsinstitute, die an sich gegen zwingende Normen der ErbbauVO verstoßen würden, deren Vereinbarung also außerhalb des Anwendungsbereiches des § 39 SachenRBerG zwingend zur Nichtigkeit des dinglichen Vertrages und zur anfänglichen Unmöglichkeit des darauf gerichteten schuldrechtlichen Vertrages führen müßte. Auch gutgläubiger Zweiterwerb eines solchen „Sondererbbaurechtes" oder von dinglichen Rechten hieran wäre nicht möglich, da ein rechtliches „Nullum" auch durch § 892 BGB nicht verkehrsfähig wird.

Eine zweite Kategorie von Bestimmungen, die Erweiterungen des vertraglichen Gestaltungsraumes zum Gegenstand haben, bilden gesetzliche Klarstellungen bisher umstrittener Rechtsfragen im Sinne einer Anerkennung erweiterter Zulässigkeit solcher dinglicher Regelungen. Hierzu zählt beispielweise § 41 SachenRBerG, der im früheren Auslegungsstreit zu § 1 Abs. 2 ErbbauVO dahingehend Stellung nimmt, daß auch die Errichtung und das Halten einer beliebigen Zahl und Art öffentlich-rechtlich zulässiger Bauwerke möglicher dinglicher Inhalt eines Erbbaurechtsbestellungsvertrages sein kann. Dieselbe Auslegung – auch außerhalb des Anwendungsbereiches des SachenRBerG – hat nunmehr das Urteil des Bundesgerichtshofes (MittBayNot 1994, 316; zuvor schon ähnlich BGH DNotZ 1988, 161) geschaffen, sodaß eine sondergesetzliche Erweiterung privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten insoweit nicht mehr besteht.

Schließlich enthält das SachenRBerG „abkürzende" Wege zur wirksamen dinglichen Entstehung sachenrechtlicher Tatbestände außerhalb der bisher dafür zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Ein Beispiel hierfür bildet § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SachenRBerG: Die dort behandelte Bildung von Wohnungs- und Teileigentum an einem bebauten Grundstück, auf dem sich bisher selbständiges Gebäudeeigentum befand, wäre mit den „klassischen" Mitteln des Sachen- und Wiedervereinigungsrechtes nur durch vorangehende Aufgabe des (auch nicht gebuchten) Gebäudeeigentums gem. Art. 233 § 4 Abs. 6 EGBGB, 875 BGB und anschließende Aufteilung des Grundstücks samt aufstehendem Gebäude als dessen wesentlicher Bestandteil gem. § 8 WEG möglich gewesen; das dadurch geschaffene Sondereigentum bildet dann den Gegenstand des Ankaufsanspruches des Nutzers bei einer Mehrheit selbständiger Nutzungstatbestände auf demselben Grundstück. § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr 1 SachenRBerG ordnet jedoch als Sondergesetz zum WEG die Entstehung solchen Sondereigentums durch gleichzeitige Aufteilung des Grundstückes gem. § 8 WEG (Problem: Mit welchem Gebäudesubstrat, das nicht Gegenstand eigener Rechte ist, sollte der Miteigentumsanteil verbunden werden?) und Aufteilung des selbständigen Gebäudeeigentums durch die Nutzer-Miteigentümer gem. § 3 WEG an (Problem: Mit einem Miteigentumsanteil an welchem Substrat sollte das Raumeigentum verbunden werden? Auch ein selbständiges dingliches Nutzungsrecht, das ja in den Fällen faktischer Bebauung nicht besteht, scheidet aus, da dieses gemäß Art. 231 § 5 Abs. 2 Satz 1 EGBGB einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudeeigentums bildet. Ferner ist wegen des in § 3 WEG enthaltenen Auflassungselementes an sich die vorangehende Anlegung von Gebäudegrundbüchern, die wegen Entstehung des Sondereigentums dann sofort zu schließen wären, erforderlich).

Allen drei vorgenannten Normkategorien ist eigen, daß sie den Rahmen dinglich möglicher Gestaltungen über den numerus clausus des Immobiliarsachenrechtes des BGB und der ErbbauVO hinaus erweitern und damit zur Zulässigkeit von

Verträgen führen, die sonst zwingend und unheilbar nichtig wären bzw. deren Ergebnis sich allenfalls auf anderem, komplexerem Wege erreichen ließe (Beispiel für das Nachbarerbbaurecht: Außerhalb des SachenRBerG käme im Rahmen der ErbbauVO nur die Bestellung eines Gesamterbbaurechtes am einheitlichen Gebäudekörper in Betracht, das wegen Personenidentität des Erbbauberechtigten und eines der beteiligten Grundstückseigentümer teilweise zugleich Eigentümererbbaurecht wäre).

Angesichts der sonst drohenden Nichtigkeitsfolgen erfordert die Anwendung dieser Sondergestaltungen im Bereich des „frei verhandelten Bereinigungsvertrages" daher die Gewißheit darüber, daß diese Regelungsinstrumente nicht nur im Rahmen des gesetzlichen Kontrahierungszwanges, sondern insgesamt innerhalb des Anwendungsbereiches des SachenRBerG zur Verfügung stehen. Diese Gewißheit vermittelt der Wortlaut des § 39 Abs. 1, Abs. 3 sowie des § 41 SachenRBerG, wo jeweils einleitend nicht die stereotype Formel des gesetzlichen Kontrahierungszwanges „Auf Verlangen des Nutzers ist eine Bestimmung aufzunehmen, daß ..." Verwendung findet, sondern bewußt abweichend formuliert wird „Ein Erbbaurecht kann mit dem Inhalt bestellt werden, daß ..." Gleiches gilt im Rahmen des § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SachenRBerG, wo jedoch die Abweichung zum allgemeinen Zivilrecht vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gesehen wurde, so daß die Möglichkeit privatautonomer Bildung eines solchen Sondereigentums auf „abgekürztem Wege" nicht mit der gewünschten Deutlichkeit zum Ausdruck kommt. Der schuldrechtliche Vertrag, der die Verpflichtung zur Bildung von Wohnungs- oder Teileigentum enthält, kann gem. § 67 Abs. 1 Satz 1 SachenRBerG von jedem Beteiligten verlangt werden, ist daher auch notwendig einer privatautonomen Regelung zugänglich (in Gestalt zweier sich deckender Gestaltungsverlangen). Die dinglichen Erklärungen zur Erfüllung dieses Anspruchs, d. h. zur wirksamen Bildung des Sondereigentums, „sollen" in einem solchen Vertrag enthalten sein. Durch diese ungewöhnliche Formulierung wird jedoch wohl nur zum Ausdruck gebracht, daß ein Bereinigungszwangsvertrag getreu den Vorgaben des Abstraktionsprinzips die dinglichen Erklärungen des Erfüllungsgeschäftes nicht stets zu enthalten braucht, sondern nur dann, wenn dies einer der Beteiligten verlangt (vgl. § 98 Abs. 1 a.E. SachenRBerG).

Stehen sonach die Sonderinstitute des Sachenrechtes sowie erweiterte dingliche Möglichkeiten zu einer abkürzenden Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen nicht nur im Bereich des Zwangsvertrages zur Verfügung, kann die Abgrenzung zur Unzulässigkeit bzw. Unwirksamkeit solcher Regelungen im Bereich des allgemeinen Zivilrechtes nur durch das Kriterium des *Anwendungsbereiches des SachenRBerG* gezogen werden. Eine Änderung der ErbbauVO, die der Gesetzgeber in anderer Hinsicht (§ 9 Abs. 2 und 3 ErbbauVO) vorgenommen hat, oder des WEG insgesamt ist insoweit nämlich mit Bedacht nicht erfolgt. Lediglich für Bereinigungssachverhalte, die durch das SachenRBerG erfaßt werden sollten, stehen den Beteiligten im Interesse vereinfachter und beschleunigter Abwicklung der Rechtskonflikte erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, gleich ob innerhalb oder außerhalb des auch gegen einen obstruierenden Vertragskontrahenten durchsetzbaren Vereinbarungsinhaltes.

Der Anwendungsbereich des SachenRBerG wird einerseits hinsichtlich der betroffenen Rechtsverhältnisse (§§ 1, 2), des weiteren unter Zugrundelegung faktisch-historischer Kriterien (§§ 4 bis 7) und schließlich durch zeitliche Ausgrenzungsmerkmale (die in § 8 nur unvollständig und teilweise irreführend enthalten sind) bestimmt. Erfaßt sind, wie eingangs B I. bereits erläutert, nicht nur die urkundlich belegbaren, durch Verleihung oder Zuweisung eines dinglichen Nutzungsrechtes schon bisher geschützten Investitionsfälle auf fremden Grund und Boden (Fallgruppe 1: nutzungsrechtsgestütztes Gebäudeeigentum), sondern auch die in der Wertung eng benachbarten Formen dinglichen Gebäudeeigentums ohne Nutzungsrecht (Fallgruppe 2: nutzungsrechtsloses Gebäudeeigentum) sowie die unter Vertrauensschutzaspekten vergleichbaren zahlreichen „hängenden Gebäudeerrichtungsfälle" (Fallgruppe 3), in denen mit Billigung staatlicher Stellen (§ 10 SachenRBerG) ohne vorangegangene oder nachfolgende Klärung der Eigentumsverhältnisse eine Bebauung fremden Grund und Bodens stattfand. Im Laufe der gesetzgeberischen Vorarbeiten wurde der Anwendungsbereich erweitert um Tatbestände des abgeleiteten Eigenbesitzes an Gebäuden: Nach dem SachenRBerG privilegiert ist auch der Käufer eines vormals volkseigenen Gebäudes nach den DDR-Verkaufsgesetzen aus dem Jahr 1954, 1973 und 1990 (Fallgruppe 4) sowie der „hängende Gebäudeerwerber" (Fallgruppe 5), dessen Vertrag aus nicht von ihm zu vertretenden Gründen nicht mehr dinglich erfüllbar, also an sich gescheitert ist. Im Grenzbereich zu schuldrechtlich anzuknüpfenden Tatbeständen wurde schließlich der „Überlassungsnehmer" mit einbezogen, dem nach Vertragsmustern des Ministeriums der Finanzen der DDR insbesondere in den 60er Jahren eine eigenbesitzähnliche, einem Käufer vergleichbare Rechtsposition an staatlicher Verwaltung unterliegenden Gebäuden eingeräumt wurde, sofern er wegen erheblicher Investitionen (§ 12 Abs. 2 SachenRBerG enthält die im einzelnen komplexen Abgrenzungskriterien) einem Gebäudeerrichter vergleichbar ist (Fallgruppe 6).

Diese grobe „vertikale" Unterteilung des Anwendungsbereiches wird ergänzt durch „horizontale", gebäudetypabhängige Unterscheidungen: Zu nennen sind etwa die große Fallgruppe der Eigenheime (§ 5 SachenRBerG – bedeutsam ist hier auch die Abgrenzung zu den schuldrechtlich anzuknüpfenden, am 2.10.1990 lediglich zu Erholungszwecken dienenden „Datschen"), des staatlichen oder genossenschaftlichen Wohnungs- und Siedlungsbaues (vgl. etwa § 6 SachenRBerG) und schließlich land- und forstwirtschaftlich, gewerblich oder zu öffentlichen Zwecken dienende, nicht unter § 2 Abs. 1 Nr. 4 SachenRBerG fallende Gebäude (vgl. § 7 SachenRBerG). Hinzu kommen, wie erwähnt, negative Abgrenzungskriterien, etwa hinsichtlich des zeitlichen Rahmens für die Verwirklichung des vertrauensgeschützten Tatbestandes (§ 8 SachenRBerG). Bei der Ermittlung des Anwendungsbereiches des SachenRBerG wirken also dessen zahlreiche und heterogene Fallgruppen bereits faktisch erschwerend und führen zu einer Verunsicherung, ja möglicherweise einem „non liquet" bei der Beantwortung der Frage, ob eine dingliche Sonderregelung des SachenRBerG wirksame Aufnahme finden kann oder nicht.

Zur Gewinnung möglichst sicheren Aufschlusses in dieser Frage sind zunächst die Notare berufen, die nach § 14 Abs. 2 BNotO ihre Urkundstätigkeit bzw. Mitwirkung an einem Vermittlungsverfahren zu versagen haben, wenn erkennbar gesetzwidrige Erklärungen vorliegen. Haben sich die Zweifel des Notars über das Eröffnetsein des Anwendungsbereiches des SachenRBerG und damit die Wirksamkeit gewünschter sachenrechtlicher Sonderregelungen noch nicht zur Gewißheit verdichtet, wird er zwar die einvernehmlich gewünschte Beurkundung nicht ablehnen können, er hat jedoch einen Zweifelsvermerk gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG in die Urkunde aufzunehmen.

Die dadurch geschaffenen Schwierigkeiten werden noch potenziert im Rahmen des grundbuchrechtlichen Vollzugs solcher Verträge: Da Vereinbarungen gem. § 39 Abs. 1 SachenRBerG nach allgemeinen Grundsätzen wegen Verstoßes gem. § 10 Abs. 1 ErbbauVO, Nachbarerbbaurechte gem. § 39 Abs. 3 SachenRBerG wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 ErbbauVO und vereinfachte Sondereigentumsbildungen gem. § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SachenRBerG wegen Verstoßes gegen § 3 WEG, § 873, 925 BGB dinglich unwirksam wären, hat das Grundbuchamt gem. § 20 GBO (materielles Konsensprinzip) sich Gewißheit darüber zu verschaffen, daß der Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet ist, und zwar grundsätzlich durch Erkenntnismittel, die der Form des § 29 GBO genügen.

Dieser Nachweis ist nur für bereits gebuchtes Gebäudeeigentum unschwer zu führen. Für die weitaus bedeutsamere Fallgruppe des nichtgebuchten Gebäudeeigentums bzw. der lediglich faktischen Bebauungsfälle, die bisher durch das Moratorium des Art. 233 § 2 a EGBGB abgesichert waren, kommen lediglich die in der Gebäudegrundbuchverfügung (GGV) vom 15.7.1994, BGBl I 1606 vorgesehenen Nachweise in Betracht, bei denen es sich ebenfalls um öffentliche Urkunden handelt.

Im einzelnen ist dabei zu differenzieren zwischen dem „klassischen" Gebäudeeigentum aufgrund eines dinglichen Nutzungsrechtes (Art. 233 § 4 EGBGB, nachstehend 1) dem nutzungsrechtslosen Gebäudeeigentum gemäß Art. 233 § 2 b EGBGB (nachstehend 2), dem Gebäudeeigentum volkseigener Betriebe auf vertraglich genutzten Privatgrundstücken (Artikel 233 § 8 EGBGB, nachstehend 3), sowie bisher lediglich faktisch geschützten Fällen (nachstehend 4). In allen Fällen stellt sich das weitere Problem des Nachweises der erfaßten Fläche (nachstehend 5). Zusatznachweise sind in der Fallgruppe der hängenden Gebäudekäufe erforderlich (6):

(1) Gem. § 4 Abs. 1 GGV ist beim „klassischen" nutzungsrechtsgestützten Gebäudeeigentum zunächst die Vorlage der Nutzungsurkunde erforderlich. Als weiter notwendiger Nachweis darüber, daß auf der Grundlage der Nutzungsurkunde tatsächlich ein Gebäude errichtet wurde, dient entweder die Vorlage der Baugenehmigung – bei deren Fehlen auch einer gesiegelten Bescheinigung der Gemeinde, daß ein Gebäude tatsächlich vorhanden ist (§ 4 Abs. 1 Satz 2 GGV) –, oder, wenn das Gebäude bereits Gegenstand eines Kaufvertrages war, die Vorlage der Kaufurkunde. Weitere, insbesondere negative Tatbestandsmerkmale (z. B. die Nichtentziehung des Nutzungsrechtes) sind nur zu berücksichtigen, wenn sie dem Grundbuchamt bekannt sind (§ 4 Abs. 1 Satz 3 GGV).

(2) Zum Nachweis des nutzungsrechtslosen Gebäudeeigentums gem. Art. 233 § 2 b EGBGB genügt der Bescheid des OFD-Präsidenten, sofern auf dem Bescheid die Bestandskraft bescheinigt wird (§ 4 Abs. 2 GGV).

(3) Zum Nachweis des Gebäudeeigentums gem. Art. 233 § 8 EGBGB ist zum einen die Vorlage des Nutzungsvertrages mit dem privaten Grundstückseigentümer, welcher die Gestattung zur Errichtung eines Bauwerkes enthalten muß, notwendig, zum anderen die gem. § 5 der Verordnung zu § 459 ZGB notwendige Zustimmung des Rates des Kreises, Abteilung Finanzen oder – bei dessen Fehlen – ein Prüfbescheid der staatlichen Bauaufsicht, der sich auf den Zustand des Gebäudes während oder nach der Bauausführung bezieht.

Ist der vorerwähnte Nutzungsvertrag – was materiellrechtlich ausreichend war – nur in privatschriftlicher Form vorhanden, und ist eine nachträgliche Beglaubigung der Unterschriften der Beteiligten – etwa wegen Versterbens der Betroffenen oder deren endgültiger Weigerung, den Anerkennungsakt zu vollziehen – nicht mehr möglich, gelten die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Anerkennung von Nachweismitteln außerhalb des § 29 GBO, wenn ein Beleg durch grundbuchmäßige Mittel nicht möglich ist (vgl. etwa BayObLGZ 1991, 301/305, BayObLGZ 1992, 259, sowie jüngst OLG Zweibrücken, MittBayNot 1995, 210). Ist ein Nachweis mit anderen Mitteln nicht zu führen – so etwa auch bei der Grundbuchberichtigung nach Tod eines BGB-Gesellschafters hinsichtlich des Inhalts eines nicht in der Form des § 29 GBO geschlossenen Gesellschaftsvertrags –, genügt es, daß die nachzuweisende Tatsache in anderer Weise zur Überzeugung des Grundbuchamts belegt wird. In diesem Fall genügt die Vorlage der (materiellrechtlich allerdings auch erforderlichen) privatschriftlichen Nutzungsvereinbarung.

(4) Zum Nachweis der Ansprüche aus der Sachenrechtsbereinigung gemäß Art. 233 § 2 a EGBGB in Fällen hängender Gebäudeerrichtung und damit zur Eintragung des entsprechenden Vermerkes dient gem. § 4 Abs. 4 GGV der Nachweis eines Gebäudeeigentums nach den vorstehend genannten Verfahren oder die Vorlage eines bauaufsichtlichen Prüfbescheides, aus dem sich ergibt, daß von einem Dritten auf fremdem Grund und Boden ein Gebäude errichtet wurde, das von Anfang an oder duch Umbau zu DDR-Zeit nicht lediglich eine Baulichkeit („Datsche") darstellte, bzw. eines vor dem 22.7.1992 geschlossenen Kaufvertrages (ohne Gebäudegrundbuch) über ein Gebäude auf ehemaligem LPG-Gelände. Scheitern solche urkundlichen Nachweise, kann der Vermerk auch aufgrund einer Eintragungsbewilligung des Grundstückseigentümers erfolgen (§ 4 Abs. 4 Nr. 6 GGV), auf deren Abgabe ggf. zu klagen ist. Dies gilt insbesondere zur Abgrenzung gegenüber lediglich schuldrechtlich anzuknüpfenden Fällen des Überlassungsvertrages, da die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 SachenRBerG einem Nachweis durch Mittel des § 29 GBO schon ihrer Art nach nicht zugänglich sind.

(5) Bezeichnung der betroffenen Fläche: Gem. § 10 GGV muß das Grundstück bzw. der Grundstücksteil bestimmt werden, wenn ein Gebäudegrundbuchblatt angelegt werden soll. Das Grundbuchamt kann den Inhaber des dinglichen Nutzungsrechtes, des Gebäudeeigentums oder des Rechtes zum Besitz gem. Artikel 233 § 2 a EGBGB auffordern, den räumlichen Umfang durch Vorlage eines Auszuges aus dem amtlichen Katasterplan, dem Flurneuordnungs- oder Flurbereinigungsplan sowie aus dem Sonderungsplan nach § 1 Nr. 2 des Bodensonderungsgesetzes nachzuweisen. Voraussetzung ist jedoch stets, daß der Auszug über das Bestehen des Gebäudes Aufschluß gibt.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor – die entsprechenden behördlichen Verfahren können lange Zeit in Anspruch nehmen – genügt gem. § 10 Abs. 2 GGV auch die Vorlage einer Baugenehmigung oder von genehmigten Bauplänen, wenn sie Aufschluß über das betroffene Grundstück geben. Es wäre ferner ausreichend, wenn ein öffentlich bestellter Vermessungsingenieur oder das Katasteramt – auch ohne Vermessung – anhand vorhan-

dener Unterlagen die Lage des Gebäudes ermittelt und gegenüber dem Grundbuchamt bestätigt.

(6) In der Fallgruppe der hängenden Kaufverträge ist zusätzlich erforderlich die Vorlage der zum Grundbuchamt ggf. noch nicht eingereichten Kaufurkunde; die negativen Tatbestandsmerkmale des § 3 Abs. 3 Satz 2 SachenRBerG (z. B. das Fehlen einer Pflichtverletzung des Käufers) sind dem Beweis mit grundbuchmäßigen Mitteln nicht zugänglich und müssen daher schon nach allgemeinen Grundbuchverfahrensregeln allenfalls glaubhaft gemacht werden.

Die Problematik des grundbuchmäßigen Nachweises darüber, daß ein geschaffenes dingliches Sondergestaltungsmittel den Parteien tatsächlich zur Verfügung stand, wurde vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gesehen. Bis zu einer eventuellen Klärung durch eine Novellierung des Gesetzes (etwa in Gestalt einer Einschränkung des § 29 GBO, der im Wiedervereinigungsrecht schon bisher immer weiter zurückgedrängt wurde – vgl. etwa die Möglichkeit privatschriftlicher Optionserklärung in den früheren FGB-Güterstand gem. Art. 234 § 4 a EGBGB) stellt das mögliche Scheitern des Grundbuchvollzuges selbst materiell-rechtlich wirksamer Erklärungen einen Umstand dar, der den Notar dazu veranlassen wird, aus Praktikabilitätsgesichtspunkten (hierzu nachstehend näher 3.) vom Rekurs auf solche Sonderrechtstatbestände abzusehen.

2.) Zusätzliche Grenzen freivertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten

Der privatautonomen Bereinigung der Kollision zwischen Grundstückseigentum und Eigenbesitz am darauf mit staatlicher Billigung errichteten Gebäude sind zunächst die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit gesetzt, also etwa § 134, 138 BGB. Fraglich ist jedoch, ob im Anwendungsbereich des SachenRBerG nicht zusätzliche Grenzen zu beachten sind, d. h. einzelne Bestimmungen des Gesetzes ius cogens darstellen, die eine Abweichung wegen des darin zum Tragen kommenden öffentlichen Interesses nicht dulden.

Zunächst ist festzuhalten, daß dem SachenRBerG nicht etwa insgesamt der Charakter eines gesetzlichen Verbotes zukommt. Die Kategorie der „freivertraglichen Abrede" könnte sonst nicht existieren. Zwingend ist nicht einmal die im SachenRBerG angelegte Dualität der Optionen (Grundstückserwerb bzw. Erbbaurechtsbestellung hieran), so daß etwa zwei Beteiligte sich einvernehmlich auch auf die Sicherung getätigter baulicher Investitionen durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit verständigen können. Einigen sich Eigentümer und Nutzer auf den Ankauf des Grundstückes, können sie eine von der gesetzlichen Preisfindung abweichende Kaufpreisbemessung zugrunde legen. Dies gilt um so mehr, als jedem im freien Verhandlungsspiel zustande gekommenen Kaufpreisbetrag Vergleichscharakter zukommt, wodurch die Unsicherheit über den „wahren" (gemeinen) Wert innerhalb des caput controversum durch Vereinbarung einer gegriffenen „Mittelgröße" beendet wird.

Es steht ferner fest, daß die Beteiligten von den im Gesetz enthaltenen Vorgaben der Ausgestaltung eines Zwangsvertrages abweichende, ja sogar diesen diametral entgegengesetzte Inhalte vereinbaren können. Dieser Grundsatz wird im „Besonderen Teil" des Gesetzes nur an einzelnen, verstreuten Stellen erwähnt, ohne daß insoweit eine innewohnende Gesetzmäßigkeit erkennbar wäre. In § 72 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG wird beispielsweise ausgeführt, daß Gewährleistungsansprüche wegen abweichender Grundstücksgröße ausgeschlossen sind, „es sei denn, daß eine solche Gewährleistung im Vertrag ausdrücklich vereinbart wird". Aus diesen zerstreuten Einzelanerkenntnissen des Vorranges der Privatautonomie darf jedoch nicht e contrario geschlossen werden, im übrigen könne freivertraglich von den Inhaltsbestimmungen des Gesetzes nicht abgewichen werden. Daß sich diese lediglich auf den Zwangsvertrag beziehen, ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG, welcher apodiktisch feststellt: „Die Beteiligten können von den gesetzlichen Bestimmungen über den Vertragsinhalt abweichende Vereinbarungen treffen". Diese Bestimmung bildet an zentraler Stelle die einzige – allerdings auch ausreichende – ausdrückliche Erwähnung des Freivertrages (in Gestalt einer Art „Schaltnorm", die zum allgemeinen Zivilrecht führt) innerhalb eines Gesetzes, das im übrigen der detaillierten Erfassung des Zwangsvertrages zur Bereinigung auch gegen den Willen eines Beteiligten gewidmet ist.

Allerdings ist auch diese gesetzliche Verankerung der privatautonom verhandelten Abweichung vom SachenRBerG nicht frei von Mißverständlichkeiten und ruft Zweifelsfragen hervor, die erhebliche Verunsicherung im Bereich der Vertragsgestaltung mit sich bringen: Sowohl in Abschnitt 2 (Bestellung von Erbbaurechten) als auch in Abschnitt 3 (Gesetzliches Vorkaufsrecht) des Zweiten Gesetzeskapitels (Nutzung fremder Grundstücke durch den Bau oder den Erwerb von Gebäuden) tituliert das Gesetz einen eigenen Unterabschnitt (Nr. 6 bzw. Nr. 3) mit den Worten „Bestimmungen zum Vertragsinhalt" bzw. „Bestimmungen zum Inhalt des Vertrages". Die Kapitel-, Abschnitts- und Unterabschnittsüberschriften sind Bestandteil des Gesetzes. Denkbar wäre nun die Auslegung, § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG gestatte nur freivertragliche Abweichungen von den §§ 43 bis 58 (Unterabschnitt 6, Erbbaurecht) bzw. den §§ 65 bis 74 (Unterabschnitt 3 zum gesetzlichen Ankaufsrecht), während die weiteren Regelungen (etwa §§ 75, 76 SachenRBerG zur Lasten- und Gefahrtragung sowie zur Gewährleistung) zwingend wären. Diese strenge Begrifflichkeit ist jedoch vom Gesetzgeber nicht gewollt; die Ähnlichkeit der Formulierung des § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG mit den zitierten Unterabschnittsüberschriften ist zufälliger Natur. Hierfür spricht, daß auch die genannten Überschriften der Unterabschnitte in sich differieren. Schließlich ist zu bedenken, daß gerade bei gesetzlichen Regelungen zum Inhalt des Vertrages sich teilweise Hinweise finden auf die Möglichkeit privatautonomer Abweichung (etwa in § 72 Abs. 1 a.E. SachenRBerG), die bei der genannten engen Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG nur im Rahmen der Paragraphen außerhalb der besonders hervorgehobenen Unterabschnitte des Gesetzes sinnvoll wären.

Der Begriff des „Vertragsinhaltes" in § 3 Abs. 1 Satz SachenRBerG ist vielmehr weit zu fassen. Er schließt auch die Regelungen zur Rechts- und Sachmängelgewährleistung, insbesondere zur erforderlichen Lastenfreistellung bzw. zur Verschaffung des notwendigen ersten Ranges des Erbbaurechtes, sowie die schuldrechtlichen Abreden über Besitzübergang, Lasten, Haftung, Gefahr und die Kosten des Vertrages mit ein. Problematisch wird die Abgrenzung jedoch hinsichtlich des Leistungsstörungsrechtes und hinsichtlich der Folgen eines vollzogenen Vertrages:

§§ 79, 80 SachenRBerG enthalten bekanntlich Regelungen zur Leistungsstörung, die vom allgemeinen Schuldrecht des BGB dramatisch abweichen. Wählt der Grundstückseigentümer im Fall der Nichtleistung des Nutzers (Käufers) die Durchsetzung seines Erfüllungsanspruches, kann er die Zwangsversteigerung des im Eigentum des Käufers stehenden Gebäudes nur unter gleichzeitiger Versteigerung seines

eigenen Grundstückes betreiben. Strebt der Grundstückseigentümer dagegen die Rückabwicklung an, bietet ihm § 80 Abs. 2 SachenRBerG statt der Optionen des § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich das Verlangen auf „umgekehrten" Ankauf des Gebäudes oder auf Bestellung eines Erbbaurechtes hieran. Beiden Abweichungen vom Leistungsstörungsrecht des BGB, die aus Sicht des vertragstreuen Grundstückseigentümers außerordentlich erschwerend und auf den ersten Blick ungerecht wirken müssen, liegt die Überlegung zugrunde, daß auch im Fall der Leistungsstörung das Fernziel der Sachenrechtsbereinigung, nämlich die Vereinigung von Grundstück und Gebäude als ein Rechtsobjekt in einer Hand, nicht vereitelt werden darf. Erforderlichenfalls muß diese Vereinigung („Komplettierung") in der Person eines Dritten, etwa des Erwerbers beider Objekte aus der Zwangsversteigerung, erfolgen. Diese nachvollziehbare Grundwertung trifft an sich nicht nur bei Leistungsstörungen eines Zwangsvertrages, sondern auch bei Nichterfüllung eines ganz oder in Teilen frei verhandelten Vertrages zu.

Dennoch wäre der Rechtsverkehr in unerträglicher Weise belastet, wenn die Geltendmachung des Erfüllungsanspruches oder der Vollzug des durch Rücktritt geschaffenen gesetzlichen Rückgewährschuldverhältnisses auch für die überwiegende, freivertragliche Mehrzahl der Vereinbarungen im Anwendungsbereich des SachenRBerG nur unter Beachtung der §§ 79 und 80 SachenRBerG erfolgen könnten. Ob dem in Leistungsstörung befindlichen Erwerb eines Grundstückes dessen faktische Bebauung mit Billigung staatlicher Stellen durch den Käufer vorangegangen war oder nicht, ist für ein Vollstreckungsgericht nicht zu überprüfen, zumal die bloße Besitzposition dieses Nutzers bei der Festsetzung der Versteigerungsbedingungen oder des geringsten Gebotes an sich nicht zu berücksichtigen ist. Dem Gesetzgeber kann wohl kaum die Absicht unterstellt werden, den Notar, der um Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages ersucht wird, zur Vermeidung der Aufnahme nichtiger Leistungsstörungsregelungen dazu anzuhalten, eingehende Ermittlungen über die faktisch-historischen Gegebenheiten anzustellen, welche die Anwendbarkeit des SachenRBerG begründen würden, etwa durch Augenschein zu ermitteln, ob es sich bei einer vom Käufer auf dem Kaufobjekt errichteten baulichen Anlage am 2.10.1990 um eine bloße „Datsche" (Baulichkeit) oder um ein zu Wohnzwecken genutztes Gebäude (Eigenheim) handelte. Der Anwendungsbereich des SachenRBerG, der selbst bei der oben 1. skizzierten systematischen Gliederung in fünf „Horizontalebenen" und drei „Vertikalebenen" nur unzureichend erfaßt wird, ist zu vielgestaltig, als daß er einer raschen, insbesondere urkundsgestützten Ermittlung zugänglich wäre. Das gesetzgeberische Motiv, durch zügige Konventionalvereinbarungen möglichst ohne Inanspruchnahme der Gerichte eine Vielzahl der Bereinigungssachverhalte einer gütlichen Lösung zuführen zu können, wäre nachgerade vereitelt, hätten sich die zur Urkundsgestaltung berufenen Organe der Rechtspflege in jedem Einzelfall eines freiverhandelten Vertrages über das Vorliegen der Anwendbarkeitsvoraussetzungen des SachenRBerG Gewißheit zu verschaffen. Nur im Bereich des „Zwangsvertrages" gelten daher die §§ 79 und 80 SachenRBerG als notwendiger, nicht abdingbarer, jedoch auch für den Fall der Nichterwähnung gültiger Vertragsbestandteil. Gleiches gilt für einen „Hybrid-Vertrag", der zwar bezüglich aller übrigen Abreden sich innerhalb des gesetzlichen Kontrahierungszwanges hält, jedoch hinsichtlich des Leistungsstörungsrechtes von §§ 79, 80 SachenRBerG abweichende Bestimmungen – beispielweise die Vereinbarung der Regelungen des BGB – enthält. Dadurch würde nämlich der zwingende Charakter der §§ 79, 80 SachenRBerG innerhalb des Zwangsvertrages (hierzu nachstehend II.1) aufgehoben. Beruht jedoch die getroffene Abrede auf freier Vereinbarung und bekennen sich die Beteiligten zu ihr nicht nur in Erfüllung eines gesetzlichen Bereinigungszwanges, sondern aufgrund gefundener privatautonomer Willensübereinstimmung, zählen auch die Bestimmungen zur Leistungsstörung des Vertrages noch zum „Vertragsinhalt", der gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG zur Disposition der Beteiligten steht.

Anders liegt es jedoch hinsichtlich derjenigen Bestimmungen des SachenRBerG, die an einen beiderseits erfüllten, „vollzogenen" Vertrag anknüpfen. Gleichgültig, ob der nach Vertragsabwicklung bestehende Rechtszustand als Ergebnis eines „Zwangsvertrages" oder eines „Freivertrages" entstanden ist, unterliegt er denselben ordnungspolitischen Wertungen des Bereinigungsgesetzgebers. Dies gilt etwa für die Bestimmung des § 78 SachenRBerG, der eine Perpetuierung des Nebeneinanders von (auch nicht gebuchtem) Gebäudeeigentum und Eigentum am Grundstück in der Hand derselben Person (des Nutzers nach Ausübung des Ankaufsrechtes oder des Grundstückseigentümers im Fall des umgekehrten Ankaufes) verhindern möchte. Wie nachstehend IV. 2 noch zu zeigen sein wird, geht der gesetzgeberische Ansatz zur Verwirklichung dieses Anliegens fehl, soweit ihm die Vorstellung eines absoluten Verfügungsverbotes zugrunde liegen sollte. Unabhängig vom durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt der Bestimmung ist aber festzuhalten, daß diese sowohl dann gilt, wenn Abreden innerhalb des gesetzlichen Kontrahierungszwanges vorangegangen sind, als auch für den Fall, daß die identische Eigentumslage bezüglich beider Objekte auf ein frei vereinbartes Verkehrsgeschäft zurückgeht. Der Bereich der „Bestimmungen über den Vertragsinhalt" (§ 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG) ist hinsichtlich dieser Regelungen über die Folgen eines beiderseits erfüllten Vertrages verlassen; der öffentlich-rechtlich angeordnete Grundbuchkomplettierungszwang ist auch im freivertraglichen Bereich nicht abdingbar.

Gleiches gilt auch für die Folgen der Bestellung eines Erbbaurechtes gem. § 59 Abs. 2 SachenRBerG: Das dort angeordnete Erlöschen bisheriger dinglicher Nutzungsrechte des nunmehrigen Erbbauberechtigten findet statt unabhängig davon, ob die Bedingungen des vorangegangenen, durch Entstehung des Erbbaurechtes beiderseits erfüllten Vertrages vollständig, in Teilen oder in keiner Hinsicht den Bestimmungen des gesetzlichen Kontrahierungszwanges entsprachen oder nicht. Wie *Vossius* in seiner Kommentierung zu § 59 Rdnr. 7 zu Recht ausführt, ist unter „Bestellung" im Sinn des § 59 Abs. 2 SachenRBerG die Eintragung des Erbbaurechtes in Erfüllung des geschlossenen Vertrages zu verstehen. Der Bereich des „Vertragsinhaltes" i. S. d. § 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG ist damit verlassen.

3.) Zweckmäßigkeits- und Risikoüberlegungen bei der Gestaltung eines „freien Bereinigungsvertrages"

Wie bereits dargelegt, erschien dem Gesetzgeber des SachenRBerG die privatautonome Lösung des Konfliktes zwischen Grundstückseigentümer und Nutzer als eindeutig vorzugswürdiger Weg sachenrechtlicher Bereinigung. Der Mechanismus der Inhaltsgestaltung im Wechselspiel der Ausübung gesetzlicher Klauselbestimmungsrechte, die zur Wahrung eines geordneten Ablaufes zur Schaffung des Zwangsvertrages vorgesehene Vermittlung durch den Notar und das „in letzter Instanz" nachgeschaltete richterliche Vertragsgestaltungsverfahren werden lediglich erforderlich,

wenn Versuche einer gütlichen Einigung auf rechtsgeschäftlichem Wege gescheitert sind. Gegenstand des SachenRBerG sind naturgemäß nur die nach dem Scheitern einer freivertraglichen Einigung geltenden Besonderheiten, so daß es nicht verwundern darf, den Vorrang privatautonomer Gestaltung nur im dargestellten, kurzen Hinweis an allerdings zentraler Stelle (§ 3 Abs. 1 Satz 2 SachenRBerG) berücksichtigt zu finden.

Leider hat der Gesetzgeber jedoch infolgedessen der außerordentlichen brisanten Frage zu geringe Aufmerksamkeit geschenkt, welche Besonderheiten im Anwendungsbereich des SachenRBerG auch außerhalb eines Zwangsvertrages zu beachten sind. Hierbei handelt es sich nicht lediglich um die oben (1.) behandelte Frage, inwieweit bei freivertraglicher Gestaltung zusätzlicher Regelungsspielraum zur Verfügung steht sowie die oben (2.) erörterte Prüfung, inwieweit einzelne Bestimmungen des SachenRBerG doch als zwingendes Recht anzusehen und mithin auch einvernehmlicher abweichender Gestaltung nicht zugänglich sind. In der notariellen Gestaltungspraxis spielen auch außerhalb der Wirksamkeitsgrenzen (2.) Zweckmäßigkeits- und Risikoüberlegungen eine Rolle, die der freivertraglichen Bereinigung im Anwendungsbereich des SachenRBerG weithin ein Sonderstatut zukommen lassen.

Besonderes Augenmerk gilt insoweit zusätzlichen Belehrungen und Hinweisen, die bei freivertraglichen „Bereinigungsbeurkundungen" angezeigt sind (nachstehend a), sowie Gestaltungsüberlegungen im Verhältnis zu Drittbeteiligten, deren Mitwirkung zur Wirksamkeit der Vereinbarungen oder deren Vollzug erforderlich sein kann (nachstehend b):

a) Zusätzliche Hinweise und Belehrungen

Nicht selten wird der Notar um Beurkundung eines „normalen" Kaufvertrages ersucht werden angesichts eines ihm vorgetragenen Sachverhaltes, der erkennbar dem Anwendungsbereich des SachenRBerG unterfällt. Die Beteiligten haben sich bereits einvernehmlich auf die wirtschaftlichen Grundkoordinaten des Rechtsgeschäftes, insbesondere den Kaufpreis des Grundstücks bzw. Gebäudeeigentums, geeinigt. Wurde diese Einigung – für den Notar erkennbar – in Kenntnis der Tatsache getroffen, daß den Beteiligten an sich auch die Inhaltsbestimmungsrechte des SachenRBerG zu Gebote stünden, gelten weiter keine Besonderheiten. Dem Notar ist es vielmehr verwehrt, auf die Willensbildung der Beteiligten in wirtschaftlicher Sicht Einfluß zu nehmen; die ihm im Rahmen des Zwangsvertrages des SachenRBerG in Extremfällen zugedachte Sonderrolle eines zur Vorgabe des Kaufpreises im Weg des Vermittlungsvorschlags Verpflichteten bleibt ihm im Rahmen des „Freivertrages" naturgemäß verwehrt. Hierin läge ein Verstoß gegen die wesensimmanente Unparteilichkeit des Notaramtes.

Befand sich jedoch bei der Einigung über die wirtschaftlichen Grundkoordinaten des Rechtsgeschäftes zumindest einer der Beteiligten erkennbar in Unkenntnis über die Existenz, die Anwendbarkeit oder den hier relevanten Inhalt (insbesondere den Halbteilungsgrundsatz) des SachenRBerG, gebietet es § 17 Abs. 1 BeurkG, zur Vermeidung von Irrtümern oder Zweifeln oder der Benachteiligung unerfahrener und ungewandter Beteiligter, auf die Existenz des SachenRBerG und seinen wesentlichen Gehalt hinzuweisen. Andernfalls verblieben im Sinn des § 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG Zweifel, ob das Geschäft dem wahren Willen der Beteiligten entspricht. Kam die Kaufpreisfindung unter Ausnutzung der Unerfahrenheit oder des Irrtums eines Beteiligten in wucherähnlicher Weise zustande, droht ferner die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (§ 138 Abs. 2 BGB), so daß der Notar zu prüfen hat, ob eine Ablehnung der Beurkundung des Rechtsgeschäftes gem. § 14 Abs. 2 BNotO oder ein Zweifelsvermerk gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG angebracht ist. Eine Verletzung der Unparteilichkeit des Notars liegt hierin nicht.

Hinsichtlich des rechtlichen Inhalts eines „freien Bereinigungsvertrages" gelten nur dann Besonderheiten im Rahmen der notariellen Belehrung, wenn die Beteiligten eine der oben (1.) erwähnten Sondergestaltungsmöglichkeiten des SachenRBerG zugrunde zu legen beabsichtigen. Hier wird typischerweise Veranlassung bestehen darauf hinzuweisen, daß Inhalt, Durchführbarkeit und Zweckmäßigkeit dieser Sonderinstitute noch Zweifeln unterliegen und Erfahrung auch im kautelarjuristischen Umgang etwa mit den Sondererbbaurechten des § 39 SachenRBerG und deren grundbuchrechtlichen Vollzug (§ 29 GBO!) nicht vorliegen. Beharren die Beteiligten jedoch auf ihrer Wahl, kann deren Beurkundung selbstverständlich nicht abgelehnt werden.

b) Risikoüberlegungen im Verhältnis zu Drittbeteiligten

Das SachenRBerG hat nicht nur Grundstückseigentümer und Nutzer als unmittelbare Vertragsbeteiligte in einen gesetzlichen Kontrahierungszwang eingebunden. Um sicherzustellen, daß die getreu den gesetzlichen Vorgaben zustande gekommenen schuldrechtlichen Vereinbarungen über die Bestellung eines Erbbaurechtes oder den vertragsgemäßen Eigentumsübergang am Grundstück auch tatsächlich erfüllt werden können, unterliegen auch Drittbeteiligte im Rahmen durch das SachenRBerG geschaffener gesetzlicher Schuldverhältnisse einem (durch Einreden und Gegenrechte) bedingten Zwang zur Abgabe der vollzugsnotwendigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Hierbei sind im Rahmen des Zwangsvertrages zwei Fallgruppen zu unterscheiden (nachstehend aa und bb). Im Bereich des frei verhandelten Vertrages treten zusätzliche Probleme hinzu (cc).

aa) Rangrücktritts- oder Freigabepflichten Dritter (etwa gem. §§ 33, 63 Abs. 1 SachenRBerG)

Die Drittbeteiligtenproblematik ist durch die zitierten Vorschriften auch innerhalb des zwangsvertraglichen Bereiches nicht vollständig und zufriedenstellend gelöst worden. Die geschaffenen gesetzlichen Rücktritts- oder Freigabezwänge fügen sich nicht nahtlos in die Pflichtenverteilung unter den unmittelbar Vertragsbeteiligten ein. Gem. § 64 Abs. 1 SachenRBerG ist beispielsweise der Grundstückseigentümer gegenüber dem Nutzer grundsätzlich verpflichtet, diesem den Ankaufsgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Den zur Erfüllung dieser Verpflichtung notwendigen Anspruch auf Freigabe gegen dinglich Berechtigte kann jedoch gem. § 63 SachenRBerG lediglich der Nutzer geltend machen, nicht jedoch unmittelbar der Grundstückseigentümer, der somit darauf verwiesen ist, dem die Lastenfreistellung verlangenden Nutzer die Nichtausübung des eigenen Freigabeverlangens einredeweise entgegenzuhalten oder sich dessen Anspruch abtreten zu lassen.

bb) Erforderliche Drittzustimmungen

Ungelöst ist leider auch die Frage geblieben, ob Dritte, deren Zustimmung der Grundstückseigentümer bei Abgabe der geschuldeten dinglichen Erklärungen bedarf, zur Mitwirkung gesetzlich verpflichtet sind. Auch hier (ebenso wie hinsichtlich der Bereinigung bei noch als Eigentum des Volkes eingetragenen Grundstücken, vgl. nachstehend IV.1.d) wird schmerzlich deutlich, daß das SachenRBerG eine Definition des Begriffes „Grundstückseigentümer" unterlassen hat. Es

kann wohl als selbstverständlich zugrunde gelegt werden, daß die Pflichten zur Mitwirkung bei Vorliegen von Verfügungsbeschränkungen auch denjenigen treffen, der als „Partei kraft Amtes" an die Stelle des „formalen" Grundstückseigentümers tritt, etwa den Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverwalter bezüglich eines Grundstückes des Gemeinschuldners. Schwieriger liegt es jedoch, wenn der Grundstückseigentümer beispielsweise als Vorerbe zu Verfügungen über den Grundbesitz der Zustimmung eines weiteren Beteiligten (Nacherben) bedarf, der nicht seine Verfügungsbefugnis als „Substitut" vollständig in sich aufnimmt. Der Nacherbe ist sicherlich kein „Grundstückseigentümer" im Sinn des BGB, so daß der Nutzer gegenüber dem Nacherben keine unmittelbaren Mitwirkungsansprüche hat (anders möglicherweise *Vossius*, § 14 Rdnr. 38). Im Verhältnis zwischen Vorerbe und Nacherbe ist der Nacherbe gem. § 2120 Satz 1 BGB verpflichtet, seine Einwilligung zur Verfügung zu erteilen, da sie zur ordnungsgemäßen Verwaltung, „insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten", erforderlich ist. Auch der gesetzliche Anspruch des Nutzers auf Durchführung der Bereinigung stellt eine Nachlaßverbindlichkeit im Sinn des § 2120 Satz 1 BGB dar. Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die Wertungsparallele in § 2115 Satz 2 BGB, wonach eine „Zwangsverfügung" gegen den Vorerben unbeschränkt wirksam ist, wenn der Anspruch eines Nachlaßgläubigers geltend gemacht wird, der bei Eintritt der Nacherbfolge auch dem Nacherben gegenüber wirksam ist. So liegt es hinsichtlich der Ansprüche aus dem SachenRBerG, die sich gem. § 14 Abs. 1 SachenRBerG gegen den „jeweiligen" Grundstückseigentümer richten, d. h. nach Eintritt des Nacherbfalles auch dem Nacherben gegenüber geltend gemacht werden können. Der Anwendungsbereich des § 2115 Satz 1 BGB, der unmittelbar nur Verfügungen im Weg der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfaßt, ist allerdings bei einer Erfüllung des gesetzlichen Kontrahierungszwanges nicht unmittelbar eröffnet. Zur Erleichterung der Durchsetzung des gesetzlichen Bereinigungsanspruches des Nutzers wäre es wünschenswert gewesen, den Nacherben unmittelbar im Verhältnis zum Nutzer in das gesetzliche Erfüllungsverhältnis einzubinden. Gleiches gilt etwa hinsichtlich familienrechtlicher Zustimmungserfordernisse (§ 1365 BGB); auch hier besteht lediglich im Verhältnis der Ehegatten untereinander ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung, da die Verfügung in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht.

cc) Einbindung Drittbeteiligter im freivertraglichen Bereich

Den einzigen Fall einer Regelung des Verhältnisses zu Drittbeteiligten im freivertraglichen Bereich stellt § 46 Abs. 2 Satz 3 SachenRBerG dar: Die vorangehenden Absätze dieses Paragraphen regeln in detaillierter Weise, welcher Anpassungsmaßstab den einzelnen Sachverhaltskategorien des gesetzlichen Bereinigungsvertrages zugrunde zu legen ist und welche Kappungsgrenze dabei hinsichtlich der jeweils eintretenden Einzelerhöhungen zu beachten ist. Gem. § 46 Abs. 2 Satz 3 SachenRBerG sind einvernehmliche Abweichungen hiervon, also freivertragliche Gestaltungsvarianten hinsichtlich der Anpassung des Erbbauzinses, gegenüber Inhabern auf Zahlung gerichteter dinglicher Rechte unwirksam, soweit die Anpassungsvereinbarung nicht lediglich schuldrechtlichen Charakter hat. Von § 46 Abs. 2 Satz 3 SachenRBerG kann in teleologischer Reduktion (ebenso *Vossius*, § 46 Rdnr. 44) nur der Fall erfaßt sein, daß ein Grundpfandrecht oder eine Reallast am Erbbaurecht bereits in dem Zeitpunkt eingetragen ist, in dem die dingliche Vereinbarung der Erbbauzinsanpassung gem. § 9 Abs. 2 und 3 Nr. 1 ErbbauVO n.F. mit Wirkung auch gegen Rechtsnachfolger in „vollstreckungsfester" Weise erfolgt oder die Eintragung eines solchen Rechtes vom zurücktretenden Gläubiger als Ausgleich für den Verlust der Mithaftung des Gebäudes verlangt werden kann (§ 35 SachenRBerG). Dieser Gläubiger soll sich darauf verlassen können, daß Steigerungen des Erbbauzinses nur innerhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Maßes möglich sind, so daß der Wert des Erbbaurechtes und damit seine Attraktivität im Verkaufs- oder Versteigerungsfall gewährleistet bleiben. Hierdurch wird deutlich, daß das Vorhandensein Drittbeteiligter auch unmittelbaren Einfluß auf die Gestaltung des freivertraglichen Bereinigungsvertrages selbst hat – zwar nicht mit der Folge der Unwirksamkeit (wie in der Fallgruppe oben 2), jedoch zur Vermeidung relativer Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen im Verhältnis zu Drittbeteiligten (hier den bereits anfänglich vorhandenen Grundpfand- oder Realgläubigern). Treten solche Drittbeteiligte in Abteilung II oder III erst später hinzu, gelten jedoch keine Besonderheiten, diese erwerben Rechte am Erbbaurecht nur in der Gestalt, wie dieses freivertraglich geschaffen wurde.

Im übrigen ist jedoch bedauerlicherweise die Einbindung Drittbeteiligter (etwa dinglich Berechtigter am Grundstück oder möglicher Nacherben) im freivertraglichen Bereich ungelöst geblieben. Ein allgemeiner gesetzlicher Zwang zum Rücktritt hinter ein bestelltes Erbbaurecht besteht bekanntlich nicht und wurde auch durch die Rechtsprechung nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen abgeleitet. Jeder Gläubiger einer Dienstbarkeit kann durch Verweigerung des Rangrücktrittes die wirksame Entstehung eines Erbbaurechtes verweigern (§ 10 Abs. 1 ErbbauVO).

Von der Verpflichtung zum Rangrücktritt in § 33 SachenRBerG ist nur „das Erbbaurecht" erfaßt, d. h. ein unter Beachtung der zwangsvertraglichen Vorgaben geschaffenes Erbbaurecht. Weicht der durch den Vorerben geschlossene Bereinigungsvertrag vom gesetzlichen Zwangsmodell ab, liegt keine Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit vor, so daß ein Anspruch auf Einwilligung gem. § 2120 BGB nicht besteht. Auch außerhalb der beiden dadurch tangierten Rechtsbereiche (Einschränkungen der Verfügungsbefugnis durch Vorbehalte zugunsten Dritter, Mitwirkung dinglich Berechtigter zur wirksamen Entstehung oder lastenfreien Übertragung des Geschuldeten, oben aa) und bb)) drohen der freivertraglichen Abwicklung Nachteile, da die Einschränkung von Rechten Dritter im SachenRBerG naturgemäß nur beschränkt auf den zwangsvertraglichen Bereich angeordnet ist. Dies gilt etwa hinsichtlich der Ausübung schuldrechtlicher oder dinglicher Vorkaufsrechte, beispielsweise eines gem. § 20 VermG eingeräumten Vorkaufsrechtes des jeweiligen Nutzers hinsichtlich eines restituierten Grundstückes: § 64 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SachenRBerG läßt sich die Wertung entnehmen, daß ein getreu dem gesetzlichen Kontrahierungszwang zustande gekommener Ankauf keinen Vorkaufsfall darstellt. Diese „Bereichsausnahme" läßt sich jedoch nicht ohne weiteres auf freivertragliche Bereinigungsverträge erstrecken.

Fraglich ist, ob den zwangsgesetzlichen Vorschriften über Mitwirkungspflichten Drittbeteiligter (etwa § 33, § 64 Abs. 1 SachenRBerG) nicht eine Wertung dahingehend entnommen werden kann, die Pflicht zum Rangrücktritt, zur Freigabe oder zur Zustimmung bestehe auch dann, wenn die freivertragliche Bereinigung die Interessen des Drittbeteiligten nicht nachteiliger berührt, als dies bei strenger Beachtung des gesetzlichen Kontrahierungszwanges der Fall wäre. Ein Anhaltspunkt hierfür läßt sich beispielsweise aus dem bereits zitierten § 46 Abs. 2, S. 3 SachenRBerG gewinnen. Die dort angeord-

nete relative Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen zu Erbbaurechtszinsanpassungen und ihrer gesetzlichen Kappung (§ 46 Abs. 1 und 2 SachenRBerG) soll die Verwertung durch Gläubiger von Grundpfandrechten und Reallasten wirtschaftlich sichern, da höhere künftige Erbbauzinszahlungspflichten, die dem Rechtsnachfolger gegenüber wirken, von Bedeutung für die Beleihungsprüfung sind. Das SachenRBerG enthält also nicht nur Mitwirkungspflichten Drittbeteiligter, sondern auch eine gesetzliche Grenzziehung im Interessenkonflikt zu diesen Dritten, mithin eine Umschreibung des wirtschaftlichen und rechtlichen Verlustes, den der Dritte hinzunehmen verpflichtet ist. Bleibt die freivertragliche Vereinbarung hinter dem nach der gesetzlichen Lösung Hinzunehmenden zurück, ist der Drittbeteiligte ebenfalls zur Mitwirkung verpflichtet.

Die durch das SachenRBerG geschaffenen gesetzlichen Begleitschuldverhältnisse beispielsweise zu dinglich Berechtigten setzen also nicht zwingend voraus, daß der „Hauptvertrag" in allen Punkten dem gesetzlichen Kontrahierungszwang entspricht. Die Pflicht eines Gläubigers zum Rangrücktritt hinter das Erbbaurecht besteht auch dann, wenn dieses in freivertraglicher Weise aus Sicht des dinglich Berechtigten „günstiger" oder zumindest „gleich günstig" gestaltet ist, beispielsweise eine kürzere Gesamtlaufzeit vorsieht oder mit erweiterten Heimfallrechten ausgestattet ist. Andern liegt es jedoch, wenn die Beteiligten einvernehmlich eine längere Laufzeit des Erbbaurechtes vereinbaren oder ihm sonst größeren Bestand verleihen, so daß die Aussicht auf eine Haftungserstreckung des nachrangig eingetragenen dinglich Berechtigten geschmälert wird. Im Rahmen des Vollzugs eines Ankaufes sind dinglich Berechtigte zur Freigabe verpflichtet, wenn der Kaufpreisbetrag, an dem sich ihre Berechtigung surrogatweise als Pfandrecht gem. § 64 Abs. 3 Satz 1 SachenRBerG fortsetzen würde, nicht geringer ist als der gesetzlich geschuldete Ankaufsbetrag unter Beachtung des Halbteilungsgrundsatzes und gegebenenfalls bei rascher Geltendmachung des Anspruchs der zu gewährenden Ermäßigung. Im Bereich der Ausgestaltung der „Dynamik" des Erbbauzinses trifft jedoch § 46 Abs. 2 Satz 3 SachenRBerG eine abweichende Regelung: Sind bereits dingliche Rechte am Erbbaurecht eingetragen oder kann deren Eintragung im Weg der Einrede als Gegenleistung für die Entlassung des Gebäudes aus dem Haftungsverbund des Grundpfandrechtes verlangt werden, sind von § 46 Abs. 1 und 2 SachenRBerG abweichende Vereinbarungen nur in schuldrechtlicher Weise möglich.

Amtslöschung von Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum?

– Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des BayObLG vom 27.4.1995 – 2 Z BR 31/95 – *)

Von Notar *Dr. Hermann Amann*, Berchtesgaden

1. Der Gesamtvermerk

Dienstbarkeiten, die ihrer Natur nach nicht am einzelnen Wohnungseigentum bestehen können, wie z. B. ein Wegerecht am gemeinschaftlichen Grundstück, sind nur wirksam, wenn sie in allen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern eingetragen werden. Nach § 4 Abs. 1 der Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumssachen (WEGBVfg) hat diese Eintragung in der Weise zu erfolgen, daß in jedem Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch

- die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar ist und
- jeweils auf die Eintragungen in den übrigen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern verwiesen wird.

Ich nenne diese in § 4 Abs. 1 WEGBVfg vorgeschriebenen Vermerke nachfolgend kurz *„Gesamtvermerk"*. Diesen verkürzten Ausdruck wähle ich, weil er die Darstellung erleichtert und weil er auf Ähnlichkeiten, aber auch auf Unterschiede zum Mithaftvermerk nach § 48 GBO hinweist. Der Beschluß des BayObLG besagt, daß eine Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum inhaltlich unzulässig und daher von Amts wegen zu löschen sei, wenn ein Gesamtvermerk fehlt. Ich fürchte – auch aufgrund von Äußerungen von Kollegen –, daß ein Gesamtvermerk häufiger fehlt als das BayObLG vielleicht angenommen hat. Der Beschluß des BayObLG könnte daher Amtslöschungen in größerer Zahl zur Folge haben.

2. Die betroffenen Dienstbarkeiten

In dem vom BayObLG entschiedenen Fall verlieh die Dienstbarkeit ein Wegerecht, welches das Grundbuch selbst als „Mitbenützungsrecht des unterirdischen Ganges" verlautbarte. Damit war offenkundig, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht nur die Befugnisse eines einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümers tangierte, sondern das Gemeinschaftseigentum berührte. Ebenso verhält es sich z. B. bei sonstigen Geh- und Fahrtrechten, bei Mitbenutzungrechten an Kinderspielplätzen, an Feuerwehrzufahrten oder an Mülltonnenhäuschen, bei Trafostations- und Erdkabelrechten. Solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in die Befugnisse aller Wohnungs- und Teileigentümer eingreifen, nenne ich im folgenden „Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum".

Andere Dienstbarkeiten erweisen sich nicht auf den ersten Blick in das Grundbuch selbst als Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum. Dies gilt z. B. für ein Gewerbebetriebsverbot oder ein Mitbenützungsrecht an einem Stromzählerschrank. Hier kann häufig erst das Studium der Eintragungsbewilligung, auf die gemäß § 874 BGB Bezug genommen ist, zeigen, ob wir es mit einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum zu tun haben. Da der Inhalt der Eintragungsbewilligung als Inhalt des Grundbuchs selbst gilt, wären nach dem Beschluß des BayObLG freilich auch solche nicht auf den ersten Blick als Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum erkennbare Dienstbarkeiten von der Amtslöschung bedroht, wenn ein Gesamtvermerk fehlt.

3. Der Verstoß gegen die WEGBVfg

Obwohl das BayObLG in seinem Beschluß den § 4 Abs. 1 WEGBVfg mehrfach erwähnt, wäre es ein Mißverständnis anzunehmen, das BayObLG habe verkannt, daß die WEGBVfg wie die Grundbuchverfügung nur Sollvorschriften enthält, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit der Eintragung unberührt läßt[1]. Der bloße Verstoß gegen § 4 Abs. 1 WEGBVfg für sich allein kann also zu keiner unwirksamen oder inhaltlich unzulässigen Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum und daher zu keiner Amtslöschung führen.

4. Notwendigkeit der Eintragung in allen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern

Richtig ist ferner der Ausgangspunkt des BayObLG, wonach mit einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum nicht ein einzelnes Wohnungs- oder Teileigentum, sondern nur das im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstück belastet werden kann[2]. Für das gemeinschaftliche Grundstück existiert allerdings in der Regel kein gesondertes Grundbuch (§ 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 WEG). Die Summe der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher verkörpert vielmehr gleichzeitig das Grundbuch des gemeinschaftlichen Grundstücks. Wenn daher ein Wegerecht in allen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern eingetragen ist, dann gibt es kein Grundbuch des Grundstücks, in welchem es nicht eingetragen wäre.

5. Notwendigkeit eines zusätzlichen Gesamtvermerks?

Zur Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum im Grundbuch des Grundstücks gem. § 873 Abs. 1 BGB gehört nach Auffassung des BayObLG indessen nicht nur die Eintragung in allen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern, sondern *zusätzlich* ein Gesamtvermerk in jedem einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch, durch den die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar wird. Ob dafür *einer* der beiden in § 4 Abs. 1 WEGBVfg vorgeschriebenen Vermerke (Belastung des ganzen Grundstücks – Verweisung auf die übrigen Eintragungen) ausreicht oder ob beide Vermerke erforderlich sind, konnte das BayObLG im entschiedenen Fall offenlassen. Dies dürfen auch wir als zweitrangig ansehen, bis geklärt ist, welche materiell-rechtliche Bedeutung der Gesamtvermerk hat.

---

* In diesem Heft S. 288.

[1] KEHE-*Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, Rdnr. 3 vor § 1 Grundbuchverfügung.

[2] Vgl. BGHZ 36, 187; BayObLGMittBayNot 1981,189 = DNotZ 1982, 617. Zu der Frage, ob die Ausübung der Dienstbarkeit nur einen Wohnungseigentümer berührt oder das Gemeinschaftseigentum, s. *Amann* DNotZ 1990, 498 (499) m.w.N.

6. Gesamtvermerk und Mithaftvermerk

a) Folgen eines fehlenden Mithaftvermerks

Wenn wir die vom BayObLG aufgestellten Anforderungen für die Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum vergleichen mit den Anforderungen, die an die wirksame Eintragung einer anderen Belastung des Gesamtgrundstücks, z.B. einer Grundschuld, gestellt werden, so ergibt sich kein spontaner Gleichklang. Die Grundschuld, die etwa der Alleineigentümer des in Eigentumswohnungen aufgeteilten Grundstücks bestellt, muß – ebenso wie eine Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum – am ganzen Grundstück, d.h. an allen Eigentumswohnungen eingetragen werden. Der Sache nach handelt es sich um eine Gesamtgrundschuld an allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten. § 48 GBO schreibt für ihre Eintragung einen Mithaftvermerk vor.

Unterbleibt der Mithaftvermerk, so ändert dies jedoch nach angemeiner Ansicht nichts daran, daß die ohne Mithaftvermerk eingetragene Grundschuld wirksam ist und ihren Charakter als Grundschuld am Grundstück bzw. als Gesamtgrundschuld an allen Eigentumswohnungen behält. Das Grundbuch der einzelnen Eigentumswohnung erweckt zwar den Rechtsschein, es bestehe eine Einzelgrundschuld, die Eintragung ist aber nicht unwirksam und nicht inhaltlich unzulässig. Der Mithaftvermerk ist in einem solchen Fall von Amts wegen nachzuholen. Diese Nachholung ist erst ausgeschlossen, wenn jemand, der seinen Blick auf eine einzelne Eigentumswohnung als Pfandobjekt beschränkt hat, die so eingetragene Grundschuld im Vertrauen auf den fehlenden Mithaftvermerk gutgläubig als Einzelgrundschuld erworben hat. Die bloße Eintragung nachrangiger Rechte oder der Erwerb von Rechten am Gesamtrecht stellen kein Hindernis dar, den Mithaftvermerk nachzuholen[3].

Die herrschende und richtige Ansicht, materiell sei trotz des fehlenden Mithaftvermerks eine Gesamtgrundschuld entstanden, läßt sich nicht damit begründen, der Charakter als Gesamtgrundschuld ergebe sich – wenn schon nicht aus der Grundbucheintragung selbst – so jedenfalls aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB)[4]. Zur Bezeichnung des Belastungsgegenstands kann nämlich – vom Sonderfall des Leibgedings abgesehen[5] – nicht auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Was Belastungsgegenstand ist, muß sich aus dem Grundbuch selbst ergeben[6]. Wenn die bestellte Gesamtgrundschuld materiell auch ohne den Mithaftvermerk entsteht, kann dies nur daran liegen, daß der dafür maßgebliche § 873 Abs. 1 BGB für die Entstehung der Gesamtgrundschuld lediglich die Eintragung auf allen Grundbuchblättern des belasteten Grundbesitzes verlangt, dagegen nicht den Mithaftvermerk. Fehlt der Mithaftvermerk, so entsteht angesichts dessen

- materiell wirksam eine Gesamtgrundschuld,
- für die einzelne Eigentumswohnung ein Grundbuch, das den Rechtsschein erweckt, es bestehe eine Einzelgrundschuld, und das insoweit öffentlichen Glauben genießt.

Die Eintragung der Gesamtgrundschuld ist unvollständig; sie darf deswegen wie eine unrichtige Eintragung behandelt werden, aber nicht wie eine unwirksame Eintragung[7].

b) Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen Mithaftvermerk und Gesamtvermerk

Zu prüfen bleibt, ob bei Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum einer Eigentumswohnanlage eine ähnliche Situation entsteht, wenn ein Gesamtvermerk fehlt. § 48 GBO hilft uns dabei nicht weiter, weil sich die materiellrechtliche Entstehung der Dienstbarkeit ausschließlich nach § 873 Abs. 1 BGB richtet und die h.M. § 48 GBO auf Dienstbarkeiten auch nicht entsprechend anwendet[8].

Wenn wir – wie bei der Gesamtgrundschuld – nach dem Aussagegehalt und damit nach dem öffentlichen Glauben fragen, den die Eintragung z.B. eines Wegerechts in jedem einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch ohne einen Gesamtvermerk entfalten kann, so bleiben beim Blick nur in ein einzelnes Wohnungsgrundbuch zwei denkbare Deutungen:

1) Es handelt sich um ein Wegerecht nur an diesem Wohnungseigentum.

2) Es handelt sich um ein Wegerecht am ganzen Grundstück, dessen Wirksamkeit durch Einsichtnahme in die weiteren Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher zu klären ist.

Bei einer Gesamtgrundschuld ohne den Mithaftvermerk eröffnet der Blick lediglich in ein einzelnes Grundbuchblatt des gesamten belasteten Grundbesitzes eine ähnliche Alternative:

1) Es kann sich handeln um eine Einzelgrundschuld nur an diesem Wohnungseigentum.

2) Es kann sich handeln um eine Gesamtgrundschuld an allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten, also am ganzen Grundstück, was durch Heranziehung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher feststellbar ist.

Wir haben gesehen, daß sich der öffentliche Glaube bei der ohne Mithaftvermerk eingetragenen Gesamtgrundschuld auf die erste Alternative (Einzelgrundschuld) richtet. Wenn keine wesentlichen Unterschiede bestehen, müßte er sich bei der ohne Gesamtvermerk eingetragenen Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum ebenfalls auf die erste Alternative richten, d.h. z.B. auf ein Wegerecht, das nur an einer Eigentumswohnung lastet. Das Grundbuch würde dann in der Tat eine inhaltlich unzulässige Eintragung verlautbaren. Der angestellte Vergleich scheint die Ansicht des BayObLG zu bestätigen.

7. Auslegung des Grundbuchs bei fehlendem Mithaftvermerk und bei fehlendem Gesamtvermerk

Bei unserem vorstehenden Vergleich haben wir allerdings noch nicht näher untersucht, ob wesentliche Unterschiede bestehen im Aussagegehalt eines einzelnen Wohnungsgrundbuchs, je nachdem, ob bei einer Gesamtgrundschuld der Mithaftvermerk oder ob bei einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum der Gesamtvermerk fehlt. Die Frage lautet

---

[3] KG HRR 1934, Nr. 278; *Horber/Demharter*, Grundbuchordnung, 20. Aufl. 1993, § 48 GBO Rdnr. 3; KEHE-*Eickmann*, § 48 GBO Rdnr. 1.

[4] Wenn das OLG Düsseldorf, DNotZ 1973, 613 (614), auf die Eintragungsbewilligung zurückgreift, handelt es sich m.E. der Sache nach um eine Auslegung des Grundbuchs selbst.

[5] BGH RPfleger 1972, 89; OLG Hamm RPfleger 1975, 357; *Böhringer*, MittBayNot 1988, 111; a.M. KEHE-*Eickmann*, § 49 GBO Rdnr. 6.

[6] Vgl. z.B. *Staudinger/Ertl*, 12. Aufl. 1989, § 873 BGB Rdnr. 164.

[7] Vgl. *Staudinger/Ertl*, § 873 BGB Rdnr. 170 ff.; *Staudinger/Scherübl*, § 1132 BGB Rdnr. 7.

[8] *Horber/Demharter*, § 48 GBO Rdnr. 6; KEHE-*Eickmann*, § 48 GBO Rdnr. 3.

in beiden Fällen, wie das einzelne, unvollständige Wohnungsgrundbuch zu verstehen ist. Es geht also um die Auslegung der jeweils unvollständigen Grundbucheintragung. Daß Grundbucheintragungen auslegungsfähig sind, entspricht allgemeiner Ansicht. Gleiche Einmütigkeit besteht darüber, daß bei der Auslegung von der für einen unbefangenen Betrachter *nächstliegenden* Bedeutung auszugehen ist[9]. In unseren beiden zu vergleichenden Fällen müssen wir also nach der nächstliegenden Bedeutung der unvollständigen Grundbucheintragung fragen.

a) Die Eintragung der Gesamtgrundschuld ohne Mithaftvermerk läßt zwei Interpretationen zu, deren jede auf ein inhaltlich zulässiges Recht (Einzelgrundschuld oder Gesamtgrundschuld) hindeutet. Von diesen zwei Interpretationen verdient die nächstliegende den Vorzug. Diese besteht eindeutig darin, eine Einzelgrundschuld an der betreffenden Eigentumswohnung anzunehmen, weil beim Blick in ein einzelnes Grundbuch nichts auf eine Gesamtgrundschuld hindeutet.

b) Die Eintragung einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum ohne Gesamtvermerk läßt ebenfalls zwei Interpretationen zu, aber mit dem Unterschied, daß eine davon zu einer inhaltlich unzulässigen – also nichtigen – Dienstbarkeit am einzelnen Wohnungseigentum gelangt, während die andere in die Annahme einer inhaltlich zulässigen Dienstbarkeit am ganzen Grundstück mündet. Von diesen zwei Interpretationen verdient wiederum die nächstliegende den Vorzug. An dieser Stelle dürfen sich die Geister nicht scheiden. Es darf nicht dahin kommen, daß die nächstliegende Interpretation einer Grundbucheintragung, die notwendigerweise der Rechtspfleger oder der Richter verfügt hat, dahingehend lautet, ein inhaltlich unzulässiges Recht sei eingetragen. Weil Rechtskundige am Werke waren und das Grundbuch öffentlichen Glauben genießt, muß die nächstliegende Bedeutung diejenige sein, daß inhaltlich Zulässiges eingetragen ist. Der juristische Laie betrachtet dies nach meiner Erfahrung als selbstverständlich. Er wird auch kaum dem Irrtum zum Opfer fallen, das Wegerecht oder ein Trafostationsrecht oder ein Kinderspielplatzbenutzungsrecht laste nur an der einzelnen Eigentumswohnung. Den juristisch geschulten Kenner der Materie führt das Wegerecht, das er an einem einzelnen Wohnungseigentum ohne Gesamtvermerk eingetragen findet, nicht in die Irre. Soweit er wegen des fehlenden Gesamtvermerks an der inhaltlichen Zulässigkeit der Dienstbarkeit überhaupt zweifelt, werden ihn solche Zweifel ohne weiteres zu einem Blick in die anderen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher veranlassen, der ihn davon überzeugt, daß die Dienstbarkeit am ganzen Grundstück eingetragen ist. So betrachtet hat die Bezeichnung, unter der eine Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum eingetragen ist, jedenfalls aber ihr genauer Inhalt, wie er sich aus der Eintragungsbewilligung ergibt, bereits die Aussagekraft eines Gesamtvermerks, und zwar gleichermaßen für den juristischen Laien wie für den Fachmann, weil beide völlig zu Recht die nächstliegende Bedeutung favorisieren.

Das Fehlen eines Mithaftvermerks bei einer Gesamtgrundschuld hingegen wird auch bei einem Juristen kaum einmal weitere Überlegungen auslösen, da der Blick nur in das Grundbuch einer einzigen Eigentumswohnung eine inhaltlich zulässige und praktisch häufige Belastung offenbart, nämlich eine Einzelgrundschuld an dieser Eigentumswohnung. Die Beiziehung der Eintragungsbewilligung ist hier in der Regel entbehrlich, weil § 1115 BGB die Aufnahme aller wesentlichen Daten in das Grundbuch verlangt, weil das Grundbuch wegen des Belastungsgegenstands nicht auf die Eintragungsbewilligung verweisen kann[10] und weil außerdem die in der Eintragungsbewilligung verlautbarte Mitbelastung durch spätere Freigaben (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB) entfallen sein kann.

Gegen die durch Auslegung erreichte Rechtsbeständigkeit eines Wegerechts trotz fehlenden Gesamtvermerks könnte eingewendet werden, die Eintragung des Wegerechts an nur einem Wohnungseigentum sei eindeutig, also gar nicht auslegungsfähig. Wer dies annähme, dürfte sich nicht damit abfinden, daß Rechtsprechung und Schrifttum[11] die Eintragung einer Gesamtgrundschuld auf verschiedenen Grundbuchblättern ohne Mithaftvermerk als Eintragung einer Gesamtgrundschuld interpretieren. Der fehlende Mithaftvermerk müßte dann vielmehr in gleicher Weise zu der Annahme zwingen, es sei eine Vielzahl betragsmäßig gleicher Einzelgrundschulden eingetragen, die der Zahl der Pfandobjekte entspricht. Dieses Verständnis der Eintragung wäre vom Willen des Eigentümers (§ 873 Abs. 1 BGB) und von dessen Bewilligung (§ 19 GBO) nicht mehr gedeckt. Selbst wenn der Eigentümer nämlich ausdrücklich erklärt, die Gesamtgrundschuld solle jeweils insoweit entstehen, als sie eingetragen wird[12], ist er niemals mit mehreren Einzelgrundschulden einverstanden, welche der Gläubiger unabhängig voneinander verwerten kann, so daß sich das betragsmäßige Volumen der Gesamtgrundschuld um die Zahl der eingetragenen Einzelgrundschulden vervielfacht. Anders ausgedrückt: Wenn das Fehlen des Mithaftvermerks ausschließlich als Verlautbarung von Einzelgrundschulden interpretiert werden müßte, würde zur Entstehung einer Gesamtgrundschuld die Eintragung fehlen, zur Entstehung von Einzelgrundschulden hingegen die nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Einigungserklärung des Eigentümers. Der Verstoß gegen § 48 GBO müßte dann dazu führen, daß überhaupt keine Grundschuld entstanden wäre[13]. Die gegenteilige allgemeine Ansicht zu § 48 GBO läßt sich nur aufrechterhalten, solange das Fehlen des Mithaftvermerks nicht die Auslegung erzwingt, es seien Einzelgrundschulden an mehreren Pfandobjekten entstanden. Wenn niemand sich für Grundpfandrechte ein derartiges „Auslegungskorsett" anlegen läßt, besteht kein Anlaß, bei Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum, denen ein Gesamtvermerk fehlt, sich durch ein solches Auslegungskorsett zu beengen.

Gegen die Auslegung als Dienstbarkeit am Grundstück trotz fehlenden Gesamtvermerks läßt sich auch nicht einwenden, der Blick in das Grundbuch nur eines einzelnen Wohnungseigentums könne den Bestand der Dienstbarkeit gar nicht erweisen, wenn der Gesamtvermerk fehle. Auch der deutlichste Gesamtvermerk in einem Wohnungsgrundbuch vermag es nämlich nicht, eine nicht (mehr) bestehende Eintragung in allen anderen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern zu ersetzen. Der Blick in alle Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher bleibt stets unentbehrlich. Er wird vom Gesetzgeber vorausgesetzt, weil nur alle Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher in ihrer Summe das Grundbuch des Grundstücks darstellen.

Die Auslegung des Grundbuchs nach den dafür anerkannten Grundsätzen führt also zu dem Ergebnis, daß ein fehlender

[9] *Horber/Demharter*, § 53 GBO Rdnr. 4; *Staudinger/Ertl*, § 873 BGB Rdnr. 165 jeweils m.w.N.

[10] Vgl. Fußn. 6.

[11] Vgl . Fußn. 3.

[12] Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Amann*, 1992, A VI Rdnr. 81 Seite 401 m.w.N.

[13] Vgl. *Staudinger/Ertl*, § 873 BGB Rdnr. 180, 182 ff.

Gesamtvermerk den materiell-rechtlichen Bestand einer Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum nicht erschüttert, solange die Dienstbarkeit an allen Einheiten eingetragen ist. Anders als beim fehlenden Mithaftvermerk rechtfertigt der Grundbuchinhalt auch keinen gutgläubigen Erwerb einer einzelnen Eigentumswohnung frei von der ohne Gesamtvermerk eingetragenen Dienstbarkeit[14].

8. Mögliche Auswirkungen des Beschlusses des BayObLG

Wäre eine Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum ohne den Gesamtvermerk eine inhaltlich unzulässige Eintragung, so müßten uns die daraus erwachsenden Konsequenzen ernste Sorgen bereiten.

a) Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum ohne Gesamtvermerk, die *nach* Aufteilung in Wohnungseigentum eingetragen wurden, wären von Amts wegen zu löschen. Die Ursache der inhaltlichen Unzulässigkeit läge darin, daß das Grundbuchamt die Vorschrift des § 4 Abs. 1 WEGBVfg übersehen hat. Wer indessen die Eintragung einer Dienstbarkeit zu seinen Gunsten beantragt, hat einen Rechtsanspruch darauf, daß das Grundbuchamt diese Vorschrift beachtet[15]. Die inhaltlich unzulässige Eintragung würde infolgedessen auf der Verletzung einer dem „Dienstbarkeitsberechtigten" gegenüber bestehenden Amtspflicht beruhen. Von dieser Feststellung bis zur Amtshaftung wäre der Weg über die weiteren Voraussetzungen des § 839 BGB nicht mehr weit. Die Schäden könnten erhebliche Ausmaße annehmen, weil solche Dienstbarkeiten häufig große wirtschaftliche Bedeutung haben und weil eine erneute Eintragungsbewilligung aller Wohnungs- und Teileigentümer praktisch kaum einmal zu erlangen sein wird.

b) Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum, die bereits *vor* Bildung von Wohnungs- und Teileigentum eingetragen waren, würden zwar durch die Übernahme in die Wohnungsgrundbücher ohne Gesamtvermerk nicht erlöschen, denn dazu bedürfte es einer Aufgabeerklärung des Berechtigten (§ 875 Abs. 1 BGB). Führte das Fehlen des Gesamtvermerks aber zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung, so nähme diese nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil[16]. Jeder rechtsgeschäftliche Erwerber des Wohnungseigentums dürfte vom Nichtbestehen dieser Eintragung ausgehen. Mit dem ersten gutgläubig lastenfreien Erwerb eines Wohnungseigentums würde die Dienstbarkeit an diesem Wohnungseigentum erlöschen und damit insgesamt wegfallen, weil sie nicht mehr an allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten bestünde. Im Ergebnis würde somit die Dienstbarkeit, welche bei Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher ohne Gesamtvermerk in diese übernommen wurde, trotz fehlender Aufgabeerklärung mit dem ersten gutgläubig lastenfreien Erwerb einer Eigentumswohnung ihr Ende finden.

c) Vergleichbare Probleme könnten entstehen, wenn eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einer unbebauten Teilfläche des ganzen Grundstücks an allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten eingetragen ist, aber ohne Vermerk, daß hiervon nicht das einzelne Wohnungs- oder Teileigentum betroffen ist, sondern eine Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks. Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums an einer Teilfläche des ganzen Grundstücks kann wirksam nur durch Eintragung im Grundbuch des Grundstücks, also durch Eintragung in *allen* Wohnungs- und Teileigentumseinheiten vorgemerkt werden[17]. Fehlt ein Gesamtvermerk, so könnte – wie bei Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum – vom Ausgangspunkt des BayObLG her ein einzelnes Wohnungsgrundbuch den Rechtsschein erwecken, ein solcher Anspruch sei am einzelnen Wohnungseigentum vorgemerkt, also den Rechtsschein einer inhaltlich unzulässigen Eintragung. Wenn ein derartiger m.E. nicht bestehender Rechtsschein die Amtslöschung von Dienstbarkeiten rechtfertigen würde, dann läge auch die Amtslöschung solcher Vormerkungen nahe.

d) Außerhalb des WEG müßten wir mit ähnlichen Folgen rechnen, nämlich dann, wenn Miteigentumsanteile gem. § 3 Abs. 4 und 5 GBO, z.B. an einem Wegegrundstück, in die Grundbücher der davon erschlossenen anliegenden Grundstücke übertragen werden. Falls an einem solchen Miteigentumsgrundstück eine Dienstbarkeit lastet und bei Übertragung der Miteigentumsanteile die Eintragung eines Gesamtvermerks unterbleibt, könnte dies vom Ansatz des BayObLG her ebenfalls als Verlautbarung eines Wegerechts an einem Miteigentumsanteil interpretiert werden, somit als inhaltlich unzulässige Eintragung, die wiederum mit dem ersten gutgläubigen Erwerb eines Miteigentumsanteils am Wegegrundstück erlöschen würde entsprechend den Ausführungen unter b).

Ich bin davon überzeugt, daß das BayObLG nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus einer Grundbuchauslegung das Wort reden wollte, die solche Konsequenzen haben könnte.

9. Ergebnis

Bei Dienstbarkeiten am Gemeinschaftseigentum wird die notwendige und richtige Auslegung des Grundbuchs so gut wie immer zu dem Ergebnis führen, daß die Dienstbarkeit ohne den Gesamtvermerk wirksam eingetragen ist und daß sie gegenüber der Gefahr eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs immun ist[18]. Den Grundbuchämtern empfehle ich daher, den Beschluß des BayObLG nicht als Startschuß zur Amtslöschung solcher Dienstbarkeiten anzusehen.

---

[14] Dazu näher in Abschnitt 8. b).

[15] *Horber/Demharter*, § 1 GBO Rdnr. 71; KEHE-*Eickmann*, Rdnr. 3 vor § 1 Grundbuchverfügung, jeweils m.w.N.

[16] Vgl. *Palandt/Bassenge*, § 892 BGB Rdnr. 10; *Staudinger/Gursky*, § 892 BGB Rdnr. 15 ff., jeweils m.w.N.

[17] BayObLGZ 1974, 118 = DNotZ 1975, 36.

[18] Ein „gutgläubiger Erwerb" einer ohne Gesamtvermerk eingetragenen Dienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum als Dienstbarkeit nur an einem einzelnen Wohnungseigentum zusammen mit dem herrschenden Grundstück (vgl § 1028 Abs. 2 BGB u. *Palandt/Bassenge*, § 892 BGB Rdnr. 11) scheitert schon daran, daß § 892 BGB nur zugunsten des Erwerbers gilt, nicht zu seinen Lasten (vgl. *Staudinger/Gursky*, § 892 BGB Rdnr. 182 m.w.N.)

Hans-Joachim Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1995, XXXVIII u. 800 Seiten, DM 96,–

„Der Driehaus" ist schlechthin das klassische Werk zum Recht der Erschließungs- und Ausbaubeiträge. Er wendet sich in erster Linie an die Verwaltungsbeamten, Richter und Rechtsanwälte, die mit dem Erlaß und der Überprüfung der Beitragsbescheide befaßt sind. Dementsprechend befaßt sich das Buch nur am Rande (z. B. im Recht der Vorausleistungen, § 21 Rdnr. 38) mit dem Grundstücksverkehr. Für die notarielle Tätigkeit sind dennoch drei Themenbereiche von unmittelbarer Bedeutung: das Recht der Erschließungsverträge, das Verhältnis des Erschließungsbeitragsrechts zu § 6 Abs. 3 BauGB-MaßnahmenG und die Probleme der sog. verdeckten Ablösung.

Die infolge des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes in das BauGB aufgenommenen Bestimmungen des „neuen" Erschließungsvertrages sollten den Gemeinden die Möglichkeiten eröffnen, die Erschließungskosten vollständig auf Erschließungsunternehmer zu überbürden. *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 26) äußert hiergegen zu Recht keine Bedenken (anders *Löhr*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 4. Aufl., § 124 Rdnr. 8). Die Grenze der Angemessenheit sollte ebenfalls nicht zu engherzig ausgelegt werden. Verstößt eine im Erschließungsvertrag getroffene Vereinbarung hiergegen, sollte, jedenfalls dann, wenn der Vertrag eine salvatorische Klausel enthält, dies nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen (a. A. *Driehaus*, § 6 Rdnr. 40). Entnimmt man dem städtebaulichen Vertrag nach § 6 BauGB-MaßnahmenG, wie dies *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 16) in Anschluß an *Döring* (NVwZ 1994, 853 ff.; vgl. bereits früher *Grziwotz*, in: Brennpunkte des Verwaltungsrechts 1995, Bochum 1995, S. 64/85 ff.) tut, eine allgemeine Möglichkeit der Entlastung von Aufwendungen, die durch ein bestimmtes Bauvorhaben hervorgerufen werden, so spricht vieles für den Vorrang einer geltungserhaltenden Reduktion auf die angemessenen Kosten.

Das Problem der Kostenentlastung der Gemeinde durch den Privaten stellt sich auch beim Vorhandensein von Fremdanliegern im Erschließungsgebiet. Ihre Beteiligung an den Kosten läßt sich im Rahmen eines echten Erschließungsvertrages nicht ohne weiteres erreichen. *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 47) empfiehlt, auf den sog. Vorfinanzierungsvertrag auszuweichen. Da in der Praxis in vielen Fällen nicht alle Grundstücke im Eigentum des Erschließungsunternehmers stehen, handelt es sich um einen Standardfall. Der unechte Erschließungsvertrag ist deshalb – entgegen *Driehaus*, § 6 Rdnr. 6 – nicht bedeutungslos geworden. Läßt man beim Vorfinanzierungsvertrag keine Übernahme des gemeindlichen Eigenanteils durch den Erschließungsunternehmer zu (so *Döring* NVwZ 1994, 853/855 Fn. 33), dürfte der vom Gesetzgeber gewollte Zweck der Wohnungsbauförderung durch eine Kooperation zwischen Gemeinden und Privatinvestoren in vielen Fällen nicht zu erreichen sein.

Ein weiteres Problem in der notariellen Praxis bildet der Verkauf eines Grundstücks durch eine Gemeinde zu einem „Pauschalpreis inklusive der Erschließungskosten". Eine derartige Vereinbarung ist nur als öffentlich-rechtliche Ablösung unter Offenlegung des Ablösebetrages wirksam (BVerwGE 84, 183 ff.). Bedenken könnten sich daraus ergeben, daß bei einem gemeindeeigenen Grundstück die Erschließungsbeitragspflicht erst mit dem Eigentumswechsel entsteht (BVerwG, DVBl. 1984, 188), also in derselben logischen Sekunde, in der die Ablösungswirkung eintritt. Auch wenn eine Gemeinde nicht zu dem simplen Trick greift, mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlagen bis nach dem Eigentumswechsel des letzten veräußerten Bauplatzes zu warten, oder der Notar seine Kostenrechnung für die Abtretung der Erschließungsflächen erst nach dem Grundbuchvollzug der Bauplatzkäufe an die Gemeinde schickt, sollte man schon aus Gründen der Gleichbehandlung (vgl. *Driehaus*, § 22 Rdnr. 2) eine (aufschiebend bedingte) Ablösung auf den Zeitpunkt des Eigentumswechsels zulassen. Hiervon scheinen *Driehaus* und das BVerwG, denen das Problem bekannt ist, auch auszugehen, da sie jedenfalls eine gegenteilige Auffassung auch nicht ansatzweise erkennen lassen.

Mit erfreulicher Deutlichkeit weist *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 12) darauf hin, daß der Erschließungsvertrag wegen der Verpflichtung zur Übertragung der Erschließungsanlagen in der Regel beurkundungsbedürftig ist. Manche kleinere Gemeinden sind mitunter auf Drängen des Erschließungsunternehmers bereit, aus angeblichen Kostengründen von einer Beurkundung abzusehen. Die Erfahrung, insbesondere in den neuen Bundesländern, hat gezeigt, daß ein Unternehmer, der einige tausend Mark für die Notarkosten nicht aufbringt, auch die Millionenbeträge für die Erschließung nicht hat. Das Ansinnen, lediglich die Grundabtretungen zu beurkunden, ist deshalb – abgesehen von der beurkundungsrechtlichen Problematik – häufig ein Indiz für mangelnde (rechtliche und wirtschaftliche) Seriosität.

„Der *Driehaus*" macht – diese Bemerkung sei einem Zivilrechtler gestattet – das Erschließungsrecht für den Notar nicht sympathischer, aber er bringt Systematik in dieses verschlungene Rechtsgebiet. Dies trifft trotz der Tatsache zu, daß der Verlag, gleichsam als Einstiegstest für den Benutzer, die Seitenzahlen des Inhaltsverzeichnisses nicht in Übereinstimmung mit dem Text gebracht hat. Der nunmehrige Abschied von einem bundeseinheitlichen Erschließungsbeitragsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 u. 125 a GG) sollte nicht auch ein Abschied von einem nahezu unentbehrlichen Standardwerk sein.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Wegmann, Grundstücksüberlassung. Zivil- und Steuerrecht. Schriftenreihe des DNotJ, Band 1 1994, XIII und 119 S., DM 36,–. Verlag C. H. Beck, München

1. Die Übertragung von Vermögen auf die nächsten Generationen ist en vogue. Der Beratungsbedarf ist groß, und groß ist auch die Zahl der Ratgeber. Im Verlag C. H. Beck erscheint nunmehr – nach dem thematisch weitergreifenden Buch von *Spiegelberger* zur Vermögensnachfolge (1994) – eine weitere einschlägige Schrift, in der freilich die Rechtsfragen der Hof- und Betriebsübergabe ausdrücklich ausgeklammert werden. Es ist indes fraglich, ob diese Selbstbeschränkung zweckmäßig ist. Ist es doch erklärtes Ziel der neueren Recht-

Bürgerliches Recht

1. BGB § 130 Abs. 1, BeurkG § 47 *(Wirksamwerden empfangsbedürftiger formgebundener Willenserklärungen unter Abwesenden)*

1. **Eine empfangsbedürftige, einem Abwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung, die der notariellen Beurkundung bedarf, wird wirksam, wenn dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Notarurkunde zugeht (Fortführung von BGHZ 31, 5 [= DNotZ 1960, 260]; 36, 201 [= DNotZ 1962, 324] und 48, 374 [= DNotZ 1968, 360]).**
2. **Die Voraussetzungen des wirksamen Zugangs empfangsbedürftiger, in Abwesenheit des Empfängers abgegebener Willenserklärungen sind einer Vereinbarung zugänglich.**

BGH, Urteil vom 7.6.1995 – VIII ZR 125/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verlangt den Kaufpreis für den Verkauf seines Geschäftsanteils an der U. GmbH an den Beklagten. Die Parteien waren zunächst zu jeweils 50% an der GmbH beteiligt. In einem Vorprozeß schlossen sie vor dem Landgericht Berlin einen Vergleich, nach dessen Ziffer 4 der Beklagte (= Kläger des Vorprozesses) sich verpflichtet, „binnen einem Monat nach Vorliegen eines verbindlichen Verkehrswertes dem Mitgesellschafter (= Kläger des vorliegenden Rechtsstreits) ein Angebot auf Übernahme von dessen Geschäftsanteil zum verbindlichen Verkehrswert oder auf Veräußerung seines Geschäftsanteils an den Mitgesellschafter zu diesem Verkehrswert zu unterbreiten". Der Kläger verpflichtete sich, das ihm unterbreitete Angebot anzunehmen.

Ziffer 7 des Vergleiches lautet:

„Die Parteien des Vergleichs erklären, auf eventuell beachtliche Formalien im Hinblick auf die vorstehende Einigung zu verzichten."

Am 11.2.1992 ließ der Beklagte vor dem Notar J. ein Übernahmeangebot bezüglich des Geschäftsanteils des Klägers zum Preis von 370.000 DM beurkunden. Der Kläger erhielt am 13. oder 14.2.1992 eine beglaubigte Abschrift dieses Angebots von dem Notar mit einfacher Post übersandt, was er diesem mit Schreiben vom 21.2.1992 bestätigte. Am 29.2.1992 wurde dem Kläger eine beglaubigte Abschrift der notariellen Kaufangebotsurkunde durch den Gerichtsvollzieher zugestellt. Am 24.3.1992 erklärte er in notarieller Urkunde die Annahme dieses Angebots. Mit Schreiben vom 6.4.1992 übersandte der Streithelfer zu 6 der Prozeßbevollmächtigten des Beklagten eine beglaubigte Abschrift der Annahmeerklärung. Eine Ausfertigung dieser Urkunde wurde dem Beklagten laut Zustellurkunde vom 18.4.1992 durch Niederlegung zugestellt.

Der Kläger verlangt im Urkundenprozeß Zahlung des Kaufpreises von 370.000 DM nebst Zinsen. Der Beklagte hat geltend gemacht, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, weil seine Vertragsofferte nicht formgerecht zugegangen sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Die von den Streithelfern geführte Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der geltend gemachte Kaufpreisanspruch stehe dem Kläger nicht zu, da ein Kaufvertrag betreffend den Geschäftsanteil des Klägers an der GmbH nicht zustande gekommen sei. Das Angebot des Beklagten vom 11.2.1992 habe gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG der notariellen Form bedurft und sei dem Kläger nicht wirksam zugegangen. Die Wirksamkeit der Zustellung einer der notariellen Beurkundung bedürftigen Willenserklärung setze voraus, daß die Erklärung dem Empfänger in Ausfertigung, nicht aber, wie hier geschehen, in beglaubigter Abschrift übersandt oder durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zugestellt werde. Der Kläger habe den Zustellungsmangel weder durch Genehmigung geheilt, noch habe er auf den Zugang der Willenserklärung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form verzichtet; eine formunwirksame Willenserklärung könne weder durch eine Genehmigung noch durch einen Verzicht des Erklärungsempfängers wirksam werden. Aus Ziffer 7 des zwischen den Parteien geschlossenen Vergleichs ergebe sich ebenfalls ein wirksamer Zugang des Angebotes nicht, da das Formerfordernis des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehe. Dem Beklagten sei die Berufung auf den fehlenden Zugang seines Angebotes bei dem Kläger nicht nach Treu und Glauben verwehrt, obwohl er zunächst selbst von einem wirksam zugegangenen Angebot ausgegangen sei. Der Klager habe keine Umstände vorgetragen, die es als schlechthin untragbar erscheinen lassen würden, die vertraglichen Vereinbarungen wegen Formmangels unausgeführt zu lassen.

II. Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Ohne Erfolg wendet sich allerdings die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht angesichts der gesetzlichen Regelung des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG grundsätzlich vom Erfordernis des Zugangs (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) bzw. ersatzweise der Zustellung (§ 132 Abs. 1 BGB) einer Ausfertigung (§ 47 BeurkG) der das Kaufvertragsangebot enthaltenden notariellen Urkunde ausgeht und den Zugang bzw. die Zustellung einer beglaubigten Abschrift nicht für ausreichend erachtet. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wirksamwerden von Rechtsgeschäften, die der notariellen Beurkundung bedürfen (BGHZ 31, 5, 6 f. [= DNotZ 1960, 260]; BGHZ 36, 201, 204 f. [= DNotZ 1962, 324]; BGH NJW 1981, 2299 = WM 1981, 313 unter III 2 [= MittBayNot 1981, 142 = DNotZ 1983, 117]; vgl. zuletzt auch [zur Schriftform bei der Bürgschaft] BGHZ 121, 224, 228 f. [= DNotZ 1994, 440]), der sich der Senat auch für die Anwendungsfälle des § 15 Abs. 4 GmbHG anschließt.

Unbehelflich ist der hiergegen gerichtete Hinweis der Revision auf das Senatsurteil vom 25.1.1967 (VIII ZR 173/64 = NJW 67, 823 ff.). Da dort über eine Bankbürgschaft zu entscheiden war, war die zu übermittelnde Willenserklärung gem. §§ 350 i.V. mit 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB gerade nicht formbedürftig. Auch der auf diese Entscheidung gestützte Hinweis der Revision auf die Vorschrift des § 170 ZPO, die wegen der Verweisung in § 132 BGB anwendbar ist, geht fehl, da diese Vorschrift nur das Verfahren der Zustellung, nicht aber die materiell-rechtliche Frage, in welcher Form eine Urkunde zuzustellen ist, regelt (BGHZ 36, 201, 206 f. [= DNotZ 1962, 324]; ebenso *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl., § 132 Rdnr. 2). Ebenso unbehelflich ist der Hinweis der Revision auf die Zustellungsvorschrift des § 187 ZPO; diese prozessrechtliche Bestimmung ist auf die hier zu beantwortende materiell-rechtliche Frage nach dem richtigen Zustellungsgegenstand ohne Einfluß (BGHZ 36, 201, 207 [= DNotZ 1962, 324]). Darüber hinaus vermag die Ermessensvorschrift des § 187 ZPO nur solche Förmlichkeiten im Rahmen der Zustellung zu ersetzen,

die lediglich den Nachweis der Tatsache und des Zeitpunkts des Zugangs sicherstellen sollen. Die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG hat aber eine andere Funktion, nämlich den spekulativen Handel mit GmbH-Anteilen zu vereiteln sowie eine Beweiserleichterung hinsichtlich des materiellen Gehalts des GmbH-Anteilsverkaufs herbeizuführen (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 15 Rdnrn. 20, 29).

2. Das Berufungsurteil kann aber – wie die Revision zu Recht rügt – mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben, weil es einen Verzicht des Klägers auf den Zugang der Willenserklärung in der gesetzlichen Form (§ 15 Abs. 4 GmbHG) verneint hat.

a) Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausführt, das Formerfordernis des § 15 Abs. 4 GmbHG stehe nicht zur Disposition der Vertragsparteien, so ist dies an sich zwar richtig, trifft aber nicht den entscheidenden Punkt. Denn die gesetzlich vorgeschriebene Form ist hier durch die notariell beurkundete Angebotserklärung des Beklagten gewahrt. Es fehlt mithin nicht an der gesetzlichen Form der Willenserklärung, sondern an ihrem ordnungsgemäßen Zugang gem. §§ 130 Abs. 1 oder 132 Abs. 1 BGB beim Kläger (vgl. BGHZ 31, 5, 12 [= DNotZ 1960, 260]).

b) Der Zugang einer der gesetzlichen Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG unterliegenden Willenserklärung ist aber, anders als die gesetzliche Formvorschrift selbst, dispositiv. Durch eine entsprechende Vereinbarung können nämlich abweichend von den gesetzlichen Vorschriften (§§ 130, 132 BGB) Zugangserleichterungen vereinbart werden (RGZ 108, 91, 96 f.; *Staudinger-Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 130 Rdnr. 18; *Erman/Brox*, BGB, 9. Aufl., § 130 Rdnr. 26; BGB-RGRK/*Krüger/Nieland*, 12. Aufl., § 130 Rdnr. 28). Hier ist eine derartige Vereinbarung – wie die Revision zu Recht rügt – möglicherweise in Nr. 7 des dem Kaufvertrag zugrundeliegenden gerichtlichen Vergleichs getroffen worden. Das Berufungsgericht hat infolge seines unzutreffenden rechtlichen Ansatzes eine Auslegung dieser Vertragsklausel nicht vorgenommen. Nach ihrem Wortlaut ist indessen nicht von vornherein auszuschließen, daß damit die Parteien, also auch der Kläger, auf den Zugang einer einmal in gehöriger Form beurkundeten Willenserklärung in eben dieser Form verzichtet haben. Da die tatrichterliche Auslegung und Würdigung dieser individualvertraglichen Klausel in erster Linie Sache des Tatrichters ist, war der Rechtsstreit schon deshalb an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

c) Ebenso bedarf tatrichterlicher Auslegung, ob der Kläger dadurch auf die gehörige Form bei dem Zugang der das Vertragsangebot enthaltenden Willenserklärung verzichtet hat, daß er selbst eine formwirksame, das Angebot annehmende Willenserklärung dem Beklagten übermittelt hat, nämlich die durch Niederlegung am 18.4.1992 beim Beklagten zugestellte Annahmeerklärung vom 24.3.1992. Zu Recht rügt die Revision unter Bezugnahme auf das vorinstanzliche Vorbringen, daß die Erklärung der Annahme des Angebots in gehöriger Form als ein Verzicht auf die Erfüllung weiterer Zugangserfordernisse gedeutet werden könne; eine Zustimmung des Beklagten zu diesem Formverzicht des Klägers ist möglicherweise darin zu sehen, daß, wie das Berufungsgericht feststellt, der Beklagte „zunächst selbst (nämlich bis zur zweiten Instanz) von einem wirksam zugegangenen Angebot ausging".

3. Sollte das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung weder aus Nr. 7 des gerichtlichen Vergleichs noch aus dem Verhalten der Parteien nach Abgabe des Kaufangebots durch den Beklagten einen Verzicht auf das Erfordernis des Zugangs einer Ausfertigung der notariellen Urkunde des Angebots des Beklagten beim Kläger herleiten können, so wäre der Beklagte jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen nicht durch den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert, sich auf den nicht ordnungsgemäßen Zugang seines Angebots bei dem Kläger zu berufen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt. Generell kann ein Formmangel – um einer Aushöhlung der Formvorschriften des bürgerlichen Rechts vorzubeugen – nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich sein (BGHZ 121, 224, 233 m.w.N. [= DNotZ 1994, 440]). Entgegen der Auffassung der Revision setzt die erfolgreiche Berufung des Beklagten auf die mangelhafte Form seiner Willenserklärung bei ihrem Eingang beim Kläger kein schutzwürdiges Interesse des Beklagten daran voraus, daß dem Kläger das notariell beurkundete Kaufangebot selbst und nicht nur eine beglaubigte Abschrift desselben zuging. Daneben führt die Revision keinerlei übergangenen Vortrag des Klägers an, der den Treuwidrigkeitseinwand in tatsächlicher Hinsicht begründen könnte.

---

2. BGB § 463 Satz 2 *(Verkäufer aufklärungspflichtig hinsichtlich früherer Nutzung des Kaufgrundstücks als Werksdeponie)*

1. **Wird ein Grundstück verkauft, auf dem früher eine Werksdeponie unterhalten worden ist, so hat der Verkäufer den Käufer hierüber aufzuklären.**
2. **Verschweigt der Verkäufer arglistig, daß das verkaufte Grundstück als Werksdeponie genutzt worden ist, so kann der Käufer nach § 463 Satz 2 BGB nur Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Beseitigung der Schadstoffe verlangen, die in ursächlichem Zusammenhang mit der Nutzung der Werksdeponie stehen (Ergänzung zum Senatsurteil NJW 1991, 2900 [= DNotZ 1992, 298]).**

BGH, Urteil vom 3.3.1995 – V ZR 43/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

---

3. BGB §§ 323, 459 *(Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Zerstörung eines auf verkauftem Grundstück aufstehenden Gebäudes)*

Wird dem Grundstücksverkäufer vor Gefahrübergang ohne sein Verschulden die Vertragserfüllung deswegen teilweise unmöglich, weil das mitverkaufte Gebäude durch einen Brand zerstört worden ist, so kann der Käufer die Rechte aus § 323 BGB geltend machen.

BGH, Urteil vom 10.3.1995 – V ZR 7/94 –

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 18.5.1990 verkaufte der Beklagte den Klägern für 1.200.000 DM einen aus mehreren Flurstücken bestehenden und bebauten Grundstückskomplex (nachfolgend: „das Grundstück"). Er hatte das Grundstück am 12.5.1990 von St. und W. gekauft, die es ihrerseits von dem Eigentümer E. gekauft hatten. Der Vertrag zwischen dem Beklagten und den Klägern enthält einen Gewährleistungsausschluß. Das Grundstück sollte den Klägern unter

bestimmten Voraussetzungen am 1.8.1990 übergeben und übereignet werden. In der Nacht zum 24.5.1990 wurden die Gebäude durch einen Brand weitgehend zerstört. Der Eigentümer E. erklärte gegenüber St. und W. am 8.6.1990 den Rücktritt von dem mit ihnen geschlossenen Kaufvertrag. Sie einigten sich aber darauf, daß der Vertrag „nicht zustande gekommen ist". Für den Brandschaden erhielt E. von seiner Versicherung einen Betrag von 1.543.000 DM.

Die Kläger verlangen vom Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages. Sie behaupten, der Verkehrswert des Grundstücks habe sich vor dem Brand auf 1.900.000 DM belaufen, so daß ihnen nach Abzug des Kaufpreises von 1.200.000 DM und weiterer Beträge von insgesamt 29.512,24 DM ein Schaden von 670.487,76 DM entstanden sei. Davon machen sie mit der Klage einen Teilbetrag von 390.000 DM nebst Zinsen geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

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

Aus den Gründen:

1. Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben.

a) Das Berufungsgericht hat, aus seiner Sicht zu Recht, offengelassen, ob der Kaufvertrag nur unter der – nicht eingetretenen – Bedingung geschlossen worden ist, daß der Beklagte Eigentümer des Grundstücks wird. Für eine dahingehende Auslegung bietet der Vertrag jedoch keinen Anhaltspunkt. Die Erklärung des Beklagten, er werde Eigentümer, konnten die Kläger nur so verstehen, daß er zur Vertragserfüllung bei Fälligkeit in der Lage ist. Diese Auslegung kann auch das Revisionsgericht vornehmen, weil hierzu tatsächliche Feststellungen nicht mehr erforderlich sind (BGHZ 65, 107, 112).

b) Der Beklagte hat durch den Abschluß des Kaufvertrages die Garantie übernommen, daß er den Klägern gem. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB Besitz und Eigentum an dem Kaufgrundstück verschaffen kann (st. Rechtspr. des Senats, vgl. Urt. v. 10.3.1972, WM 1972, 656 [= DNotZ 1972, 530]; BGHZ 62, 119, 120 [= DNotZ 1974, 482 = MittBayNot 1974, 136]). Dazu war er aber nicht imstande. Deshalb ist er den Klägern zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verpflichtet. Maßgebend für die Höhe des Schadens ist, wie sich die Kläger bei Erfüllung des Vertrages gestanden hätten. Dabei ist zu berücksichtigen, welcher Verlauf sich bis dahin ergeben hätte.

Auch wenn der Beklagte Eigentümer des Grundstücks gewesen wäre, so wäre ihm die Erfüllung seiner Leistung infolge der durch den Brand verursachten Zerstörung der Gebäude teilweise unmöglich geworden; denn Gegenstand des Kaufvertrages waren auch die Gebäude als wesentliche Bestandteile des Grundstücks. Der Beklagte hatte den Brandschaden nicht zu vertreten. Dieser ist aber vor Gefahrübergang entstanden. Daher hätten sich die Rechtsfolgen dieser Leistungsstörung nicht aus den Gewährleistungsvorschriften, sondern aus den allgemeinen Bestimmungen hergeleitet (BGHZ 34, 32, 37; BGH WM 1984, 936, 938). Das entspricht der Regelung in § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn danach entsteht ein Gewährleistungsanspruch erst mit Gefahrübergang. Eine im Schrifttum verbreitete Auffassung sieht den Zweck dieser Vorschrift darin, die Haftung des Verkäufers auch auf solche Sachmängel zu erweitern, die in der Zeit bis zum Gefahrübergang entstanden sind (*Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., Vor § 459 Rdnr. 184). Diese an sich zutreffende Meinung ändert aber nichts daran, daß der Käufer grundsätzlich erst nach Gefahrübergang Gewährleistungsansprüche geltend machen kann. Allerdings wird ihm dieses Recht ausnahmsweise schon vorher zugebilligt, nämlich dann, wenn der Verkäufer den Sachmangel – was hier der Fall gewesen wäre – nicht beheben kann oder dessen Beseitigung verweigert (BGHZ 34, 32, 34/35; MünchKomm-BGB/*Westermann*, 2. Aufl., § 459 Rdnr. 5). Dadurch soll aber der Käufer begünstigt und nicht benachteiligt werden; deshalb kann er nach den allgemeinen Bestimmungen vorgehen, wenn sie ihn besser stellen als die Gewährleistungsvorschriften (BGHZ 34, 32, 37; *Erman/Grunewald*, BGB, 9. Aufl., Vor § 459 Rdnr. 16 und § 459 Rdnr. 25). So verhält es sich hier.

Die Kläger hätten gem. § 323 Abs. 2 i.V. mit § 281 BGB vom Beklagten gegen Zahlung des Kaufpreises Herausgabe der Brandentschädigung von 1.543.000 DM verlangen können, weil er diese erhalten hätte, wenn er Eigentümer des Grundstücks am 1.8.1990 gewesen wäre, dem Zeitpunkt, zu dem er den Klägern nach Kaufpreiszahlung Übereignung schuldete. Voreigentümer wären dann St. und W. gewesen, von denen der Beklagte das Grundstück gekauft hatte. Sie wiederum hätten es von dem Erstverkäufer E. erworben. Dieser hatte die Brandversicherung abgeschlossen. Seine Rechte aus dem Versicherungsvertrag wären nach § 69 Abs. 1 VVG auf St. und W. übergegangen; denn sie wären bei Eintritt des Brandschadens am 23./24.5.1990 Grundstückseigentümer oder aufgrund der Auflassungsvormerkung jedenfalls Anwartschaftsberechtigte gewesen, falls sie vertragsgemäß am 30.4.1990 den Kaufpreis an K. gezahlt hätten. Ihnen wäre infolge der durch den Brand verursachten Zerstörung der Gebäude die Erfüllung des mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrages unverschuldet teilweise unmöglich geworden. Daher hätte der Beklagte von ihnen nach §§ 323 Abs. 2, 281 BGB gegen Zahlung des Kaufpreises Herausgabe der Brandentschädigung verlangen können. Allerdings ist es zu diesem Ablauf, der sich normalerweise ergeben hätte, nicht gekommen, da St. und W. mangels Eigentumserwerbs nicht in der Lage waren, dem Beklagten an dem ihm verkauften Grundstück Eigentum zu verschaffen. Dafür muß aber der Beklagte einstehen, weil er – wie dargelegt – mit dem Weiterverkauf an die Kläger die Erfüllung seiner Übereignungspflicht garantiert hat.

2. Der Rechtsstreit ist noch nicht zu einer Endentscheidung reif.

Nach dem vom Landgericht eingeholten Gutachten des Sachverständigen W. hatte das Grundstück vor Eintritt des Brandschadens einen Verkehrswert von 1.900.000 DM. Von diesem Wert wären die Leistungen abzuziehen, welche die Kläger, sofern der Beklagte den Vertrag erfüllt hätte, hätten aufbringen müssen, nämlich den Kaufpreis von 1.200.000 DM und Kosten von 29.512,24 DM. In Höhe der sich daraus ergebenden Differenz von 670.487,76 DM könnten die Kläger als Nichterfüllungsschaden geltend machen, daß sie die Brandentschädigung erhalten hätten, wenn der Beklagte Eigentümer des Grundstücks gewesen wäre. Demnach wäre die eingeklagte Teilforderung von 390.000 DM berechtigt. Der Beklagte hat jedoch in den Vorinstanzen das Gutachten beanstandet. Daher muß das Berufungsgericht feststellen, welchen Wert das Grundstück hatte. Deswegen ist die Zurückverweisung der Sache geboten.

4. ZPO § 293; EGBGB 1986 nach Art. 38 (Internationales Sachenrecht); BGB §§ 929, 929 a, 932, 935 *(Zum Eigentumserwerb an einem in der Adria liegenden Schiff)*

a) **Das deutsche internationale Privatrecht ist von Amts wegen zu beachten, wenn bei der Beurteilung eines Sachverhalts (hier: Übereignung einer in der Adria liegenden, nicht in ein deutsches Schiffahrtsregister eingetragenen Segelyacht) die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt.**

b) **Für die Beurteilung des Eigentumswechsels an einem Seeschiff, das in kein Schiffahrtsregister eingetragen ist, ist nach deutschem internationalen Privatrecht unter mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen das Sachenrecht des Heimathafens heranzuziehen.**

c) **Zum gutgläubigen Eigentumserwerb einer in der Adria liegenden Segelyacht durch einen in Deutschland mit einem angeblichen Sicherungseigentümer geschlossenen Vertrag.**

BGH, Urteil vom 6.3.1995 – II ZR 84/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und Herr G. erwarben im Jahr 1984 das Eigentum an der Segelyacht „N. I". Bei dieser Gelegenheit trafen sie u. a. nähere Vereinbarungen über die Aufbringung der Anschaffungskosten und die jeweilige Befugnis, das Schiff zu nutzen. G., der in dem Hafen M. V. im damaligen Jugoslawien ein Charterunternehmen für Schiffe eingerichtet hatte, gliederte die „N. I" in diesen Betrieb ein. Von dem hierbei erzielten Erlös hatte er Teile an den Kläger, der die Anschaffungskosten für die Yacht überwiegend getragen hatte, abzuführen. Im Hinblick auf Zahlungsrückstände Gs. stellten die beiden Eigentümer in einer Urkunde klar, daß das Schiff „vertragsgemäß in den Besitz und das Verfügungsrecht" des Klägers übergegangen sei, es aber dennoch weiterhin von Herrn G. verchartert werden dürfe. Dementsprechend wurde die Yacht auch in der Folgezeit vermietet. Der Kläger fühlte sich jedoch von G. übergangen und untersagte ihm im September 1990 die Benutzung und einen etwaigen Verkauf des Schiffs ohne seine, des Klägers, Einwilligung. Anfang Oktober 1990 waren die Zahlungsrückstände Gs. bei dem Kläger auf 112.000,– DM angewachsen. In einem bei dem Landgericht Darmstadt anhängigen Rechtsstreit schlossen die beiden Eigentümer einen Vergleich, daß die Yacht verkauft und aus dem Erlös die Forderungen des Klägers befriedigt werden sollten.

Der Beklagte, der bereits seit längerer Zeit eine Segelyacht kaufen wollte, war auf die „N. I" im Frühjahr 1990 durch eine Verkaufsanzeige Gs. aufmerksam geworden. Er mietete bei G., der das Charterunternehmen von Deutschland aus führte, das Schiff im Herbst 1990 für eine längere Probefahrt und traf am 26.10.1990 mit ihm in dessen Wohnung in N. I. zusammen, um dort den Kaufvertrag über das Schiff zu schließen. Dort traf er auf die Zeugin D., die G. ihm als seine Gläubigerin und als Sicherungseigentümerin des Schiffs vorstellte, mit der er, der Beklagte, den Kaufvertrag zu schließen habe. Dementsprechend einigten sich an diesem Tag Frau D. und der Beklagte schriftlich über den Kauf des Schiffes; auf den Kaufpreis von 90.000,– DM leistete der Beklagte sofort eine Anzahlung von 8.000,– DM, weitere 72.000,– DM zahlte er Anfang Dezember 1990 und den Rest Mitte Januar 1991, nachdem die Segelyacht vereinbarungsgemäß von G. aus dem unsicher gewordenen Jugoslawien in den italienischen Hafen M. S.G. überführt worden war. Dort übernahm der Beklagte Ende 1990 das inzwischen umbenannte Schiff, schloß einen Liegeplatzvertrag und benutzte es, bis der Kläger, der von der Veräußerung und der späteren Überführung der Yacht nach Italien nicht unterrichtet worden war, dieselbe dort im Juni 1991 entdeckte. Der Kläger hat von dem Beklagten die Herausgabe der Segelyacht verlangt, da dieser das Eigentum nicht wirksam erlangt habe. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsgericht aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Beklagte Eigentümer der ihm von Frau D. verkauften Segelyacht geworden ist, ohne Begründung ausschließlich nach deutschem Recht (§§ 929 a, 932 a BGB) beurteilt, obwohl sich das Schiff nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien in der für einen etwaigen Eigentumswechsel maßgeblichen Zeit zwischen Ende Oktober 1990 und Mitte Januar 1991 im Ausland – nämlich im ehemaligen Jugoslawien bzw. in Italien – und nicht in Deutschland befunden hat. Angesichts des Lageorts der Yacht drängte sich jedoch die Frage auf, ob der Sachverhalt nicht nach dem jugoslawischen Recht (M. V.) oder nach dem am Überführungsort geltenden italienischen Recht zu beurteilen war. Daß das Berufungsgericht diese Frage, ob und gegebenenfalls welches ausländische Recht auf den Streitfall anzuwenden ist, nicht geprüft hat, begründet einen zur Aufhebung seiner Entscheidung nötigenden Rechtsfehler.

2. Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht, ist das deutsche internationale Privatrecht von Amts wegen anzuwenden (BGHZ 77, 32, 38; BGHZ 118, 151, 162; BGH WM 1987, 1265; BGH WM 1991, 862, 863 m. Anm. *Thode* WuB VII A § 293 ZPO 2.91; WM 1992, 29, 39 m. Anm. *Thode* WuB IV A § 439 BGB 1.92). Seine Regelungen, auch soweit sie, wie das hier heranzuziehende internationale Sachenrecht, noch nicht kodifiziert worden sind (vgl. *Palandt/Heldrich*, BGB, 54. Aufl., Anh. II zu Art. 38 EGBGB Rdnr. 1), beanspruchen allgemeine Verbindlichkeit, ohne daß es darauf ankommt, ob sich zumindest eine der Parteien – was hier nicht geschehen ist – auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft (BGH NJW 1993, 2305, 2306; *Zöller/Geimer*, ZPO, 19. Aufl., § 293 Rdnr. 9 m.w.N.).

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß es sich bei der „N. I" um ein Seeschiff handelt, das nicht in das Seeschiffsregister eingetragen worden ist. Mangels entgegenstehender Feststellungen und wegen der durchgängigen Beurteilung des Streitfalls ausschließlich nach deutschem Recht ist dies dahin zu verstehen, daß die Yacht jedenfalls nicht in ein deutsches Schiffsregister eingetragen worden ist. Damit steht fest, daß die Anwendbarkeit deutschen Rechts auf die streitige Eigentumsübertragung jedenfalls nicht auf § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (SchRG) gestützt werden kann.

b) Ob die Yacht auch in ein ausländisches Register nicht eingetragen war, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Die Frage bedarf der Klärung, weil normalerweise das internationale Privatrecht (für das ehemalige Jugoslawien vgl. *Cigoj* ZfRV 1978, 27 ff., 30 f.) an das Recht des Registerstaates anknüpft und damit dem Gedanken Rechnung trägt, daß die die internationalen Grenzen ständig überschreitenden Seeschiffe zu dem Staat die engsten Beziehungen haben, in dem sie registriert worden sind (vgl. MünchKomm-BGB/*Kreuzer*, 2. Aufl., nach Art. 38 Anh. I Rdnr. 138 m.w.N.).

c) Selbst wenn die „N. I" auch in ein ausländisches Schiffsregister nicht eingetragen gewesen sein sollte, ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß für die Übertragung des Eigentums an dem Schiff deutsches Recht anwendbar ist.

aa) Im Schrifttum wird die Frage nicht einheitlich beantwortet, nach welchen Kriterien das jeweils anzuwendende Sachenrecht zu bestimmen ist, wenn ein Seeschiff überhaupt nicht registriert ist. Teilweise wird, wie *Kreuzer* (a. a. O. Rdnr. 138 in Fn. 590) referiert, an das Flaggenrecht ange-

knüpft. Ob der von ihm für diese Auffassung angeführte *Wüstendörfer* (Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. Aufl. S. 34, 78) diesen Standpunkt einnimmt, ist indessen zweifelhaft, weil er das Flaggenrecht mit dem Registerrecht gleich setzt. Auch *Lewald* (Das deutsche Internationale Privatrecht, 1931, S. 192 f.) kann nur mit Einschränkungen als Vertreter des Flaggenrechts als des maßgeblichen Anknüpfungspunktes angeführt werden; denn er stellt in erster Linie auf den Heimathafen des Schiffs ab, mit dem – wie er mit Recht annimmt – das Flaggenrecht in der Regel parallel laufen wird. Schließlich steht auch *Nußbaum* (Deutsches Internationales Privatrecht S. 81 f. einerseits und S. 314 andererseits) nicht eindeutig auf dem Boden des Flaggenrechts. Zwar streicht er (a. a. O. S. 314) die „Vorzüge" des Flaggenrechts heraus, betont aber im übrigen zutreffend, daß Flagge, Heimathafen und Registerort regelmäßig zusammenfallen; den Ausnahmefall, daß das Schiff nicht registriert worden ist, behandelt er hingegen nicht.

Andere Autoren stellen – dem sonst im Internationalen Sachenrecht geltenden Prinzip folgend – auf die lex rei sitae ab (vgl. *Frankenstein,* Internationales Privatrecht, Bd. II, 1929, S. 475; *v. Bar*, Ehrenbergs Handbuch, Bd. I S. 420 f.).

Nach h. M. dagegen ist der Heimathafen der entscheidende Anknüpfungspunkt (MünchKomm-BGB/*Kreuzer* a. a. O. Rdnr. 138 m. w. N.; *Staudinger/Stoll*, BGB, 12. Aufl., Internationales Sachenrecht Rdnr. 317; *Palandt/Heldrich* Anh. II zu Art. 38 EGBGB Rdnr. 3; *Erman/Hohloch*, BGB, 9. Aufl., Anh. nach Art. 38 EGBGB Rdnr. 3; *Soergel/Kegel*, BGB, 11. Aufl. vor Art. 7 Rdnr. 574 i. V. m. Rdnr. 578; *Kegel*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., 1985, § 19 V). Diese Auffassung verdient den Vorzug. Der Heimathafen bildet in den Fällen, in denen das Schiff nicht in ein Schiffsregister eingetragen ist, den nächstliegenden Anknüpfungspunkt für die Auswahl unter den mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen (vgl. in diesem Sinn auch *Lewald* a. a. O. S. 192 f. und *Nußbaum* a. a. O. S. 81 f.; ferner *Frankenstein* a. a. O. S. 465 f.). Für ihn spricht ferner, daß er – wenn das Schiff seinen regelmäßigen Standort, wie im vorliegenden Fall, in einem ausländischen Hafen hat und ständig von dort seine Reisen antritt (vgl. § 480 Abs. 1 HGB) – zur Anwendung desselben Rechts führt wie das sonst das internationale Sachenrecht beherrschende lex rei sitae-Prinzip.

bb) Ist danach auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen davon auszugehen, daß die „N. I" zunächst in M. V. und später, nach der auf Dauer angelegten Überführung der Yacht auf die andere Seite der Adria, ihren Heimathafen in Italien hatte, beurteilt sich die Frage, ob der Beklagte wirksam – zumindest gutgläubig – das Eigentum an der Segelyacht erworben hat, zunächst nach dem jugoslawischen bzw., wenn der Rechtserwerb erst in Italien vollendet worden ist, nach dem italienischen Recht. Nur soweit diese Rechtsordnungen Rückverweisungen auf das deutsche Recht enthalten (vgl. *Staudinger/Stoll*, a. a. O. Rdnr. 38; *Cigoj* ZfRV 1978, S. 27 ff., 30 f.), können die von dem Berufungsgericht herangezogenen §§ 929 ff. BGB angewandt werden.

II. Sollte das Berufungsgericht auch aufgrund seiner erneuten Verhandlung zur Anwendbarkeit deutschen Rechts gelangen, besteht mit Rücksicht auf seine bisherige Beurteilung der Vorgänge Anlaß zu folgenden Hinweisen:

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, auf die hier zwischen Frau D. und dem Beklagten vereinbarte Übereignung der „N. I" seien nicht die allgemeinen Vorschriften der §§ 929, 932 BGB, sondern die für nicht eingetragene Seeschiffe geltenden besonderen Bestimmungen der §§ 929a, 932a BGB anzuwenden. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) Die besondere, dem SchRG nachgebildete Form der Eigentumsübertragung durch bloße Einigung nach § 929a BGB tritt nicht an die Stelle der allgemeinen Regeln, sondern ergänzt sie nur (*Prüßmann/Rabe*, Seehandelsrecht, 3. Aufl., vor § 476 I B 1; *Schaps/Abraham*, Seerecht, 4. Aufl., vor § 476 Rdnr. 51; *Soergel/Winter*, BGB, 12. Aufl., § 2 SchiffsG Rdnr. 7; ferner *Palandt/Bassenge*, BGB, § 929a Rdnr. 5 f.; ohne Stellungnahme: MünchKomm-BGB/*Quack*, § 929a Rdnr. 6 und *Erman/Michalski*, BGB, § 929a Rdnr. 2). Deswegen ist eine doppelte Einigung erforderlich, daß nämlich das Eigentum übertragen werden und hierfür die bloße Einigung ausreichen soll (*Soergel/Winter*, a. a. O. § 2 Rdnr. 7). Die Parallelität der Anwendbarkeit der Vorschriften ist in besonderem Maße dann sinnvoll, wenn der Eigentumsübergang von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig gemacht werden soll oder umgekehrt der Käufer vor vollständiger Bezahlung sich erst von dem Zustand des Schiffs überzeugen will.

b) Diese doppelte Einigung ist nach dem eigenen Vortrag des Beklagten, den das Berufungsgericht nicht fehlerfrei gewürdigt hat, nicht getroffen worden: In seinem die Berufungsbegründung ergänzenden Schriftsatz vom 9.8.1993 hat der Beklagte im einzelnen das Geschehen, wie es zu der Übereignung gekommen ist, geschildert. Der schriftliche Kaufvertrag ist am 26.10.1990 geschlossen worden, der Beklagte hat sofort 8.000,– DM als Anzahlung auf den Kaufpreis von 90.000,– DM gezahlt und mit der Verkäuferin und G. vereinbart, das Schiff Anfang Dezember in Jugoslawien „abnehmen" zu wollen; es ist bewußt nur diese Anzahlung geleistet worden, weil die Zahlung des Gesamtkaufpreises „davon abhängen sollte, daß der Berufungskläger die Yacht so vorfindet, wie er sie im Oktober besichtigt hatte"; die Zahlung des „Restkaufpreises ... sollte in Jugoslawien nach Abnahme des Schiffs im vertragsgemäßen Zustand erfolgen". Nicht einmal die gleichzeitige Übergabe eines Satzes der Schlüssel des Schiffs sollte den Eigentumsübergang herbeiführen, weil der Beklagte erst sehen wollte, in welchem Zustand sich das Schiff befand. Mit diesem eindeutigen Sachvortrag verträgt sich die Annahme des Berufungsgerichts nicht, es liege ein Fall des § 929a BGB vor. Eine Einigung i. S. d. § 929a BGB ist auch nicht Anfang Dezember 1990 zustandegekommen, als der Beklagte weitere 72.000,– DM zahlte. Denn auch wenn er berechtigt gewesen sein sollte, das Schiff nunmehr zu übernehmen – nach seinem Vortrag: in Italien nach Überführung durch die Verkäuferseite dorthin –, macht dies die von den Parteien gewünschte Übergabe nicht entbehrlich. Im übrigen wurde der Beklagte keinesfalls schon mit der Übergabe Eigentümer, weil – wie er selbst hat vortragen lassen – ein Eigentumsvorbehalt bis zur Entrichtung des Restkaufpreises von 10.000,– DM (gezahlt nach Rückkehr aus Italien) vereinbart wurde.

c) Mangels Vorliegens der nach § 929a BGB erforderlichen doppelten Einigung gelten deswegen die allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen (§§ 929, 932 BGB). Dabei hat nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten die erforderliche Übergabe weder mit der Aushändigung der Schlüssel für das Schiff stattgefunden, noch ist die „N. I" ihm in Jugoslawien übergeben worden. Vielmehr hat G. in Abstimmung mit der Verkäuferin D. die Yacht nach Italien überführt und sie dort an den Beklagten übergeben lassen. Da wegen des vereinbarten Eigentumsvorbehalts erst die Zahlung des Restkaufpreises den letzten Teil-

akt der Übereignung des Schiffs darstellt, kommt es für die Frage des guten Glaubens des Beklagten auf diesen Zeitpunkt, nämlich Mitte Januar 1991 an.

2. Den guten Glauben des Beklagten hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, nicht fehlerfrei festgestellt.

a) Verfehlt ist schon der Ansatz, daß es auf den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Frau D. ankommen soll. Dieses Vertrauen wird im Rahmen des § 932 BGB nicht geschützt; dafür, daß ein Fall des § 366 HGB vorliegen könnte, fehlt jeder Anhaltspunkt.

b) Nicht ordnungsgemäß festgestellt ist bisher ferner der gute Glaube des Beklagten. Da G. als der – angebliche – Sicherungsgeber dem Beklagten gegenüber den Eintritt des Sicherungsfalls selbst bestätigt hatte, können Bedenken gegen den Gutglaubenserwerb des Beklagten zwar nicht daraus hergeleitet werden, daß er wußte, die Veräußerin sei nur Sicherungseigentümerin. Nicht gefolgt werden kann aber der Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte habe Frau D. gutgläubig für die (Sicherungs-)Eigentümerin halten dürfen. Denn alle von ihm angeführten Umstände sind entweder nicht ordnungsgemäß festgestellt oder für den guten Glauben des Beklagten nicht tragfähig. *(Wird ausgeführt.)*

3. Unzutreffend ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ferner die Ansicht des Berufungsgerichts, die Yacht sei dem Kläger nicht abhanden gekommen. Es begründet dies damit, daß der Kläger keinen unmittelbaren Besitz an der Yacht gehabt habe. Hiergegen wendet sich die Revision ebenfalls mit Recht.

Der Umstand, daß das Schiff in das sog. Charterunternehmen des Herrn G. eingegliedert war, also wie andere von ihm vermietete Schiffe zeitweise Adriaurlaubern zur Nutzung überlassen wurde, steht einem unmittelbaren (Mit-)Besitz der „Eignergemeinschaft" G./Kläger nur für die Zeit entgegen, in der das Boot einem Mieter überlassen ist. In dieser Zeit hatte aber auch G. keinen unmittelbaren, sondern lediglich mittelbaren Besitz. Sobald das Schiff wieder am Liegeplatz und nicht vermietet war, konnten beide Eigentümer den unmittelbaren Besitz daran ausüben. Beide hatten unstreitig die dafür erforderlichen Schlüssel und der Kläger hatte sogar – entsprechend der von den Miteigentümern nach §§ 741 ff. BGB getroffenen Nutzungsvereinbarung – das vertraglich eingeräumte Vorrecht für diese Zeit. Daß G. de facto über die Benutzung der Yacht entscheiden konnte, indem er – den Nutzungsabsprachen folgend – dieselbe an Dritte vermietete, ändert nichts daran, daß der unmittelbare Besitz außerhalb der Mietzeiten zumindest auch dem Kläger zustand.

Zu Unrecht leitet das Berufungsgericht aus der Tatsache, daß die Hafenverwaltung dem Kläger das Auslaufen aus dem Hafen verwehrt hat, her, er habe keinen unmittelbaren Besitz gehabt. Nach dem als richtig zu unterstellenden Vortrag des Klägers hatte er Zugang zum Schiff und konnte es auch am Liegeplatz benutzen, wurde aber am Auslaufen gehindert, weil Liegegebühren nicht bezahlt waren.

Bedenken unterliegt ferner die – auch nicht näher belegte – Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich als Finanzier ausschließlich in Deutschland aufgehalten, während G. sein Charterunternehmen vor Ort betrieben habe. Nach dem Prospekt und dem Chartervertragsformular hielt sich G. keineswegs zum Betrieb seines Charterbetriebs vor Ort auf, sondern führte diese Geschäfte von Deutschland aus.

Wenn nach alledem G. das Boot hinter dem Rücken des Klägers von Jugoslawien nach Italien überführte, wo es auf Dauer bleiben sollte, dann liegt darin ein Entzug des unmittelbaren Besitzes ohne den Willen des Klägers, also ein Abhandenkommen im Sinne von § 935 BGB.

Anmerkung:

1. Zu Recht hebt zum wiederholten Male der BGH hervor, daß das deutsche Gericht die IPR-Frage von Amts wegen selbst zu stellen hat. Das deutsche Kollisionsrecht ist nicht *fakultativ* in dem Sinne, daß deutsches Recht solange anzuwenden ist, als sich keine der Parteien auf die Anwendbarkeit ausländischen Rechts beruft. Dies gilt auch für Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere auch für das Beurkundungsverfahren nach dem BeurkG vor dem Notar oder Konsularbeamten.

2. Das deutsche internationale Sachenrecht ist derzeit noch nicht kodifiziert (vgl. Art. 45 E-EGBGB in der Fassung des Referentenentwurfs vom 1.12.1993, IPRax 1995, 132). Daher überrascht es nicht, daß die maßgebliche Anknüpfung für nicht registierte Seeschiffe in der Literatur umstritten ist. Mit der h.M. und in Übereinstimmung mit Art. 45 I Nr. 2 E-EGBGB stellt der BGH auf das Recht des Heimathafens ab mit der Folge, daß es bei Verlegung in einen anderen Heimathafen zu einem Statutenwechsel kommt.

3. Da Veräußerungen von Seeschiffen in der notariellen Praxis nicht nur an der Küste vorkommen, sind die Ausführungen des BGH zur der nach § 929a BGB notwendigen doppelten Einigung auch für die Notare von Wichtigkeit. Über das Seerecht hinaus bedeutsam sind die Ausführungen des II. Senats zum Gutglaubensschutz nach § 935 BGB.

Notar *Prof. Dr. Reinhold Geimer*, München

---

5. WEG §§ 15 Abs. 1, 10 Abs. 1 Satz 2, 23 Abs. 4; BGB § 138 Abs. 1 *(Mehrheitsbeschluß über Verbot der Hundehaltung in einer Wohnanlage für alle Eigentümer bindend)*

Ein unangefochtener Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer, der die Hundehaltung in einer Wohnanlage generell verbietet, hat vereinbarungsersetzenden Charakter (vgl. Senatsbeschluß vom 16.9.1994, V ZB 2/93, NJW 1994, 3230 [= MittBayNot 1995, 29]) und bindet alle Wohnungseigentümer, weil er weder sittenwidrig ist noch in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums eingreift.

BGH, Beschluß vom 4.5.1995 – V ZB 5/95 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller und die Antragsgegner sind Wohnungseigentümer in einer Wohnanlage. Die Antragsgegner haben ihre Eigentumswohnung im Jahre 1991 gekauft und sie vermietet. Ihre Mieterin hält einen Hund.

Am 1.8.1974 hatten die Wohnungseigentümer unter Abänderung und Ergänzung der Hausordnung beschlossen, daß die Hundehaltung in der Wohnanlage grundsätzlich untersagt ist. Sie erneuerten diesen Beschluß am 18.5.1992 im Hinblick auf die Hundehaltung in der Wohnung der Antragsgegner.

Die Antragsteller haben beantragt, die Antragsgegner zur Unterbindung der Hundehaltung in ihrer Wohnung zu verpflichten, hilfsweise das Mietverhältnis mit ihrer Mieterin zu kündigen und Räumungsklage zu erheben. Die Antragsgegner haben ihre Wohnung inzwischen an ihre Mieterin verkauft, die Verwaltung verweigert die hierzu erforderliche Zustimmung. Die Antragsgegner haben beantragt, festzustellen, daß Hunde gehalten werden dürfen, soweit sie nicht durch ständiges lautes Bellen oder Verunreinigung der Gemeinschaftsanlagen eine erhebliche Belästigung darstellen. Sie wollen ferner festgestellt haben, daß der Eigentümerbeschluß vom 18.5.1992 ungültig ist; hilfsweise beantragen sie, die Antragsteller zu verpflichten, einer Änderung der Beschlüsse vom 1.8.1974 und vom 18.5.1992 dahin zuzustimmen, daß Hundehaltung erlaubt ist.

Das Amtsgericht hat die Antragsgegner verpflichtet, Sorge für die Beseitigung der Hundehaltung in ihrer Wohnung zu tragen. Das Landgericht hat die Antragsteller verpflichtet, die Hundehaltung in der Wohnanlage zu dulden, soweit sie nicht durch ständiges Bellen oder Verunreinigung der Gemeinschaftsanlagen in erheblicher Weise belästigt werden. Es hat ferner festgestellt, daß die Eigentümerbeschlüsse vom 1.8.1974 und vom 18.5.1992 nichtig sind. Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hält die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller für begründet, sieht sich aber an einer Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses durch die Entscheidung des Kammergerichts vom 13.1.1992 (NJW 1992, 2577 = OLGZ 1992, 420) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist statthaft (§ 43 Abs. 1 WEG, § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Gericht hält die unangefochtenen und damit bestandskräftigen Beschlüsse der Eigentümer als sog. vereinbarungsersetzende Mehrheitsbeschlüsse unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für wirksam. Die Beschlüsse seien auch nicht sittenwidrig und griffen auch nicht in den Kernbereich oder Wesensgehalt des Sondereigentums ein. Demgegenüber hat das Kammergericht (NJW 1992, 2577) in der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung die Auffassung vertreten, ein Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer, der die Hundehaltung ohne Vorliegen konkreter Belästigungen verbiete, sei auch ohne Anfechtung unwirksam. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

II. Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, §§ 27, 29, 22 Abs. 1 FGG zulässig. Sie ist auch begründet. Der Senat folgt der Auffassung des vorlegenden Gerichts.

1. Ein generelles Verbot der Hundehaltung in der Wohnanlage betrifft den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums, den die Wohnungseigentümer grundsätzlich nur durch Vereinbarung regeln können (§ 15 Abs. 1; § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Eine solche Vereinbarung liegt nicht vor. Mehrheitsbeschlüsse können die Wohnungseigentümer nur im Hinblick auf einen *ordnungsgemäßen* Gebrauch fassen (§ 15 Abs. 2 WEG). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 54, 65, 69 [= DNotZ 1970, 596]; 73, 302, 307; 74, 258, 267 [= MittBayNot 1979, 153]; 78, 167, 170) ist jedoch ein Beschluß der Wohnungseigentümer, der in der Frist des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG nicht angefochten worden ist, auch dann allgemein und gerade für den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers verbindlich (§ 10 Abs. 3 WEG), wenn an sich eine Vereinbarung notwendig gewesen wäre. Diese Auffassung hat der Senat mit eingehender Begründung bestätigt (NJW 1994, 3230 ff. [= MittBayNot 1995, 29] mit zustimmender Anmerkung von *Niedenführ*, LM WEG § 10 Nr. 14). An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Das vorlegende Gericht geht zutreffend von ihr aus. Auch das Kammergericht hat seinen oben genannten Beschluß nicht auf eine von dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes teilweise abweichende Meinung gestützt (vgl. NJW 1992, 2577, 2578 ff.). Wie der Senat (a.a.O. S. 3231) ausgeführt hat, kann der Erwerber eines Miteigentumsanteils und des damit verbundenen Sondereigentums folglich nicht allein auf die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung vertrauen; er muß sich auch vergewissern, ob sie durch bestandskräftige Beschlüsse abgeändert worden ist.

2. Es kann demgemäß nur darum gehen, ob der unangefochtene Beschluß gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, auf deren Einhaltung nicht wirksam verzichtet werden kann (§ 23 Abs. 4 Satz 2 WEG).

a) Zwar kann jeder Wohnungseigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit seinem Sondereigentum nach Belieben verfahren, insbesondere es in sonstiger Weise nutzen (§ 13 Abs. 1 WEG). Er ist nach § 14 Nr. 1 WEG nur verpflichtet, vom Sonder- und Gemeinschaftseigentum in einer Weise Gebrauch zu machen, daß dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Diese Freiheit besteht aber nur unter dem Vorbehalt einer im Rahmen der allgemeinen Gesetze zulässigen anderweitigen Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG, die einschneidende Beschränkungen enthalten kann, und zwar auch solche, die gewichtiger sind als das Verbot der Hundehaltung. Da nach der Senatsrechtsprechung (vgl. insbesondere NJW 1994, 3230 ff. [= MittBayNot 1995, 29]) ein unangefochtener und bestandskräftiger Mehrheitsbeschluß eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer ersetzen kann, liegt es in der Konsequenz dieser Rechtsprechung, daß im vorliegenden Fall auch die grundsätzliche Nutzungsfreiheit des Wohnungseigentümers zulässigerweise eingeschränkt ist. Der Senat hat dabei nicht darüber zu entscheiden, ob durch einen Mehrheitsbeschluß der Eigentümerversammlung die Hundehaltung generell verboten werden kann, sondern er hat nur die Rechtslage zu beurteilen, die sich aus einem entsprechenden unangefochtenen und bestandskräftigen Beschluß ergibt.

b) Mit Recht hat das vorlegende Gericht auch einen Eingriff in den dinglichen Kernbereich des Wohnungseigentums (vgl. Senat a.a.O., NJW 1994, 3231 [= MittBayNot 1995, 29]) verneint. Die Möglichkeit der Hundehaltung gehört nicht zum wesentlichen Inhalt der Nutzung von Wohnungseigentum, wie nicht zuletzt daraus folgt, daß in der überwiegenden Zahl von Wohnungen keine Hunde gehalten werden. Demgemäß hält auch die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung eine Vereinbarung der Eigentümer über ein generelles Verbot der Hundehaltung für zulässig (*Bärmann/Pick*, WEG 13. Aufl., § 15 Rdnr. 6; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 8; *Erman/Ganten*, BGB, 9. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Röll*, 2. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 2; *Palandt/Bassenge*, BGB, 54. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 4; *Schmid*, WuM 1988, 344; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 2 b; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 18; a.A. BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl., § 15 WEG Rdnr. 4, allerdings mit unzutreffendem Hinweis auf die Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts). Diese Auffassung hat sich auch in der Rechtsprechung durchgesetzt (so das Bayerische Oberste Landesgericht, BayObLGZ 1972, 90, 92, sowie das Oberlandesgericht Karlsruhe, DWE 1988, 68; früher auch das Kammergericht, NJW 1956, 1679, 1680).

c) Zu Recht hält das vorlegende Gericht den Eigentümerbeschluß auch nicht für sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB). Dies folgt schon daraus, daß es den Wohnungseigentümern nicht verboten ist, im Wege der Vereinbarung (§ 15 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG) eine Gebrauchsbeschränkung in der Form eines generellen Verbots der Hundehaltung aufzustellen (s. oben b).

Wie das vorlegende Gericht im übrigen zutreffend ausführt, können von der Hundehaltung in einer Eigentumswohnung im Regelfall Beeinträchtigungen der übrigen Wohnungseigentümer (Verschmutzung der Gemeinschaftsanlagen, Lärmbelästigung) ausgehen. Ein generelles Verbot der Hundehaltung ist damit weder willkürlich noch sachlich völlig unbegründet, zumal sich Beeinträchtigungen nie ausschließen lassen. Nutzungsbeschränkungen, die auf konkrete Belästigungen abstellen, stoßen in der Überwachung auch stets auf große praktische Schwierigkeiten und geben Anlaß zu Streitigkeiten, die den Hausfrieden stören. Auch der Senat ist deshalb der Auffassung, daß ein generelles Verbot der Hundehaltung weder in einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer noch in einem sie ersetzenden bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.

Auch in einem Mietvertrag kann nach herrschender Meinung individualvertraglich die Hundehaltung ganz ausgeschlossen werden (vgl. *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl., Kap. III Rdnr. 1038; *Erman/Jendrek*, BGB, 9. Aufl., § 550 Rdnr. 3; *Palandt/Putzo*, BGB, 54. Aufl., § 535 Rdnr. 17; *Schmid*, WuM 1988, 343, 345 m.w.N.; *Staudinger/Emmerich*, BGB, 12. Aufl., § 550 Rdnr. 3 a und § 535 Rdnr. 74 m.w.N.). Ein solches vertraglich vereinbartes Verbot ist auch verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfG, WuM 1981, 77). Ohne Bedeutung ist im vorliegenden Zusammenhang, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der formularvertragliche Ausschluß *jeglicher* Haustierhaltung nach § 9 Abs. 1 AGBG unzulässig ist (BGB NJW 1993, 1061, 1062), denn darum geht es hier nicht.

d) Zu beachten bleibt freilich, daß die Durchsetzung eines solchen Verbots unter dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) steht und daher im Einzelfall unzulässig sein kann. Für eine solche Fallgestaltung (zu denken wäre etwa an eine Verbotsdurchsetzung gegen einen blinden Eigentümer, der einen Blindenhund benötigt) liegen hier aber keinerlei Anhaltspunkte vor.

3. Entgegen der Auffassung der Antragsgegner ist der Ausspruch des Amtsgerichts inhaltlich bestimmt genug. Die Antragsteller können von den Antragsgegnern einen Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums verlangen, der der Beschlußlage entspricht (§ 15 Abs. 3 WEG). Die Antragsgegner müssen für ein entsprechendes Verhalten ihrer Mieterin sorgen (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 2 WEG). Welche Maßnahmen sie dazu ergreifen, muß grundsätzlich ihnen überlassen bleiben und kann ihnen deswegen nicht vorgeschrieben werden. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage nicht von der Abwehrklage wegen Eigentumsstörung (§ 1004 Abs. 1 BGB; vgl. z.B. BGHZ 67, 252, 253 m.w.N.; BayObLG, NJW-RR 1991, 658, 659).

Soweit die Antragsgegner geltend machen, sie seien im Rahmen des Mietverhältnisses nicht in der Lage, ein Verbot der Hundehaltung durchzusetzen, ist dies jedenfalls für das vorliegende Erkenntnisverfahren ohne Bedeutung. Es geht um die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer untereinander. Diese werden weder erweitert noch beschränkt dadurch, daß der in Anspruch genommene Wohnungseigentümer mietvertraglich gebunden ist. Von einer unmöglichen Leistung der Antragsgegner (vgl. BGH NJW 1974, 943, 944) kann keine Rede sein. Die Antragsgegner haben in Kenntnis des Hundehaltungsverbots die Wohnung vermietet. Sie müssen deshalb alles in ihrer Macht stehende unternehmen, damit ihre Mieterin (die Mutter des Antragsgegners) die Hundehaltung einstellt. Alles weitere kann dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1990, 34, 41; BayObLGZ 1988, 440, 442; BayObLG, NJW-RR 1991, 658, 659; *Bärmann/Pick*, WEG, 13. Aufl., § 14 Rdnr. 12; BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl., § 14 WEG Rdnr. 8; *Bub*, WE 1987, 114, 116; *Erman/Ganten*, BGB, 9. Aufl., § 14 WEG Rdnr. 2 a; *Kirchhoff*, ZMR 1989, 323, 326 m.w.N.; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl., S. 155/156; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 13 WEG Rdnr. 3; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 4 und § 15 Rdnr. 21; *ders.* in WE 1987, 98; a. A. *Blank* in PIG, Bd. 15, 33, 39).

---

6. WEG § 14 Nr. 1, § 22 Abs.1, § 48 Abs.3 Satz 1 *(Durchbruch durch tragende Wand zur Verbindung von zwei Eigentumswohnungen nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer)*

1. **Der Durchbruch durch eine tragende Wand, um zwei Eigentumswohnungen zu verbinden, ist eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums, die grundsätzlich der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedarf und nicht mit Stimmenmehrheit beschlossen werden kann.**
2. **Ein von den übrigen Wohnungseigentümern nicht hinzunehmender Nachteil liegt auch darin, daß durch den Durchbruch die Abgeschlossenheit der Wohnungen aufgehoben und ein der Teilungserklärung nicht entsprechender rechtlicher Zustand geschaffen wird (wie KG WuM 1993, 293 = NJW-RR 1993, 909).**

BayObLG, Beschluß vom 2.2.1995 – 2 Z BR 71/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage, die aus acht Wohnungen besteht; der weitere Beteiligte ist Verwalter. Den Antragsgegnern zu 1 gehören die Wohnungen Nr. 2 und 3 im Erdgeschoß, die mit den Fluren aneinander stoßen und durch eine tragende Wand getrennt sind. Die Wohnung des Antragstellers liegt über einer dieser Wohnungen.

Die Antragsgegner zu 1 beabsichtigen, die Wand zwischen ihren beiden Wohnungen zu durchbrechen. In der Versammlung vom 1.2.1993 beschlossen die Wohnungseigentümer zu Tagesordnungspunkt 4 mit $^{603}/_{1000}$ gegen $^{397}/_{1000}$ Stimmanteilen auf Antrag der Antragsgegner zu 1:

> Die Versammlung duldet einen Mauerdurchbruch zwischen den Wohnungen 2 und 3, von ca. 2 m Breite, unter der Voraussetzung der Vorlage einer statischen Unbedenklichkeitsbescheinigung und der Verpflichtung, daß die Durchführung nach den Regeln der Baukunst durch eine Fachfirma erfolgt.
>
> Familie A. (= Antragsgegner zu 1) verpflichtet sich, alle entstehenden Folgekosten, die durch die bauliche Veränderung direkt oder indirekt bedingt sein werden, zu übernehmen.

Ferner entbindet Familie A. die Eigentümergemeinschaft von jeder Haftung für Schäden, die mit der baulichen Veränderung in Zusammenhang stehen.

Voraussetzung ist, daß die Möglichkeit für die Durchführung eines Wertsicherungsverfahrens eingeräumt wird.

Die Antragsgegner zu 1 legten dem Verwalter eine statische Berechnung des Büros für Bautechnik H. vor; in einem Begleitschreiben H.s hieß es, daß die Ausführung einer 2 m großen Türöffnung in der Kommunwand bei fachgerechter Ausführung keine Probleme verursache und daß Störungen der Mitbewohner nur auf die Dauer von zwei Tagen eintreten würden.

Der Antragsteller hat am 16.2.1993 beantragt, den Eigentümerbeschluß vom 1.2.1993 für ungültig zu erklären. Da die geplante Maßnahme eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums darstelle, hätten die Wohnungseigentümer sie nicht mit Stimmenmehrheit beschließen können.

Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und den Eigentümerbeschluß antragsgemäß für ungültig erklärt. Die Antragsgegner haben sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegner ist zulässig, aber nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Landgericht hat den Eigentümerbeschluß vom 1.2.1993 zu Recht für ungültig erklärt.

Die tragende Wand zwischen den Wohnungen der Antragsgegner zu 1 steht nach § 5 Abs. 2 WEG zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer. Der Mauerdurchbruch, zu dem der Eigentümerbeschluß die Antragsgegner zu 1 ermächtigt und der von den übrigen Wohnungseigentümern aufgrund des Beschlusses zu dulden wäre, ist eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 22 Abs. 1 Satz 1 WEG), die mit dessen Instandsetzung oder Instandhaltung nichts zu tun hat. Die Zustimmung des Antragstellers dazu ist nicht entbehrlich, da die Baumaßnahme dessen Recht über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt (§ 22 Abs. 1 Satz 2, § 14 Nr. 1 WEG). Aus der entsprechenden Anwendung von § 14 Nr. 3 WEG, auf den sich die Antragsgegner berufen, in Verbindung mit § 22 Abs.1 Satz 2 WEG würde sich nichts anderes ergeben, da § 14 Nr. 3 den „Gebrauch" und damit entsprechende bauliche Maßnahmen nur im Rahmen des § 14 Nr. 1 WEG zuläßt. Die Voraussetzungen für die Anfechtung des Eigentümerbeschlusses und für dessen Ungültigerklärung sind damit gegeben (vgl. BayObLGZ 1992, 288/295).

a) Der Durchbruch durch eine tragende Wand greift in erheblichem Maße in die Statik des Gebäudes und in die Substanz des gemeinschaftlichen Eigentums ein; er wird deshalb, wenn wie hier Sicherungsmaßnahmen („Unterfangungsarbeiten") erforderlich sind, in aller Regel als zustimmungsbedürftige bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums angesehen (vgl. BayObLG WE 1991, 256 f.; NJW-RR 1991, 1490 f.; NJW-RR 1992, 272 f.). Ob hier, soweit es diesen rechtlichen Gesichtspunkt der baulichen Veränderung betrifft, ausnahmsweise etwas anderes gelten könnte (vgl. OLG Köln DWE 1988, 24 f.; OLG Hamburg WuM 1991, 87 f.), wenn alle nötigen Sicherungsmaßnahmen getroffen würden und der Durchbruch fachgerecht ausgeführt würde, kann auf sich beruhen; der Erhebung von Sachverständigenbeweis zu diesem Punkt bedurfte es daher nicht. Denn das Landgericht hat vermeidbare, nicht hinzunehmende Nachteile für den Antragsteller aus anderen Gründen zutreffend bejaht.

b) Diese sind hier einmal nach den ohne Rechtsfehler getroffenen Feststellungen des Landgerichts dadurch gegeben, daß als Folge des Mauerdurchbruchs die Feststellung, Zuordnung oder Behebung von Schäden am gemeinschaftlichen Eigentum und am Sondereigentum anderer Wohnungseigentümer erschwert werden könnten (BayObLG WE 1991, 256 f.). Die tragenden Wände im Bereich der Wohnungen des Antragstellers und der Antragsgegner zu 1 weisen bereits Risse auf, über deren Ursache und Ausmaß die Beteiligten streiten. Sollten sich in diesem Bereich weitere Risse oder andere Schäden zeigen, dann liegt es sehr nahe, daß Streit darüber entsteht, ob die Schäden durch die bauliche Veränderung der Antragsgegner zu 1 verursacht sind oder nicht. Dieses Risiko braucht der Antragsteller nicht einzugehen. Es wird durch die Verpflichtungserklärung der Antragsgegner zu 1 und durch den Hinweis auf deren Schadens- oder Haftpflichtversicherung nicht ausgeschlossen oder vermindert; denn diese werden erst dann bedeutsam, wenn die Verursachung durch die bauliche Veränderung feststeht.

c) Ein Nachteil für den Antragsteller im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG besteht schließlich darin, daß durch den Mauerdurchbruch ein Zustand geschaffen würde, der der Teilungserklärung widerspricht. Auch dies braucht der Antragsteller nicht hinzunehmen (vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 272 f.; KG NJW-RR 1990, 334 f. und 1993, 909 f.; OLG Hamm MittRhNotK 1990, 131/133 f.). Die beiden Wohnungen der Antragsgegner zu 1 gehören zu selbständigen Wohnungseigentumsrechten; diese durften gem. § 3 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 4 Nr. 2, § 8 Abs. 2 Satz 1 WEG in das Grundbuch nur eingetragen werden, weil die Abgeschlossenheit der Wohnungen nachgewiesen war. Diese Voraussetzung für die Grundbucheintragung würde durch den Mauerdurchbruch verloren gehen. Der Senat teilt die Auffassung des Kammergerichts (jeweils a.a.O.), daß die übrigen Wohnungseigentümer die Herstellung einer solchen, den gesetzlichen Anforderungen und der Teilungserklärung widersprechenden Zustands nicht hinzunehmen haben, auch wenn das Grundbuch dadurch nicht unrichtig würde. Dabei begründet es rechtlich keinen Unterschied, daß die Antragsgegner zu 1 hier anders als in dem Fall KG NJW-RR 1993, 909 nicht eigenmächtig vorgehen wollen; entscheidend sind die Auswirkungen der beabsichtigten Baumaßnahmen in bezug auf die Teilungserklärung.

d) Auf § 13 Abs.7 der Gemeinschaftsordnung können sich die Antragsgegner nicht mit Erfolg berufen. Diese Bestimmung im Abschnitt „Zahlungsverpflichtung des Wohnungseigentümers" befaßt sich mit den Folgen, die der „Besitz" mehrerer Einheiten und deren „Zusammenlegung" für die Zahlungspflicht hat. Eine Ermächtigung zur baulichen Zusammenlegung mehrerer Wohnungen ergibt sich daraus nicht. Auch die Frage, ob die Antragsgegner zu 1 ihre beiden Wohnungen rechtlich ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu einem Wohnungseigentum verbinden können, ist in diesem Verfahren ohne Bedeutung; dadurch würde nur das letztgenannte, einer baulichen Veränderung entgegenstehende Hindernis entfallen.

Anmerkung:

1. Der Entscheidung ist insoweit zuzustimmen, als sie feststellt, daß der Durchbruch durch eine tragende Mauer eine bauliche Veränderung im Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums darstellt und insoweit nach § 22 Abs. 1 WEG der Zustimmung aller Eigentümer bedarf. Tragende (konstruktive) Gebäudeteile stehen gem. § 5 Abs. 2 WEG auch dann

im zwingenden Gemeinschaftseigentum, wenn sie sich ausschließlich im Bereich von Sondereigentum befinden (BGHZ 50, 56). Zutreffend ist auch die Auffassung, daß zu der baulichen Veränderung die Zustimmung aller Eigentümer selbst dann erforderlich ist, wenn zwar durch die fachgerechte Ausführung der baulichen Maßnahme technische Beeinträchtigungen der anderen Eigentümer nicht zu besorgen sind, wegen ursachenmäßig jedoch nicht geklärter Schäden am Bauwerk eine Vergrößerung des Streitpotentials unter den Wohnungseigentümern zu besorgen ist. Dies ist ein Nachteil im Sinne des § 14 Nr. 1 WEG, zu dessen Hinnahme kein Wohnungseigentümer verpflichtet ist.

2. Aus dem Sachverhalt der Entscheidung ergibt sich, daß zwei Wohnungen mit ihren Fluren – also mit ihrem Sondereigentum – aneinandergrenzen, getrennt durch eine tragende Mauer, die für die Schaffung eines Durchganges teilweise beseitigt wurde. Dadurch wurde die Abgeschlossenheit beider Wohnungen, die bis dahin gem. §§ 3 Abs. 2 Satz 1, 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG bestand, aufgehoben. Dadurch wird jedoch das Grundbuch nicht unrichtig. Da Sondereigentum echtes zivilrechtliches Eigentum ist und für den Erwerb sowie für die Veräußerung von solchem eine Einigung vor dem Notar, also eine auflassungsgleiche Erklärung und entsprechende Eintragung im Grundbuch erforderlich sind, führt die Beseitigung einer im Aufteilungsplan vorgesehenen Grenzeinrichtung nicht zu einer Rechtsänderung im Umfang des Sondereigentums (§ 4 Abs. 1 WEG). Der Vorgang ist vergleichbar mit der Entfernung von Grenzsteinen zwischen zwei Grundstücken: Durch eine solche Maßnahme wird die rechtliche Grenze zwischen den beiden Grundstücken nicht verändert.

3. Gleichwohl steht das BayObLG auf dem Standpunkt, daß die „übrigen Wohnungseigentümer die Herstellung eines solchen, den gesetzlichen Anforderungen und der Teilungserklärung widersprechenden Zustandes nicht hinzunehmen haben". Der *Senat* sieht in der technischen Beseitigung der Abgeschlossenheit zwischen zwei Sondereigentumsbereichen einen Nachteil für andere Wohnungseigentümer im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Das Abgeschlossenheitserfordernis bezweckt u.a., daß die Grenzen zwischen Sondereigentum sowie zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum jederzeit nachweisbar sind und damit eine unzweideutige Trennung der verschiedenen Eigentumsbereiche – auch im Sinne einer Streitverhütung – gewährleistet ist. Wird die Abgeschlossenheit zwischen zwei Sondereigentumsbereichen im Einverständnis von deren Eigentümern aufgehoben, so können hiervon andere Wohnungseigentümer nicht betroffen sein. Diese Maßnahme wirkt weder in deren Sondereigentumsbereiche ein, noch wird der Gebrauch gemeinschaftlichen Eigentums dadurch beeinträchtigt. Das Fehlen der technischen Abgeschlossenheitseinrichtungen kann auch lediglich zu Rechtsunsicherheiten zwischen den zwei beteiligten Sondereigentümern führen, nicht jedoch zwischen diesen oder einem derselben und anderen Sondereigentümern. Dieses Ergebnis wird noch deutlicher, wenn man unterstellt, daß die teilweise beseitigte Trennmauer nicht im Gemeinschaftseigentum, sondern im Nachbareigentum (entsprechend § 922 BGB) der nebeneinanderliegenden Wohnungseigentumseinheiten steht. Ein Mauerdurchbruch stellt dann keine bauliche Veränderung im Sinne des § 22 Abs. 1 WEG dar.

Das Recht eines jeden Wohnungseigentümers, daß er von den anderen Wohnungseigentümern die Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Zustandes verlangen kann, ist daher teleologisch dahingehend einzuschränken, daß es nur dann besteht, wenn der Eigentümer durch den aufteilungsplanwidrigen Zustand in seinem Eigentum betroffen wird. Dies ist der Fall, wenn sein Sondereigentum beeinträchtigt wird oder gemeinschaftliches Eigentum einer alleinigen Nutzung oder einer vereinbarungswidrigen Nutzung unterstellt werden soll. Wenn ein Wohnungseigentümer in den Grenzen seines Sondereigentums ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer nichttragende Wände versetzen darf, dann dürfen auch zwei benachbarte Wohnungseigentümer – wenn kein Fall des § 22 Abs. 1 WEG vorliegt – gemeinsam Veränderungen ausführen, die nur ihr Sondereigentum betreffen.

Notar *Dr. Manfred Rapp,* Landsberg a. Lech

---

7. WEG § 16 Abs. 2, § 18; BGB § 242 *(Zur Berücksichtigung von Hobbyräumen bei der Festlegung des Verteilungsschlüssels für Betriebskosten)*

1. **Es ist in erster Linie Sache der Wohnungseigentümer, durch Vereinbarung festzulegen, ob und in welcher Höhe Hobbyräume bei der Verteilung der Bewirtschaftungskosten zu berücksichtigen sind. Ein allgemeingültiger Grundsatz kann insoweit nicht aufgestellt werden.**
2. **Der Eigentümerbeschluß, einen Wohnungseigentümer unter Hinweis auf § 18 WEG abzumahnen, ist im Beschlußanfechtungsverfahren nur darauf zu überprüfen, ob formelle Mängel vorliegen, nicht jedoch darauf, ob die Abmahnung materiell berechtigt war (Aufgabe von BayObLGZ 1985, 171/177).**

BayObLG, Beschluß vom 15.2.1995 – 2 Z BR 1/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

---

8. WEG § 16; GBO § 22, § 29 Abs. 1 *(Quittung des Verwalters über Bezahlung einer hypothekarisch gesicherten Forderung der Wohnungseigentümer zur Löschung der Hypothek ausreichend)*

1. **Ist im Grundbuch eine Zwangssicherungshypothek für mehrere Gläubiger „als Berechtigte in Wohnungseigentümergemeinschaft" eingetragen, so wird durch eine löschungsfähige Quittung des Verwalters der Gemeinschaft der Nachweis erbracht, daß die Hypothek nicht mehr den eingetragenen Gläubigern zusteht. Dies gilt unabhängig davon, ob die eingetragenen Gläubiger im Zeitpunkt der Erteilung der Quittung noch mit den Wohnungseigentümern identisch sind.**
2. **Für die löschungsfähige Quittung reicht notarielle Beglaubigung aus; Beurkundung ist nicht erforderlich.**

BayObLG, Beschluß vom 23.2.1995 – 2 Z BR 113/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist als Miteigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. An seinem Anteil sind Zwangssicherungshypotheken zu 1784,10 und 999,78 DM aufgrund von Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Wohnungseigentumsgerichts für die Beteiligten zu 2, jeweils mehr als 80 namentlich bezeichnete Gläubiger, „als Berechtigte in Wohnungseigentümergemeinschaft" gebucht. Die Kostenfestsetzungsbeschlüsse haben Erstattungsansprüche aus Verfahren zum Gegenstand, die der Beteiligte zu 1 gegen die übrigen Wohnungseigentümer sowie diese gegen ihn (und seine Ehefrau) geführt haben.

Die Beteiligten haben durch ihren Verfahrensbevollmächtigten eine die beiden Zwangssicherungshypotheken betreffende „löschungsfähige Quittung" der G. vom 3.8.1993 vorgelegt, in der diese als Verwalterin der Wohnungseigentümergemeinschaft in notariell beglaubigter Form erklärt, daß sie zur Einziehung der Wohngelder befugt und ermächtigt sei, und sich durch den jetzigen Eigentümer und persönlichen Schuldner für voll befriedigt bekennt; der Verfahrensbevollmächtigte hat gemäß § 15 GBO die Löschung der Sicherungshypotheken beantragt. Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Zwischenverfügung vom 4.8.1994 beanstandet. Zur Löschung sei die Bewilligung oder eine löschungsfähige Quittung der im Grundbuch eingetragenen Gläubiger erforderlich. Die Verwalterin sei nicht zur Erteilung einer löschungsfähigen Quittung ermächtigt. Die den Sicherungshypotheken zugrundeliegenden Ansprüche auf die Erstattung von Kosten aus einem Wohnungseigentumsverfahren gehörten gemäß § 16 Abs. 5 WEG nicht zu den Kosten der Verwaltung.

Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Notwendigkeit der Bewilligungen oder löschungsfähigen Quittungen der einzelnen Gläubiger ergebe sich aus den §§ 19 und 22 GBO, der Grundsatz der Voreintragung aus § 39 GBO. Im Grundbuch seien bestimmte Personen und nicht die jeweiligen Wohnungseigentümer als Gläubiger eingetragen. Auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht der Verwalterin, Zahlungen entgegenzunehmen und Quittungen auszustellen, sei nicht vorgetragen und formgerecht nachgewiesen. Die Vertretungsmacht ergebe sich auch nicht aus § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG. Es sei zu beachten, daß Mitberechtigte der Forderungen möglicherweise Personen seien, die nicht mehr Wohnungseigentümer sind. Aus § 16 Abs. 5 WEG ergebe sich zudem, daß die Kosten eines Wohnungseigentumsverfahrens nicht zu den Kosten der allgemeinen Verwaltung gehörten. Der zur Erstattung solcher Kosten gezahlte Betrag würde somit nicht gemeinschaftliches Vermögen. Damit handle es sich bei der Erstattung nicht um eine Zahlung, die vom Verwalter im Rahmen der laufenden Verwaltung entgegengenommen werden könne. Es handle sich aber auch nicht um die Entgegennahme von Lasten-, Kosten- und Tilgungsbeiträgen oder von Hypothekenzinsen in einer gemeinschaftlichen Angelegenheit der Wohnungseigentümer. Das Interesse der Allgemeinheit an einer sachgerechten Abwicklung des Rechtsverkehrs mit Wohnungseigentümergemeinschaften könne nicht dazu führen, daß die Rechte der im Grundbuch eingetragenen Gläubiger verkürzt würden. Ebensowenig könnten die für die Erklärungen der einzelnen Gläubiger anfallenden Kosten entscheidend dafür sein, ob der Verwalter Vertretungsmacht habe oder nicht.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Soweit die Vorinstanzen die Löschungsbewilligung der eingetragenen Hypothekengläubiger verlangen, kann die Zwischenverfügung schon aus formellen Gründen keinen Bestand haben (vgl. BayObLGZ 1988, 229/231 [= MittBayNot 1988, 232 = DNotZ 1989, 361]; BayObLG MittBayNot 1990, 307; OLG Zweibrücken OLGZ 1991, 153 f.). Sie ist aber auch sachlich weder in dem einen noch in dem anderen Punkt gerechtfertigt; die Löschung der beiden Zwangssicherungshypotheken kann nicht von der Bewilligung oder von löschungsfähigen Quittungen der eingetragenen Gläubiger persönlich abhängig gemacht werden; die löschungsfähige Quittung der Verwalterin reicht aus.

a) In der notariell beglaubigten Erklärung vom 3.8.1993 bekennt G. als Verwalterin, im Zusammenhang mit den beiden Zwangssicherungshypotheken durch den Eigentümer und persönlichen Schuldner voll befriedigt worden zu sein. Diese Erklärung, die sog. löschungsfähige Quittung, liefert den Nachweis dafür, daß die Gläubiger wegen der den Hypotheken zugrundeliegenden Forderungen voll befriedigt sind und die Hypothek gemäß § 1163 Abs.1 Satz 2, § 1177 Abs.1 Satz 1 BGB als Grundschulden auf den Beteiligten zu 1 als Eigentümer übergegangen sind. Damit ist der Nachweis gemäß § 22 GBO geführt, daß die Hypotheken nicht mehr den eingetragenen Gläubigern zustehen; diese brauchen bei der Löschung nicht mehr mitzuwirken (vgl. BGHZ 114, 330/333 f. [= MittBayNot 1991, 161 = DNotZ 1992, 546]; KG NJW 1973 56/57 [= DNotZ 1973, 301]; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., Rdnr. 21, KEHE/*Ertl*, GBR, 4. Aufl., Rdnr. 23 und 24, *Meikel/Böttcher*, GBR, 7. Aufl., Rdnr. 48 und 49, jeweils zu § 27). Die notariell beglaubigte Form reicht nach herrschender Meinung (*Demharter*, Rdnr. 10, KEHE/*Herrmann*, Rdnr. 20, jeweils zu § 29 GBO; *Haegele/Schöner/Stöber*, GBR, 10. Aufl., Rdnr. 2729; MünchKomm-BGB/*Heinrichs*, 3. Aufl. Rdnr. 8, *Soergel/Zeiss*, BGB, 12. Aufl. Rdnr. 6, *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl. Rdnr. 19, jeweils zu § 368) für die löschungsfähige Quittung gemäß § 29 Abs.1 Satz 1 GBO aus, auch wenn es sich bei ihr nicht um eine Willenserklärung, sondern um eine Wissenserklärung über die Entgegennahme der geschuldeten Leistung und damit über einen tatsächlichen Vorgang handelt (vgl. BGHZ 114, 330/333 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 54. Aufl. Rdnr. 2, BGB-RGRK/*Weber*, 12. Aufl. Rdnr. 8, jeweils zu § 368). Der Gegenmeinung (*Meikel/Böttcher*, § 27 Rdnr. 61; MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl., § 1144 Rdnr. 22), daß hier gemäß § 29 Abs.1 Satz 2 GBO notarielle Beurkundung erforderlich sei, ist nicht zu folgen. Notarielle Beglaubigung reicht nicht nur aus, wenn die „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärung" als solche Grundlage der Eintragung ist; sie genügt auch dann, wenn durch die Erklärung der Nachweis einer besonderen Eintragungsvoraussetzung geführt werden soll, etwa im Zusammenhang mit § 22 GBO (vgl. BayObLG MittRhNotK 1988, 96/97; BayObLG DNotZ 1989, 363/364; KG KGJ 53 A 141/144). Es ergibt keinen Sinn, hierbei zwischen Willenserklärungen und Wissenserklärungen zu unterscheiden, mag es sich bei diesen und damit bei der löschungsfähigen Quittung nun um geschäftsähnliche Handlungen handeln (so *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. S. 249; *Stötter*, MDR 1978, 637 f.) oder nicht (so MünchKomm-BGB/*Heinrichs*, § 368 Rdnr. 6); sie werden jedenfalls auch in sonstigen Beziehungen gesetzlichen Regelungen über Willenserklärungen unterstellt (vgl. z.B. BGB-RGRK/*Weber* § 368 Rdnr. 9 in bezug auf § 894 ZPO). Die Beweiskraft einer notariell beurkundeten Erklärung geht schließlich, was die Richtigkeit der Erklärung betrifft, praktisch nicht über die einer notariell beglaubigten Erklärung hinaus (vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, 18. Aufl., § 415 Rdnr. 5 einerseits, § 416 Rdnr. 1 und 3 andererseits). Weder Wortlaut noch System des Gesetzes bieten also einen Anlaß,

für die löschungsfähige Quittung die Form der notariellen Beurkundung zu verlangen; praktische Erwägungen und eine fest eingebürgerte Praxis sprechen zusätzlich dagegen.

b) Die Verwalterin der Gemeinschaft, deren Mitglieder als Gläubiger im Grundbuch eingetragen sind, war gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG berechtigt, mit Wirkung für die Gläubiger der Sicherungshypotheken eine löschungsfähige Quittung zu erteilen.

(1) Nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG ist der Verwalter berechtigt, im Namen aller Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie alle Zahlungen entgegenzunehmen, die mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen; diese Befugnis kann ihm gemäß § 27 Abs. 3 WEG nicht entzogen werden. Unter § 27 Abs. 2 Nr. 2 und nicht Nr. 1 WEG fällt auch die Entgegennahme des Betrags, den ein Wohnungseigentümer aufgrund eines in einem Wohnungseigentumsverfahren erlassenen Kostenfestsetzungsbeschlusses den übrigen Wohnungseigentümern zu erstatten hat; § 16 Abs. 5 WEG steht dem nicht entgegen.

In den Entscheidungen BayObLGZ 1992, 210/213 f. und WuM 1993, 486 hat der Senat im Anschluß an das Kammergericht (WuM 1992, 327) seine frühere Rechtsprechung (WuM 1991, 443) zu § 16 Abs. 5 WEG aufgegeben. Er hält es nunmehr für rechtens, daß der Verwalter Kosten eines Verfahrens (etwa einen Vorschuß auf Gerichts- oder Anwaltskosten), das die große Mehrheit der Wohnungseigentümer gegen einen von ihnen führt, aus dem gemeinschaftlichen Guthaben entnimmt und in die Jahresabrechnung als Ausgaben einstellt; die Bedeutung des § 16 Abs. 5 WEG erschöpft sich darin, daß er den Betrag in den Einzelabrechnungen nur auf die Wohnungseigentümer umlegen darf, die nach der Kostenentscheidung des Gerichts damit belastet sind. Damit wird anerkannt, daß diese Ausgaben mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen. Das gleiche muß für Zahlungen gelten, die aufgrund einer Kostenentscheidung und eines Kostenfestsetzungsbeschlusses an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder an die große Mehrheit von ihnen zu bewirken sind. Der Verwalter ist gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG befugt, sie entgegenzunehmen; er hat sie als Einnahmen in der Jahresabrechnung zu berücksichtigen.

(2) Der Verwalter ist berechtigt, bei der Empfangnahme der Zahlungen und Erteilung der löschungsfähigen Quittung die im Grundbuch eingetragenen Gläubiger der Sicherungshypotheken zu vertreten unabhängig davon, ob sie noch Mitglieder der Wohnungseigentümergemeinschaft sind oder nicht.

Nach der vom Senat vertretenen Meinung (BayObLGZ 1984, 198/206 f. [= DNotZ 1985, 416]; 1984, 239/242 f. [= MittBayNot 1985, 28 = DNotZ 1985, 424]; ebenso *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 4 c ff., insbesondere 4 m und 4 n; *Augustin*, WEG, § 27 Rdnr. 23; *Palandt/Bassenge*, § 1 WEG Rdnr. 14; a.A. vor allem *Bärmann/Pick*, WEG, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 39; *Henke/Niedenführ/Schulze*, WEG, 2. Aufl., § 21 Rdnr. 3; *Röll*, Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, 5. Aufl., S. 28) stehen gemeinschaftliche Forderungen gegen Dritte den Wohnungseigentümern in schlichter Rechtsgemeinschaft gemäß § 741 ff. BGB zu; die Mitberechtigung eines Wohnungseigentümers daran geht mit einem Wechsel in der Mitgliedschaft durch Veräußerung der Wohnung oder infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung nicht kraft Gesetzes auf den neuen Wohnungseigentümer über. Entsprechendes gilt für Ansprüche der Wohnungseigentümer gem. § 16 Abs. 2 WEG, wenn es sich bei ihnen auch streng genommen nicht um gemeinschaftliche Forderungen im Sinne von §§ 741 ff. BGB handelt (vgl. *Weitnauer*, „Partner im Gespräch", Bd. 21, S. 59/66 f.).

Im vorliegenden Fall ist höchst ungewiß, ob alle Wohnungseigentümer, denen nach der Eintragung im Grundbuch die den Zwangssicherungshypotheken zugrunde liegenden Kostenerstattungsansprüche zustanden, auch in dem Zeitpunkt noch Mitglieder der Gemeinschaft waren, als die Verwalterin die geschuldeten Beträge entgegennahm; die Übertragung des Anteils an dem Erstattungsanspruch (§ 747 Satz 1 BGB entsprechend) auf den Erwerber eines Wohnungseigentums kommt hier nicht in Betracht; sie hätte gem. §§ 1153, 1154 Abs. 3 i.V.m. § 873 BGB der Eintragung in das Grundbuch bedurft. Doch kommt es nicht darauf an, ob die eingetragenen Gläubiger noch mit den Wohnungseigentümern identisch sind. Denn der Zahlungsverkehr mit der Gemeinschaft ist über den Verwalter und über die Gemeinschaftskonten abzuwickeln unabhängig davon, ob die Gläubiger einer Forderung – hier wird es auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, bei einer durch Hypothek gesicherten Forderung auf die Eintragung in das Grundbuch ankommen – bei Tilgung der Forderung noch Wohnungseigentümer sind oder nicht; der Verwalter ist gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 WEG zur Vertretung auch derjenigen Wohnungseigentümer berechtigt, die zwar Gläubiger der Forderung, im Zeitpunkt der Tilgung aber nicht mehr Wohnungseigentümer sind. Denn sonst wäre es für den Schuldner, sei er nun Dritter oder einer der Wohnungseigentümer, in vielen Fällen mit unzumutbaren Schwierigkeiten verbunden, die Gläubiger einer Verbindlichkeit zu ermitteln und mit schuldbefreiender Wirkung zu leisten (vgl. *Bader*, in: „Partner im Gespräch" Band 17, 215/228 f.). Auch bei einem Wechsel in der Person von Wohnungseigentümern bleibt die Empfangnahme von Zahlungen, mit denen zu irgendeinem Zeitpunkt begründete gemeinschaftliche Forderungen der Wohnungseigentümer beglichen werden, eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Wohnungseigentümer und ein Geschäft der laufenden Verwaltung.

Die Zahlung kann praktisch nur über den Verwalter und ein Gemeinschaftskonto abgewickelt werden; ein solches Konto steht immer den jeweiligen Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft zu. Schwierigkeiten, die sich unter Umständen für den Verwalter bei der Verteilung des gezahlten Betrags ergeben, können demgegenüber in Kauf genommen werden. Bei der Veräußerung eines Wohnungseigentums wird in der Regel der Anteil an gemeinschaftlichen Forderungen oder Guthaben mitübertragen, sodaß Wohnungseigentümer und Gläubiger weiterhin identisch sind; es wird sich bei dem Anteil eines Wohnungseigentümers meist auch um einen so geringen Betrag handeln, daß Weiterungen nicht zu befürchten sind.

(3) Die löschungsfähige Quittung der Verwalterin reicht also zum Nachweis dafür aus, daß die im Grundbuch eingetragenen Sicherungshypotheken auf den Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Hälfteanteils übergegangen sind; der Senat hält die im Beschluß vom 15.10.1984 (BayObLGZ 1984, 239/244 [= MittBayNot 1985, 28 = DNotZ 1985, 424]) geäußerten Zweifel nicht aufrecht. Daran, daß gemäß § 1115 Abs. 1 BGB alle Wohnungseigentümer als Gläubiger einer Zwangssicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen werden müssen (ebenso OLG Celle RPfleger 1986, 484; LG Aachen RPfleger 1994, 496), hält der Senat aber fest.

3. Für das weitere Verfahren wird bemerkt: Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sind nur die Zwischenverfügung des Grundbuchamts und die darin genannten Eintragungshinder-

nisse. Die Aufhebung der Zwischenverfügung durch den Senat enthebt das Grundbuchamt nicht der Prüfung, ob auch im übrigen alle Voraussetzungen für die Löschung der Sicherungshypothek vorliegen. Antrag und Löschungsbewilligung des Beteiligten zu 1 als unmittelbar Betroffenem (§ 13 Abs.1 Satz 2, § 19 GBO) ergeben sich aus Abschnitt X 2 der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 22.1.1993. Voraussetzung für die Löschung ist weiter der Nachweis, daß G. bei Ausstellung der löschungsfähigen Quittung Verwalterin der Wohnanlage der Beteiligten gewesen ist. Dieser Nachweis ist gemäß § 24 Abs. 6, § 26 Abs. 4 WEG zu führen; in der löschungsfähigen Quittung ist dazu in zulässiger Weise (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 61) auf Grundakten desselben Amtsgerichts Bezug genommen.

Nachzuweisen ist auch, daß die Wohnungseigentümergemeinschaft, für deren Mitglieder die Sicherungshypotheken eingetragen sind, identisch ist mit der Gemeinschaft, zu deren Verwalterin Frau G. bestellt ist. Aus den Eintragungsvermerken selbst geht nicht hervor, um welche Wohnungseigentümergemeinschaft es sich handelt; es ergibt sich aber aus den dort als Eintragungsgrundlage in bezug genommenen Kostenfestsetzungsbeschlüssen, die dem Grundbuch bei der Eintragung der Sicherungshypotheken in vollstreckbarer Ausfertigung vorgelegen haben müssen und die sich nunmehr in unbeglaubigter Fotokopie bei den Grundakten befinden. Daß G. für diese Gemeinschaft zur Verwalterin bestellt war, muß sich aus der Niederschrift über die Eigentümerversammlung ergeben.

Anmerkung

Wohnungseigentümermeinschaften haben meist neben der Immobilie noch ein „Verwaltungsvermögen". Hierzu gehören u.a. die Konten der Eigentümergemeinschaft, Geräte, das Vorratsvermögen (z.B. Heizöl) und Forderungen der Gemeinschaft. Nach der von *Weitnauer*[1] vertretenen „Miteigentumstheorie", der auch die Rechtsprechung des BayObLG gefolgt ist[2], erstreckt sich das Gemeinschaftsvermögen nur auf das Grundstück und Gebäudeteile, nicht aber auf das Verwaltungsvermögen. Wegen letzterem besteht „schlichtes Bruchteilseigentum" und zwar für jeden Gegenstand dieses Vermögens eine besondere Bruchteilsgemeinschaft[3]. Ist eine Wohnung veräußert worden, so bleibt der Veräußerer Miteigentümer des im Zeitpunkt der Veräußerung vorhandenen Verwaltungsvermögens, sofern nicht eine Anteilsübertragung auf den Erwerber stattgefunden hat[4].

Wegen der Miteigentumstheorie werden Zwangshypotheken der Wohnungseigentümer für die im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung vorhandenen Eigentümer in Bruchteilsgemeinschaft eingetragen[5]. Im Veräußerungsfall kann die übliche Abtretungsklausel nicht helfen, wonach alle Rechte des Veräußerers am Verwaltungsvermögen auf den Erwerber übertragen werden; denn nach § 1153 Abs. 2 BGB ist die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragbar, diese kann aber nur durch Einigung und Grundbuchumschreibung abgetreten werden (§§ 1154 Abs. 3, 873, 878 BGB). Letzteres wird kaum jemals veranlaßt. Die Einholung von Löschungsbewilligungen aller Wohnungseigentümer als Gläubiger kann jedoch Schwierigkeiten bereiten, vor allem dann, wenn einzelne Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft ausgeschieden sind und daher an einer Erledigung der Angelegenheit kein Interesse haben, von der Kostenfrage ganz abgesehen.

In dieser Situation bietet der Beschluß des BayObLG vom 23.2.1995 einen praktischen Ausweg. Diese Entscheidung ist voll zu begrüßen. Nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WEG ist der Verwalter ermächtigt, alle Zahlungen entgegenzunehmen, die sich auf Kosten- und Lastenbeiträge der Eigentümer beziehen oder sonst mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen. Dazu gehören auch Zahlungen auf Forderungen der Gemeinschaft, selbst wenn deren Entstehung längere Zeit zurückliegt. Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck des Gesetzes kann es etwas ausmachen, wenn nach der Veräußerung einer oder mehrerer Wohnungen hinsichtlich der Forderung ein anderes Beteiligungsverhältnis besteht als am Grundstück. Auch solche Forderungen sind gemeinschaftlich und unterliegen damit der Verwaltung durch den Verwalter. Ist aber der Verwalter nach dem Gesetz zur Entgegennahme der Zahlung befugt, so ist er auch berechtigt, darüber eine Quittung zu erteilen.

Aufgrund einer solchen notariell beglaubigten „löschungsfähigen Quittung" kann in der Form des § 29 GBO der Nachweis geführt werden, daß die frühere Hypothek dem Eigentümer der belasteten Wohnung als Eigentümergrundschuld zusteht (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 BGB). Unter Vorlage dieser Urkunde kann dann der Wohnungseigentümer die Löschung der Hypothek an seiner Wohnung beantragen.

Notar a.D. *Dr. Ludwig Röll*, Günzburg

---

9. BGB § 1025; GBO § 9 *(Keine amtswegige Eintragung eines Vermerks im Grundbuch des dienenden Grundstücks, wenn herrschendes Grundstück geteilt wird)*

Wird das Grundstück geteilt, für dessen jeweiligen Eigentümer eine Dienstbarkeit besteht, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, die Teilung des herrschenden Grundstücks auf dem Blatte des belasteten Grundstücks zu vermerken. Ein entsprechender Vermerk ist zwar zulässig; es gibt aber keine Rechtsgrundlage dafür, das Grundbuchamt zu dessen Eintragung anzuweisen.

BayObLG, Beschluß vom 6.4.1995 – 2 Z BR 132/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Rudolf Burghart*, Freyung

---

[1] *Weitnauer*, Kommentar zum WEG, 8. Aufl., 1995, vor § 1 Rdrnr. 34, 44; *Augustin*, Kommentar zum WEG, 1983, § 1 Rdnr. 23, 25; die Gegenmeinung ist die Einheitstheorie, sie wird vertreten von *Bärmann*, NJW 1989, 1057; *Böhringer*, BWNotZ 1988, 1; *Linde*, BWNotZ 1987, 24; *Röll*, NJW 1987, 1049; KG v. 15.2.1988, OLGZ 1988, 302

[2] BayObLG v. 15.10.1984, DNotZ 1985, 424 = BayObLGZ 1984, 239 = MittBayNot 1985, 28.

[3] *Weitnauer* wie Fn. 1 § 1 RdNr. 13.

[4] *Weitnauer* wie Fn. 1 § 1 RdNr. 14; BayObLG v. 15.10.1984, BayObLGZ 1984, 174.

[5] BayObLG v. 15.10.1984, DNotZ 1985, 424 = BayObLGZ 1984, 239 = MittBayNot 1985, 28.

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind als Miteigentümer des Grundstücks Flst. 1051/4 der Gemarkung K. zu jetzt noch 1450 m² eingetragen. Für den jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks ist seit dem 3.9.1980 am Grundstück der Beteiligten zu 3 Flst. 1051/3 ein Geh- und Fahrtrecht im Grundbuch eingetragen. Auf dem Blatt des herrschenden Grundstücks ist das Recht nicht vermerkt.

Die Beteiligten zu 1 veräußerten von ihrem ursprünglichen Grundstück zu notarieller Urkunde vom 30.3.1994 zwei Teilflächen von 686 m² und 10 m² (Flst. 1051/6) an die Beteiligten zu 2, die seit dem 5.5.1994 als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind.

In Abschnitt XX der notariellen Urkunde vom 30.3.1994 haben die Beteiligten zu 1 und 2 „unter Hinweis auf § 1025 BGB" beantragt, im Grundbuch der Beteiligten zu 3 zu vermerken, „daß infolge Teilung des herrschenden Grundstücks nunmehr auch der heutige Vertragsgegenstand herschend ist".

Das Grundbuchamt hat diesen Antrag zurückgewiesen; die übrigen Eintragungsanträge hat es vollzogen. Die von den Beteiligten eingelegte Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landgericht es ebenso wie das Grundbuchamt abgelehnt hat, im Grundbuch des belasteten Grundstücks zu vermerken, daß infolge Teilung des Grundstücks des Berechtigten – des sog. „herrschenden Grundstücks" – das Geh- und Fahrtrecht nunmehr auch dem jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Flst. 1051/5 und 1051/6 zusteht. Es fehlt die Rechtsgrundlage dafür, das Grundbuchamt zur Eintragung anzuweisen.

a) Grundsätzlich darf das Grundbuchamt nur solche Eintragungen vornehmen, die durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben oder zugelassen sind. Die Zulässigkeit der Eintragung kann sich auch daraus ergeben, daß das materielle Recht an die Eintragung eine Rechtswirkung knüpft; von überflüssigen Eintragungen ist das Grundbuch im Interesse der Übersichtlichkeit freizuhalten (vgl. BGHZ 116, 392/399 f.; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 14). Überflüssig ist eine Eintragung insbesondere dann, wenn sie Rechtswirkungen wiederholt, die sich ohnehin aus dem Gesetz ergeben (BayObLGZ 1953, 246/251 [= DNotZ 1953, 531]; *Meikel/Sieveking*, GBR, 7. Aufl., Einleitung C 9 und C 18; *Haegele/Schöner/Stöber*, GBR, 10. Aufl., Rdnr. 28, jeweils m.w.N.).

Dies trifft auf den Vermerk zu, dessen Eintragung beantragt ist. Die Teilung des herrschenden Grundstücks nach Begründung der Grunddienstbarkeit ergibt sich aus der Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblatts dieses Grundstücks, die sich daran in der Regel anschließende Rechtsfolge ohne weitere Eintragung in das Grundbuch aus § 1025 Satz 1 BGB. Die Eintragung des Vermerks wie beantragt auf dem Blatt des belasteten Grundstücks wäre rechtlich bedeutungslos; sie ist damit überflüssig.

b) Bei der beantragten Eintragung würde es sich entgegen der Ansicht der Beteiligten auch nicht um einen Klarstellungsvermerk handeln. Ein solcher Vermerk kommt in Betracht, wenn eine Eintragung unklar gefaßt und der Vermerk geeignet ist, Zweifel zu beseitigen und Umfang sowie Inhalt des eingetragenen Rechts karzustellen (vgl. BayObLGZ 1988, 124/126; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 7; *Meikel/Sieveking*, GBO, Einleitung C 28). Im vorliegenden Fall gibt es aber keine unklaren Eintragungen. Wer jetzt Berechtigter der im Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragenen Grunddienstbarkeit ist, läßt sich anhand dieser Eintragung und der nach der Eintragung in Buchung und Bestand des herrschenden Grundstücks vorgenommenen Änderungen zweifelsfrei ermitteln; darüber, ob die regelmäßige Rechtsfolge der Teilung des herrschenden Grundstücks (§ 1025 Satz 1 BGB) oder die Ausnahme (§ 1025 Satz 2 BGB) eingreift, würde auch der ergänzende Vermerk nichts aussagen.

In Wirklichkeit geht es den Beteiligten zu 1 und 2 um eine Erleichterung bei der Lektüre des Grundbuchs und der Ermittlung der sich aus dem Grundbuch ergebenden Rechtslage. Die Feststellung, daß das Geh- und Fahrtrecht nunmehr auch dem jeweiligen Eigentümer der Grundstücke 1051/5 und 1051/6 zusteht, kann nur über das geschlossene Grundbuchblatt des ursprünglichen Grundstücks Flst. 1051/4 oder über das vom Grundbuchamt gemäß § 21 Abs. 9 AktO zu führende Grundstücksverzeichnis sowie über die Eintragungen im Bestandsverzeichnis des jetzigen Grundbuchblatts des Grundstücks Flst. 1051/4 getroffen werden. Dieses Umweges bedürfte es nicht, wenn im Grundbuch des belasteten Grundstücks vermerkt würde, daß das dort allein genannte herrschende Grundstück Flst. 1051/4 nunmehr in die Grundstücke 1051/4 (neu), 1051/5 und 1051/6 aufgeteilt ist (und an welcher Stelle diese Grundstücke nunmehr gebucht sind). Durch einen solchen Vermerk würde auch, wie den Beteiligten zu 1 und 2 einzuräumen ist, die Gefahr vermindert, daß die Teilung des herrschenden Grundstücks übersehen und dieses Recht etwa versehentlich ohne die Bewilligung der Eigentümer des Grundstücks Flst. 1051/5 und 1051/6 gelöscht wird. Gegen die Eintragung eines entsprechenden Vermerks wäre deshalb auch nichts einzuwenden; er wäre, obwohl überflüssig, nicht seinem Inhalt nach unzulässig (vgl. RGZ 132, 106/112 ff.; BayObLGZ 1952, 141/145; 1953, 246/251 [= DNotZ 1953, 531]; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 14). Andererseits ist zu bedenken, daß der Vermerk dazu verleiten könnte, in allen Fällen, in denen er nicht eingetragen ist, die erforderliche sorgfältige Prüfung zu unterlassen, ob außer dem auf dem Blatt des belasteten Grundstücks eingetragenen herrschenden Grundstück infolge einer Teilung weitere herrschende Grundstücke entstanden sind. Jedenfalls verletzen Landgericht und Grundbuchamt nicht das Gesetz, wenn sie die Eintragung des Vermerks ablehnen (BayObLG a.a.O.; KG KGJ 35 A, 325/326). Dafür, daß nichts übersehen und bei Eintragungen, insbesondere Löschungen, keine gesetzlichen Vorschriften verletzt werden, sind allein die Organe des Grundbuchamts verantwortlich. Es fehlt dem Rechtsbeschwerdegericht (§ 78 GBO) eine Rechtsgrundlage dafür, das Grundbuchamt zu der beantragten Eintragung anzuweisen. Dem stünde auch entgegen, daß das Grundbuchamt in der Fassung von Eintragungsvermerken frei und an Vorschläge zu Wortlaut und Ausführlichkeit nicht gebunden ist (BayObLG RPfleger 1989, 309/310; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 13; KEHE/*Ertl*, GBR, 4. Aufl., Einleitung B 37).

Nichts anderes besagen die Belege aus Rechtsprechung und Literatur, auf die sich die Beteiligten zu 1 und 2 berufen und die einen Vermerk über die Teilung des herrschenden Grundstücks für eintragungsfähig halten (KG NJW 1975, 697/698 [= DNotZ 1975, 161]; MünchKomm-BGB/*Falckenberg*, 2. Aufl., Rdnr. 2, *Erman/Baumert*, BGB, 9. Aufl., Rdnr. 2 jeweils zu § 1025). Der Ansicht von *Hettinger* (Die Rechtslage der Grundstückslasten bei Grundstücksteilung, Würz-

burger Dissertation 1988, S. 257), der den jeweiligen Eigentümern der durch die Teilung entstandenen Grundstücke einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs des belasteten Grundstücks gemäß § 894 BGB zubilligt, vermag der Senat nicht zu folgen; die veränderte Rechtslage bei der Grunddienstbarkeit ergibt sich schon aus den Eintragungsvermerken im Bestandsverzeichnis des ursprünglichen herrschenden Grundstücks, das Grundbuch ist nicht unrichtig. Auch sonst werden Veränderungen der Grundbuchstelle oder im Bestand eines Grundstücks bei den Berechtigungen, die mit dem Grundstück verbunden sind oder bei Belastungen in aller Regel nicht zusätzlich verlautbart, soweit sie sich aus dem Bestandsverzeichnis ergeben. Der Aufsatz von *Reuter* in ZRP 1988, 199 f., auf den sich die Beteiligten zu 1 und 2 gleichfalls berufen, geht auf die hier einschlägige Frage nicht ein, sondern befaßt sich nur allgemein mit den Gefahren und Problemen, die die Teilung des herrschenden Grundstücks und die Löschung von Grunddienstbarkeiten nach der Teilung mit sich bringt. ...

3. In der Begründung zur Erinnerung gegen den Beschluß des Grundbuchamts haben die Beteiligten zu 2 für den Fall, daß ihrem in erster Linie gestellten Antrag nicht stattgegeben werde, beantragt, das Geh- und Fahrtrecht gemäß. § 9 Abs. 1 Satz 1 GBO bei ihren Grundstücken Flst. 1051/5 und 1051/6 zu vermerken. Die Beteiligten zu 2 sind gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt; der Hilfsantrag ist vom Erfolg oder Mißerfolg des in erster Linie gestellten Antrags und damit von einem zulässigen Vorbehalt abhängig gemacht (vgl. BayObLG MittBayNot 1972, 228; *Meikel/Sieveking,* GBR, § 16 Rdnr. 8). Das Grundbuchamt hätte somit über den Antrag entscheiden müssen und wird dies nunmehr nachzuholen haben.

Die Eintragung des Vermerks ist in zulässiger Weise nur für die Grundstücke Flst. 1051/5 und 1051/6 beantragt. Der Vermerk auf dem Blatt des belasteten Grundstücks (§ 9 Abs. 3 GBO) wird daher, um Unklarheiten und Zweifel auszuschließen, auch zu verlautbaren haben, daß die Grundstücke Flst. 1051/5 und 1051/6 durch Teilung des in der Hauptspalte allein genannten herrschenden Grundstücks Flst. 1051/4 entstanden sind. Die Eintragung des Herrschvermerks hat freilich zu unterbleiben, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen (Lageplan über die Ausübungsstelle des Geh- und Fahrtrechts; Lage der neugebildeten Grundstücke Flst. 1051/5 und 1051/6, wie sie sich aus Veränderungsnachweis und Liesenschaftskataster ergibt) mit Sicherheit ergeben sollte, daß das Geh- und Fahrtrecht einem der durch Teilung entstandenen neuen Grundstück keinerlei Vorteile bringt; denn dann wäre es insoweit gemäß § 1025 Satz 2 erloschen.

---

10. GBO § 18; GrEStG § 1, § 22 Abs. 1 *(Unzulässigkeit mehrerer Zwischenverfügungen hintereinander, die denselben Antrag betreffen; Übernahme des Handelsgeschäfts einer KG mit Grundbesitz durch Kommanditisten grunderwerbsteuerpflichtig)*

1. **In einer Zwischenverfügung sind sämtliche der Eintragung entgegenstehende Hindernisse aufzuzeigen. Der Grundbuchrechtspfleger hat daher bei Erlaß einer Zwischenverfügung sorgfältig zu prüfen, ob weitere Eintragungshindernisse bestehen. Unterläßt er eine solche Prüfung und beanstandet mehrere Eintragungshindernisse durch mehrere Zwischenverfügungen hintereinander, verletzt er seine Amtspflichten; es besteht die Gefahr von Schadensersatzansprüchen. Eine Zwischenverfügung kann jedoch auch dann im Rechtsmittelweg nicht beseitigt werden, wenn das zugrundeliegende Eintragungshindernis bereits mit einer früheren Zwischenverfügung hätte beanstandet werden können und müssen.**

2. **Das Grundbuchamt hat in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ob ein Rechtsvorgang unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt. Nur wenn dies der Fall ist, darf es im Weg der Zwischenverfügung eine Unbedenklichkeitsbescheinigung verlangen.**

3. **Die Übernahme des Handelsgeschäfts einer Kommanditgesellschaft, zu deren Vermögen Grundstücke gehören, durch einen Kommanditisten stellt einen grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgang dar.**

BayObLG, Beschluß vom 6.4.1995 – 2 Z BR 24/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

---

11. GBO § 53 Abs. 1 Satz 2; FGG § 18 *(Amtslöschung inhaltlich unzulässiger Eintragung einer Grunddienstbarkeit am Grundstück einer Wohnungseigentümergemeinschaft)*

1. **Ist das im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer stehende Grundstück mit einem Wegerecht belastet, muß die Grunddienstbarkeit in der zweiten Abteilung sämtlicher Wohnungsgrundbücher in der Weise eingetragen werden, daß die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar ist; andernfalls liegt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor.**

2. **Eine Vervollständigung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung ist nicht zulässig; in Betracht kommt nur die Amtslöschung.**

3. **Eine inhaltlich unzulässige Grundbucheintragung kann nicht Grundlage für einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sein.**

4. **Es bleibt offen, ob Entscheidungen im Grundbuchverfahren materielle Rechtskraft zukommt.**

BayObLG, Beschluß vom 27.4.1995 – 2 Z BR 31/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 kauften im Jahre 1983 von einem Bauträger zum Miteigentum je zur Hälfte eine Wohnung; für sie wurde am 4.5.1983 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Am 20.7.1989 wurden sie als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Die Beteiligten zu 2 bis 4 erwarben von demselben Bauträger jeweils eines der auf Nachbargrundstücken errichteten drei Einfamilienhäuser und sind als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Der Bauträger stellte im Jahr 1985 eine Verbindung zwischen der auf dem Grundstück der Wohnungseigentumsanlage errichteten Tiefgarage und den Einfamilienhäusern durch einen unterirdischen Gang her. Die Beteiligten zu 2 bis 4 erwarben in der Tiefgarage einen Stellplatz und benutzen den unterirdischen Gang, um von ihrem Anwesen zu der Tiefgarage zu gelangen.

In Abteilung II des Wohnungsgrundbuchs für das Wohnungseigentum der Beteiligten zu 1 wurde am 21.7.1986 im Rang vor der Auflassungsvormerkung wie bei den anderen Wohnungen der Anlage eine Grunddienstbarkeit eingetragen. Der Grundbucheintrag lautet:

> Auflösend bedingtes Mitbenützungsrecht des unterirdischen Ganges für jeweiligen Eigentümer der Flst. ...; gemäß Bewilligung vom 22.4.1986; Rang vor II/1; ...

In einem früheren Verfahren wies das Landgericht am 4.12.1991 das Grundbuchamt an, im Grundbuch der Beteiligten zu 1 in Abteilung II bezüglich des Rangvermerks „Rang vor II/1" gem. § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen. Der Widerspruch wurde am 15.4.1992 ohne Angabe eines Berechtigten eingetragen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 gegen die Ablehnung des Grundbuchamts, einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung der Grunddienstbarkeit einzutragen, wies das Landgericht zurück.

Mit rechtskräftigem Urteil des Amtsgerichts vom 3.11.1992 wurde die Klage des Beteiligten zu 1 gegen die Beteiligten zu 2 bis 4 auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, daß die Grunddienstbarkeit im Rang hinter die Auflassungsvormerkung zurückzutreten habe, mit der Begründung abgewiesen, die Beteiligten zu 2 bis 4 hätten die Grunddienstbarkeit im Rang vor der Auflassungsvormerkung gutgläubig erworben.

Die Beteiligten haben angeregt, die Grunddienstbarkeit von Amts wegen zu löschen. Das Grundbuchamt hat dies mit Beschluß vom 18.2.1994 abgelehnt. Das Landgericht hat auf die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1 mit Beschluß vom 7.2.1995 das Grundbuchamt angewiesen, die Grunddienstbarkeit zu löschen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3. Inzwischen hat das Grundbuchamt die Grunddienstbarkeit gelöscht. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Grunddienstbarkeit sei als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen. Ein einzelnes Wohnungs- oder Teileigentum könne nicht mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, die Belastung müsse sich vielmehr auf die Gesamtheit der Wohnungs- und Teileigentumsrechte erstrecken. Die Grunddienstbarkeit müsse in sämtliche Wohnungsgrundbücher eingetragen werden; ferner müsse kenntlich gemacht werden, daß nicht das einzelne Wohnungseigentum, sondern das gesamte Grundstück belastet sei. Dieses Erfordernis, das hier nicht beachtet worden sei, ergebe sich zwar rechtsbegründend nicht aus § 4 der Wohnungsgrundbuchverfügung (WGV), sondern unmittelbar aus § 873 BGB. Ohne Hinweis auf die Eintragung der Dienstbarkeit in den anderen Wohnungsgrundbüchern desselben Grundstücks sei die Eintragung unvollständig. Bei unvollständiger Eintragung komme das Recht nicht zur Entstehung.

Die Beteiligten zu 2 bis 4 hätten die Grunddienstbarkeit auch nicht gutgläubig erworben, da hinsichtlich inhaltlich unzulässiger Eintragungen kein Gutglaubensschutz bestehe.

Die erforderliche Verweisung auf die gleichlautenden Eintragungen in den übrigen Wohnungsgrundbüchern könne auch nicht nachgeholt werden. Eine Ergänzung aufgrund des ursprünglich vom Bauträger gestellten Eintragungsantrags sei nicht möglich, weil inzwischen die Beteiligten zu 1 und andere Personen als Eigentümer eingetragen worden seien. Aufgrund der ihm erteilten Vollmacht könne der Bauträger auch keinen erneuten Antrag stellen, weil die Vollmacht wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam sei.

Die Löschung der inhaltlich unzulässigen Eintragung stehe auch nicht im Widerspruch zum Beschluß der Kammer vom 4.12.1991, durch den die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eintragung der Grunddienstbarkeit abgelehnt worden sei. Entscheidungen in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die nicht der sofortigen Beschwerde unterlägen, könnten nach § 18 FGG nämlich jederzeit abgeändert werden.

Auch das Urteil des Amtsgerichts vom 3.11.1992 hindere die Löschung der Dienstbarkeit nicht, denn Streitgegenstand des Zivilprozesses sei nicht die Frage gewesen, ob die Dienstbarkeit zu löschen sei. In Rechtskraft sei lediglich die Entscheidung darüber erwachsen, daß die Beteiligten zu 1 gegen die Beteiligten zu 2 bis 4 keinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs dahingehend haben, daß ihre Auflassungsvormerkung der Grunddienstbarkeit im Rang vorgehe.

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

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung im Grundbuch von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Dies ist hier der Fall.

a) Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BayObLG RPfleger 1986, 371 [= MittBayNot 1986, 176 = DNotZ 1987, 213]; BayObLGZ 1991, 139/141 f. [= MittBayNot 1991, 170 – nur Leitsatz –; = DNotZ 1992, 670]; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 53 Rdnr. 42). Bei dem eingetragenen Mitbenutzungsrecht handelt es sich um eine inhaltlich unzulässige Eintragung, da ein Wohnungs- oder Teileigentum grundsätzlich nicht mit einem Wegerecht belastet werden kann; mit einem solchen Recht kann nur das im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Grundstück belastet werden (*Demharter*, Anhang zu § 3 Rdnr. 49). Gemäß § 4 WGV muß deshalb auch die Grunddienstbarkeit in der zweiten Abteilung sämtlicher Wohnungsgrundbücher in der Weise eingetragen werden, daß die Belastung des ganzen Grundstücks erkennbar ist; andernfalls liegt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor (*Demharter*, Anhang zu § 3 Rdnr. 69). Die hier eingetragene Grunddienstbarkeit kann nach dem sich aus dem Grundbuch ergebenden Inhalt nicht an einem einzelnen Wohnungseigentum lasten (vgl. BayObLGZ 1991, 139/145 [= MittBayNot 1991, 170 = DNotZ 1992, 670]).

b) Eine Ergänzung der fehlenden Eintragungen ist unstatthaft. Ein rechtlich unzulässiger und daher bedeutungsloser Eintrag ist grundsätzlich einer Ergänzung nicht fähig; außerdem widerspricht eine Vervollständigung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung regelmäßig § 53 Abs.1 Satz 2 GBO. Danach ist nämlich die Löschung das einzige Mittel, um eine unzulässige Eintragung zu beseitigen; eine Ergänzung kommt daneben nicht in Betracht (BayObLG JFG 4, 349/351; KG KGJ 44, 182/189; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 59). Was die Rechtsfolge wäre, wenn das Grundbuchamt gleichwohl eine ergänzende Eintragung vornimmt (vgl. hierzu *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 59), kann offenbleiben. Dies kommt

hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Eintragung inzwischen gelöscht worden ist.

c) Da die Eintragung der Grunddienstbarkeit inhaltlich unzulässig ist, konnte sie auch nicht Grundlage für einen rechtsgeschäftlichen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB) durch die Beteiligten zu 2 bis 4 sein (BayObLGZ 1987, 390/398 [= MittBayNot 1988, 35 = DNotZ 1988, 316]; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 52).

d) Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 und 3 liegt keine nach § 226 BGB unzulässige, weil schikanöse Rechtsausübung durch die Beteiligten zu 1 vor. Ist eine Eintragung wie hier inhaltlich unzulässig, so ist sie von Amts wegen zu löschen.

e) Der Löschung der inhaltlich unzulässigen Eintragung steht die Entscheidung des Landgerichts vom 4.12.1991, durch die die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eintragung der Grunddienstbarkeit zurückgewiesen worden ist, nicht entgegen. Ob Entscheidungen im Grundbuchverfahren materielle Rechtskraft zukommt (vgl. *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrech, 4. Aufl., Einl. A 61; vgl. im übrigen zum Problemkreis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit KG NJW 1955, 1073 f.; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 17; *Keidel/Amelung*, FGG, 13. Aufl., § 18 Rdnr. 8), kann offenbleiben. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Amtslöschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung; die Entscheidung des Landgerichts vom 4.12.1991 betraf die Frage, ob ein Amtswiderspruch einzutragen ist, weil das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Entscheidung des Landgerichts sagt nichts darüber aus, ob die Eintragung der Grunddienstbarkeit inhaltlich unzulässig ist; sie verneint insoweit lediglich eine Unrichtigkeit des Grundbuchs. Es liegen somit verschiedene Verfahrensgegenstände vor.

f) Die Löschung der Grunddienstbarkeit ist auch nicht wegen des Urteils des Amtsgerichts vom 3.11.1992 ausgeschlossen. Es braucht nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit an rechtskräftige zivilgerichtliche Entscheidungen gebunden ist (vgl. dazu BayObLGZ 1987, 325/329; 1991, 334 [= MittBayNot 1992, 134]; OLG Zweibrücken OLGZ 1984, 385 f.; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37). Eine Bindung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit würde jedenfalls nur im Umfang der Rechtskraftwirkung eintreten. Die Rechtskraft wird nach § 322 Abs.1 ZPO auf den unmittelbaren Streitgegenstand des Urteils, d.h. auf die Rechtsfolge beschränkt (BayObLGZ 1987, 325/333). Streitgegenstand des klageabweisenden Urteils des Amtsgerichts ist der Antrag des Klägers gewesen, das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, daß seine Auflassungsvormerkung der Grunddienstbarkeit im Rang vorgeht. Durch die Klageabweisung ist das Gegenteil rechtskräftig entschieden worden; nur dieser Ausspruch könnte bindend sein. Im vorliegenden Verfahren ist diese Frage aber ohne Bedeutung. Die Annahme der inhaltlichen Unzulässigkeit der Grunddienstbarkeit verträgt sich mit der bindend getroffenen Feststellung, daß die Auflassungsvormerkung der Grunddienstbarkeit nicht im Rang vorgeht. Das Urteil im Zivilprozeß hätte nicht anders lauten können, wenn auch dort auf die inhaltliche Unzulässigkeit der Grunddienstbarkeit abgestellt worden wäre.

Hinweis der Schriftleitung:
Vgl. zu diesem Beschluß auch den Aufsatz von *Amann*, in diesem Heft S. 267.

---

12. BGB § 883; GBO § 22; ZPO §§ 322, 325 *(Bindungswirkung eines Urteils bezüglich Löschbarkeit aufgrund Unrichtigkeitsnachweises für das Grundbuchamt)*

Wird die Löschung einer Auflassungsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises beantragt, so ist das zwischen den Beteiligten des Grundbucheintragungsverfahrens ergangene rechtskräftige Urteil, mit dem die auf Feststellung der Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags gerichtete Klage abgewiesen wurde, für das Grundbuchamt bindend.

Wird die Klage aber nach den Entscheidungsgründen nur als „derzeit unbegründet" abgewiesen, so kann das Urteil nicht Grundlage für die Löschung der Vormerkung sein.

BayObLG, Beschluß vom 27.4.1995 – 2 Z BR 5/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 19.8.1991 bot er den Beteiligten zu 2 als Gesellschaftern bürgerlichen Rechts den Kauf einer noch zu vermessenden Teilfläche des Grundstücks an; die Beteiligten zu 2 nahmen das Angebot zu notarieller Urkunde vom 4.12.1991 an. Das Grundbuchamt trug zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs am 11.12.1991 antragsgemäß eine Auflassungsvormerkung für sie ein.

Gemäß der Angebotsurkunde sollten an der Teilfläche zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Restgrundstücks ein Geh- und Fahrtrecht sowie Leitungsrechte bestellt werden. In Abschnitt XIII ist in diesem Zusammenhang u.a. bestimmt:

> Der Verlauf des eingeräumten Geh- und Fahrtrechtes sowie der Ver- und Entsorgungsleitungen ist heute noch nicht bekannt. Der Verlauf wird sich erst aufgrund der neu vorzunehmenden Planungen auf dem Grundstück des Käufers ergeben. ...
>
> Der genaue Verlauf wird daher zwischen den Vertragsteilen bei Beurkundung der Messungsanerkennung und Auflassung für das Grundbuchamt genau festgelegt.

Da es der Beteiligte zu 1 ablehnte, die inzwischen vermessene Teilfläche an die Beteiligten zu 2 aufzulassen, erhoben diese Klage, u.a. mit den Anträgen, den Beteiligten zu 1 zur Übereignung zu verurteilen, hilfsweise festzustellen, daß der Kaufvertrag gemäß den notariellen Urkunden vom 19.8. und 4.12.1991 rechtswirksam sei. Die Klage ist rechtskräftig abgewiesen; nach Ansicht des Oberlandesgerichts können die Beteiligten zu 2 jedenfalls derzeit aus dem Vertrag keine Ansprüche gegen den Beteiligten zu 1 herleiten, da Art und Umfang der Bebauung sowie Nutzung der Teilfläche nach wie vor ungewiß seien.

Gestützt auf diese Urteile hat der Beteiligte zu 1 beantragt, die für die Beteiligte zu 2 eingetragene Auflassungsvormerkung zu löschen. Das Grundbuchamt hat den Antrag, das Landgericht das dagegen gerichtete Rechtsmittel zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Nachweis, daß die Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Beteiligten zu 2 das Grundbuch unrichtig macht, ist nicht geführt.

(1) Der Beteiligte zu 1 beruft sich zum Nachweis der Unrichtigkeit allein auf die rechtskräftige Abweisung des Feststellungsantrags im Zivilprozeß, daß der Kaufvertrag vom 19.8./4.12.1991 wirksam sei. Andere Nachweismöglichkeiten sind auch nicht ersichtlich. Aus den Urteilen ergibt sich dies jedoch nicht.

Die Vormerkung ist in ihrer Entstehung und ihrem Bestand abhängig vom Anspruch, den sie sichern soll; ist der

Anspruch nicht wirksam begründet worden, dann besteht auch die zu seiner Sicherung eingetragene Vormerkung nicht und das Grundbuch ist unrichtig. Das gleiche gilt, wenn der Anspruch, etwa durch Aufhebung des Vertrags, endgültig erloschen ist (vgl. BGHZ 60, 46/50 [MittBayNot 1973, 87 = DNotZ 1973, 367]; BGH NJW 1981, 447/448 [= MittBayNot 1981, 19 = DNotZ 1981, 181]; BayObLG DNotZ 1989, 363 m.w.N.; BayObLG, RPfleger 1993, 58/59 [= MittBayNot 1992, 395 = DNotZ 1993, 386]; *Palandt/Bassenge,* BGB, 54. Aufl., Rdnr. 2 und 4, MünchKomm-BGB/*Wacke,* 2. Aufl., Rdnr. 6, *Staudinger/Gursky*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 9, jeweils zu § 886). Dient die Vormerkung der Sicherung eines künftigen Anspruchs, so gilt das gleiche, wenn endgültig feststeht, daß der Anspruch nicht mehr entstehen kann; die Rechtslage entspricht hier derjenigen bei der Sicherung eines aufschiebend bedingten Anspruchs (BayObLG a.a.O. m.w.N.).

(2) Das Urteil, das eine positive Feststellungsklage als unbegründet abweist, stellt das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses mit Rechtskraftwirkung fest; dabei ist aus Entscheidungsformel und -gründen zu entnehmen, welches Rechtsverhältnis rechtskräftig verneint wird und in welchem Umfang (vgl. BGH NJW 1987, 371; 1994, 659; BayObLGZ 1987, 325/333; *Thomas/Putzo,* ZPO, 19. Aufl., Rdnr. 24; *Stein-Jonas/Schumann,* ZPO, 20. Aufl., Rdnr 167, jeweils zu § 256; *Zöller/Vollkommer,* ZPO, 19. Aufl., § 322 Rdnr. 12). Das rechtskräftige Urteil wirkt gem. § 325 Abs. 1 ZPO zwischen den Prozeßparteien; da diese mit den Beteiligten des Grundbuchberichtigungsverfahrens identisch sind, ist die Entscheidung des Prozeßgerichts über das Bestehen des Kaufvertrags und damit des Eigentumsverschaffungsanspruchs der Beteiligten zu 2 im Umfang der Rechtskraft auch in diesem Verfahren bindend. Der Senat könnte nicht das Bestehen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruhs bejahen, wenn er sich damit in Widerspruch zur Rechtskraftwirkung der im Zivilprozeß erlassenen Urteile stellte (vgl. BayObLGZ 1991, 334/336 m.w.N [= MittBayNot 1992, 134]).

(3) Aus dem Urteil des Oberlandesgerichts ergibt sich, daß das Bestehen des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht endgültig und ohne Einschränkung verneint wird. Das Gericht führt aus, daß die Beteiligten zu 2 „jedenfalls derzeit" keine Ansprüche aus dem Kaufvertrag herleiten könnten (S. 8, S. 13), daß eine „Unausfüllbarkeit" des Vertrags (d.h. eine vertragliche Regelung der in Abschnitt XIII offengelassenen Punkte) „derzeit" anzunehmen sei (S. 10, 12). Dies bedeutet, daß den Beteiligten zu 2 nur zu dem für die Entscheidung maßgebenden Zeitpunkt, dem Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, kein durchsetzbarer Anspruch aus dem Kaufvertrag zugestanden hat, daß sich dies aber in Zukunft ändern kann, wenn die Voraussetzungen für die in Abschnitt XIII vorgesehene genaue Festlegung der Wege und Leitungen gegeben sind (vgl. BGH NJW 1987, 371; WPM 1989, 1897/1899; *Stein-Jonas/Leipold*, ZPO, § 322 Rdnr. 240; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Rdnr. 56–58 vor § 322). Es kann offen bleiben, ob hier, wie das Oberlandesgericht meint, der Fall eines offenen Dissenses im Sinne von § 154 Abs. 1 BGB gegeben ist, obwohl die Vertragsparteien für den von ihnen als offen erkannten Punkt ausdrücklich eine Vertragsergänzung vorgesehen haben (vgl. BGH WPM 1966, 142/143 rechte Spalte; BGB-RGRK/*Piper*, 12. Aufl., Rdnr. 5, MünchKomm-BGB/*Kramer*, 3. Aufl., Rdnr. 3, jeweils zu § 154). Entscheidend ist, daß das Oberlandesgericht von der Möglichkeit ausgeht, der Anspruch der Beteiligten zu 2 könne noch voll wirksam werden, und daß es damit nicht im Belieben des Beteiligten zu 1 steht, sich einseitig vom Vertrag vom 19.8./4.12.1991 zu lösen. Er ist vielmehr nach dem Sachstand bei Schluß der mündlichen Verhandlung weiterhin an den Vertrag gebunden. Die Voraussetzungen für die Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs aus diesem Vertrag durch Vormerkung sind damit durch die Urteile im Zivilprozeß nicht bindend verneint. Auf den Nachweis, daß der Dissens noch bestehe, kommt es nicht an.

---

13. GBO § 53 Abs. 1, § 71 Abs. 2; BGB § 892; FGG § 13; GG Art. 103 Abs. 1; RPflG § 11 Abs. 2; BauGB § 19 *(Nichtbegründung der Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchrichters; Vollmachtsvermutung des Notars bei Grundbuchbeschwerden; Eintragung einer Grundstücksteilung ohne wirksame Teilungsgenehmigung; Gutgläubiger Erwerb von Rechten an den Teilgrundstücken)*

1. **Ist die Nichtabhilfeentscheidung des Rechtspflegers, nicht aber die des Grundbuchrichters begründet, muß den Beteiligten die Nichtabhilfeentscheidung des Rechtspflegers mitgeteilt werden.**
2. **Legt ein Notar in einer Grundbuchsache Beschwerde ein, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß er bevollmächtigt ist, auch wenn die Vorausetzungen des § 15 GBO nicht vorliegen. Jedenfalls kann die Beschwerde nicht mangels Vollmachtsnachweises verworfen werden, ohne daß dem Notar vorher Gelegenheit gegeben wird, die Vollmacht nachzuweisen.**
3. **Die Eintragung der Teilung eines Grundstücks steht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Dagegen ist daher nur die beschränkte, auf die Eintragung eines Amtswiderspruchs gerichtete Beschwerde zulässig.**
4. **Durch die Eintragung einer Grundstücksteilung in das Grundbuch ohne wirksame Teilungsgenehmigung wird das Grundbuch unrichtig. Durch die Eintragung von Auflassungsvormerkungen und Grundschulden an einzelnen der neu gebildeten Grundstücke kann aber das Grundbuch kraft guten Glaubens der Begünstigten hinsichtlich der Teilung insgesamt richtig werden.**
5. **Der Grundbuchrechtspfleger hat eigenverantwortlich zu prüfen, ob die im Grundbuch vollzogene Teilung durch den Genehmigungsbescheid gedeckt ist. Nimmt der Bescheid auf einen Vermessungsantrag Bezug, muß auch dieser vorgelegt sein.**

BayObLG, Beschluß vom 11.5.1995 – 2 Z BR 30/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte war im Grundbuch als Eigentümerin des Grundstücks Flst. 282/37 eingetragen. Auf dem Grundstück sollten vier Wohnhäuser und vier Garagen errichtet werden. Zu diesem Zweck teilte die Beteiligte das Grundstück in ein zusammenhängendes Haus- und Garagengrundstück, drei Haus- und drei Garagengrundstücke sowie ein Hof- und Wegegrundstück, das einen Zugang zu den künftigen Teilgrundstücken schaffen sollte.

Für die Erwerber des künftigen Haus- und Garagengrundstücks sowie eines Haus- und eines Garagengrundstücks wurden wegen entsprechender Teilflächen und wegen eines Miteigentumsanteils an der das künftige Hof- und Wegegrundstück bildenden Teilfläche Auflassungsvormerkungen eingetragen.

Gemäß Veränderungsnachweis Nr. 585 wurde das Flst. 282/37 in insgesamt acht Flurstücke zerlegt. Nach dem Veränderungsnachweis ist das künftige Hof- und Wegegrundstück in seinem Wegeteil entlang eines der künftigen Garagengrundstücke wesentlich schmaler als im übrigen Teil.

Am 28.9.1994 beantragten die Beteiligte und die beiden Erwerber den Vollzug der Teilungen entsprechend dem Veränderungsnachweis, ferner die Beschränkung der eingetragenen Vormerkungen auf die jeweils betroffenen neugebildeten Grundstücke und die Freigabe der übrigen Grundstücke. Hierzu legten sie einen Bescheid des Landratsamts vor, in dem die Teilungsgenehmigung nach dem Baugesetzbuch erteilt wurde. In dem Bescheid ist die Beteiligte genannt, ferner das Grundstück Flst. 282/37 und ein Antrag vom 24.1.1994, für den die Genehmigung erteilt wurde. Der Inhalt des Antrags ist weder aus dem Bescheid noch sonst aus den Grundakten ersichtlich. Das Grundbuchamt vollzog am 23.11.1994 die Teilung entsprechend dem Veränderungsnachweis im Grundbuch und trug dort die Beschränkung der Auflassungsvormerkungen auf die neugebildeten Grundstücke und die Freigabe der übrigen ein. Am 28.11.1994 wurden an dem Haus- und dem Garagengrundstück eines der beiden Erwerber Grundschulden eingetragen und an einem weiteren Haus- und einem Garagengrundstück sowie wegen eines Miteigentumsanteils an dem Hof- und Wegegrundstück am 31.3.1995 Auflassungsvormerkungen.

Am 22.12.1994 hat der Urkundsnotar gegen die Eintragung der Grundstücksteilung Erinnerung/Beschwerde eingelegt. Er ist der Meinung, es liege keine wirksame Teilungsgenehmigung vor; im übrigen entspreche der Veränderungsnachweis nicht dem Vermessungsantrag. Rechtspfleger und Grundbuchrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Der Grundbuchrichter hat im Gegensatz zum Rechtspfleger seine Nichtabhilfeentscheidung nicht begründet, die Erinnerung dem Landgericht vorgelegt und den Notar von der Nichtabhilfe unterrichtet. Das Landgericht hat durch Beschluß vom 6.3.1995 „die Beschwerde des Urkundsnotars" als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die von dem Notar namens der Beteiligten eingelegte weitere Beschwerde. Das Rechtsmittel hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

3. a) Die Beteiligte beanstandet zunächst, daß ihr die Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchrichters samt Begründung nicht vor der Entscheidung durch das Landgericht bekanntgegeben wurde. Nach § 11 Abs. 2 Satz 4 RPflG legt der Richter, wenn er über eine Erinnerung gegen die Entscheidung des Rechtspflegers nicht gem. § 11 Abs. 2 Satz 3 RPflG selbst entscheidet, „die Erinnerung dem Rechtsmittelgericht vor und unterrichtet die Beteiligten davon". Dem Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmung ist Genüge getan worden. Ob der Richter, der eine Erinnerung für unbegründet erachtet und sie deshalb dem Rechtsmittelgericht vorlegt, seine Nichtabhilfeentscheidung in jedem Fall begründen muß, so daß die Beteiligten auch hiervon unterrichtet werden müssen, ist umstritten. In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Notwendigkeit einer Begründung überwiegend bejaht (s. dazu einerseits *Arnold/Meyer-Stolte*, RPflG, 4. Aufl., Rdnr. 35 ff., andererseits *Bassenge/Herbst*, FGG/RPflG, 6. Aufl. Anm. 7, jeweils zu § 11 RPflG und jeweils m.w.N.). Im Gegensatz zum Rechtspfleger hat der Grundbuchrichter seine Nichtabhilfeentscheidung nicht näher begründet. In jedem Fall hätte das Landgericht unter dem Gesichtspunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 91 Abs. 1 BV) vor seiner Entscheidung der Beteiligten die ausführliche Begründung der Nichtabhilfeentscheidung des Rechtspflegers zugänglich machen müssen, die sich der Richter – wenn auch nicht ausdrücklich – in seiner unbegründeten Nichtabhilfeentscheidung ersichtlich zu eigen gemacht hat. Abgesehen davon hätte dem Notar auf seine Anfrage hin vor der Entscheidung über die Beschwerde wenigstens mitgeteilt werden müssen, daß die Nichtabhilfeentscheidung des Richters nicht begründet wurde.

b) Zu Recht rügt die Beteiligte jedoch, daß die Beschwerde wegen mangelnden Vollmachtsnachweises verworfen wurde, ohne daß sie vorher auf diesen vom Landgericht angenommenen Mangel hingewiesen und ihr Gelegenheit gegeben wurde, ihn zu beheben. Aus dem auch in Grundbuchsachen anwendbaren (vgl. *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 40) § 13 Satz 3 FGG ergibt sich, daß das Gericht zwar eine Bevollmachtigung von Amts wegen zu prüfen hat, die Vollmacht aber grundsätzlich dem Gericht nur auf Verlangen nachzuweisen ist. Ein Antrag oder ein Rechtsmittel kann daher nicht ohne weiteres mangels Vollmachtsnachweises zurückgewiesen werden; vielmehr ist unter dem sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergebenden Verbot einer verfassungswidrigen Überraschungsentscheidung zunächst dem Beteiligten Gelegenheit zu geben, den Nachweis der Bevollmächtigung zu erbringen (*Keidel/Zimmermann*, FGG, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 15). Dies ist hier nicht geschehen.

4. Im Hinblick auf den angeführten Rechtsfehler kann die Entscheidung des Landgerichts, die sich als solche auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (vgl. § 78 GBO, § 563 ZPO), keinen Bestand haben. Die Beteiligte hatte inzwischen Gelegenheit, sich zu der Nichtabhilfeentscheidung des Rechtspflegers und der Frage einer Bevollmächtigung zu äußern. Ihr Vortrag macht keine weiteren Ermittlungen erforderlich. Die Sache braucht daher nicht an das Landgericht zurückverwiesen zu werden. Das Rechtsbeschwerdegericht kann vielmehr anstelle des Landgerichts in der Sache abschließend selbst entscheiden.

a) Eine zulässige Erstbeschwerde liegt vor. Tritt ein Notar in einer Grundbuchsache auf, kann grundsätzlich auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 15 GBO nicht vorliegen, ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß er von den Beteiligten bevollmächtigt ist. Dies folgt, wie bei einem Rechtsanwalt, aus seiner besonderen beruflichen Stellung. Von einem Notar kann angenommen werden, daß er sich nicht ohne Auftrag in die Verhältnisse anderer einmischt (vgl. BayObLG RPfleger 1989, 495/96; *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 2, 21; *Keidel/Zimmermann*, FGG, § 13 Rdnr. 15, jeweils m.w.N.). Außerdem spricht die Erfahrung dafür, daß ein Notar, wenn die von ihm im Rahmen des § 15 GBO betriebene Grundbucheintragung aus welchen Gründen auch immer dem Willen der Beteiligten nicht gerecht wird, als von den Beteiligten ermächtigt anzusehen ist, dagegen mit den geeigneten Anträgen und Rechtsmitteln vorzugehen. ... Damit kann offen bleiben, ob sich eine Bevollmächtigung im vorliegenden Fall, wie der Notar meint, schon aus den weitreichenden Vollmachten ergibt, die ihm in den bei den Grundakten befindlichen Urkunden im Zusammenhang mit der Veräußerung von Teilflächen des ursprünglichen Grundstücks erteilt wurden.

b) Das von der Beteiligten mit der Beschwerde gegen die Eintragung der Grundstücksteilung im Grundbuch verfolgte Anliegen hat in der Sache keinen Erfolg.

(1) Gegen die Eintragung der Grundstücksteilung im Grundbuch ist eine unbeschränkte Beschwerde gem. § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO nicht zulässig. Denn die Eintragung steht unter

dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Die Grundstücksteilung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit gem. § 19 Abs. 1, 3 BauGB der Genehmigung durch die Baugenehmigungsbehörde. Die Genehmigungsbedürftigkeit als solche steht hier außer Frage. Nach § 23 Abs. 1 BauGB darf das Grundbuchamt in einem solchen Fall die Teilung im Grundbuch erst vollziehen, wenn der Genehmigungsbescheid vorliegt. Durch die Eintragung einer genehmigungspflichtigen Teilung ohne die erforderliche Genehmigung und damit unter Verstoß gegen § 23 Abs. 1 BauGB wird das Grundbuch unrichtig. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich auch darauf, daß das eingetragene Grundstück rechtlich als solches besteht. Ein gutgläubiger Erwerb an dem durch Teilung entstandenen Grundstück ist daher grundsätzlich möglich (BayObLG MittBayNot 1981, 125/126). Aus alledem folgt, daß gegen die Eintragung einer Grundstücksteilung ohne die erforderliche Genehmigung nur die beschränkte Beschwerde mit dem Ziel zulässig ist, gegen die Eintragung einen Amtswiderspruch einzutragen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO; vgl. auch § 23 Abs. 3 BauGB).

Voraussetzung dafür ist, daß die Eintragung der Grundstücksteilung vom Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen und dadurch das Grundbuch unrichtig wurde (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Dabei muß die Gesetzesverletzung feststehen, während die Grundbuchunrichtigkeit nur glaubhaft sein muß (allg. Meinung; vgl. *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28 m.w.N.). Ein Amtswiderspruch kann kann jedoch nicht mehr eingetragen werden, wenn das zunächst unrichtig gewordene Grundbuch inzwischen, z.B. durch gutgläubigen Erwerb, richtig geworden ist (BayObLG MittBayNot 1981, 125/126; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 26 m.w.N.).

(2) Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung einer Grundstücksteilung eigenverantwortlich nicht nur zu prüfen, ob ein genehmigungspflichtiger Vorgang vorliegt, sondern auch, ob der vorgelegte Genehmigungsbescheid die zu vollziehende Teilung umfaßt. „Teilung" im Sinn des § 19 Abs. 2 BauGB kann schon der an das Vermessungsamt gerichtete Antrag auf Zerlegung eines Flurstücks sein, wenn sich aus dem Antrag ergibt, daß auch eine Teilung im grundbuchrechtlichen Sinn beabsichtigt ist. Wie in dem vom Senat am 3.3.1988 (MittBayNot 1988, 128 [= DNotZ 1988, 782]) entschiedenen Fall, ist auch hier die Genehmigung gem. § 19 Abs. 1 BauGB in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 BayBO a.F. zu einem bestimmten Vermessungsantrag erteilt worden. In diesem Fall lassen sich Inhalt und Umfang der Genehmigung ohne Kenntnis dieses Antrags nicht bestimmen. Weil dem Grundbuchamt der in Bezug genommene Antrag vom 24.1.1994 nicht bekannt war, konnte es nicht prüfen, ob die Genehmigung die von ihm im Grundbuch vollzogene Teilung deckt. Das Grundbuchamt durfte sich auch nicht ohne weiteres darauf verlassen, daß das im Veränderungsnachweis ausgewiesene Messungsergebnis dem Vermessungsantrag vom 24.1.1994 entsprach. Auf die Angaben der Beteiligten und des Notars, der Veränderungsnachweis entspreche dem Vermessungsantrag, auf den sich wiederum der Genehmigungsbescheid bezog, durfte sich das Grundbuchamt ebensowenig verlassen; es hat nämlich in eigener Zuständigkeit und Verantwortung zu prüfen, ob die zu vollziehende Teilung genehmigt ist. Das Grundbuchamt hätte daher mangels eines ausreichend bestimmten Genehmigungsbescheids die Teilung nicht im Grundbuch vollziehen dürfen (vgl. BayObLG MittBayNot 1988, 128 [= DNotZ 1988, 782]). Da dies dennoch geschehen ist, wurde die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Sinn des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO, nämlich des § 23 Abs. 1 BauBG, vorgenommen.

In einer Anmerkung zu der Entscheidung des Senats vom 3.3.1988 hat *Hoffmann* (MittBayNot 1988, 129) die Erwartung geäußert, Genehmigungsbescheide, die deshalb nicht aus sich heraus verständlich und damit nicht prüfungsfähig seien, weil sie auf einen Vermessungsantrag Bezug nehmen, ohne dessen Inhalt offenzulegen, würden nur in einer Übergangsphase auftreten. Dabei verwies er auf ein Schreiben des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 21.3.1986, nach dem Inhalt der Teilungsgenehmigung der dem Vermessungsantrag beigefügte „Lageplan mit exakter Einzeichnung der wegzumessenden Fläche" werde. Diesen Anforderungen entspricht der Genehmigungsbescheid hier nicht. Es ist Sache der Rechtsaufsichtsbehörden, sicherzustellen, daß von den zuständigen Genehmigungsbehörden Bescheide ausgestellt werden, die den gesetzlichen Zweck zu erfüllen in der Lage sind.

(3) Es ist glaubhaft, daß das Grundbuch durch die Eintragung der Grundstücksteilung zunächst unrichtig geworden ist. ....

Soweit das Grundbuch durch die Eintragung der Grundstücksteilung unrichtig wurde, ist es inzwischen aber durch gutgläubigen Erwerb wieder richtig geworden (§ 892 BGB). An einzelnen der neu gebildeten Grundstücke sind nämlich Auflassungsvormerkungen und Grundpfandrechte eingetragen worden. Dies hat zur Folge, daß die bisher möglicherweise wegen der fehlende Teilungsgenehmigung noch nicht vorhandene, für diese Eintragungen aber erforderliche rechtliche Selbständigkeit der betroffenen Grundstücke eingetreten ist (vgl. BayObLG MittBayNot 1981, 125/126). Nicht betroffen sind hier lediglich ein Haus- und ein Garagengrundstück, die keine gemeinsame Grenze haben. Der Eintritt der rechtlichen Selbständigkeit der übrigen Grundstücke hat aber zwangsläufig zur Folge, daß auch diese beiden nicht unmittelbar betroffenen Grundstücke ihre rechtliche Selbständigkeit erlangen, weil sich die Teilung des ursprünglichen Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke als einheitlicher und untrennbarer Vorgang darstellt. Die Eintragung eines Amtswiderspruchs scheidet damit aus.

---

14. BGB §§ 133, 164 ff.; GBO §§ 19, 78 *(Umfang einer Finanzierungsvollmacht)*

1. **Vollmachten, die sowohl zum Abschluß eines materiellrechtlichen Geschäfts als auch zur Abgabe von Grundbucherklärungen ermächtigen, können im Rechtsbeschwerdeverfahren nur beschränkt nachgeprüft werden.**
2. **Eine Vollmacht, durch die der Veräußerer eines Grundstücks den Erwerber ermächtigt, ihn bei der Bestellung von Grundpfandrechten zu vertreten, und die nur unter der Einschränkung steht, daß sie an eine Notarstelle gebunden ist, berechtigt zur Bestellung von Grundschulden in unbeschränkter Höhe.**

BayObLG, Beschluß vom 11.5.1995 – 2 Z BR 32/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und *Dr. Ludwig Hofstetter*, Notar in Marktheidenfeld

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2 verkaufte zu notarieller Urkunde vom 7.3.1994 ein Grundstück zum Preis von 220 000 DM an den Beteiligten zu 1.

Abschnitt IV 6 der Kaufvertragsurkunde („Kaufpreisfinanzierung") hat folgenden Wortlaut:

> Der Veräußerer verpflichtet sich, der Eintragung von Grundpfandrechten für Rechnung des Erwerbers am Vertragsbesitz zuzustimmen. Er übernimmt aber keine persönliche Haftung und im Verhältnis zum Erwerber auch keine Kosten. Diese Grundpfandrechte dürfen auch bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur zur Sicherung des tatsächlich an den Veräußerer ausbezahlten und von den Gläubigern der Grundpfandrechte finanzierten Kaufpreises verwendet werden.
>
> Sämtliche Ansprüche auf Auszahlung der zugrundeliegenden Darlehen werden an den Veräußerer zwecks Bezahlung des Kaufpreises – nach den ausdrücklichen Vereinbarungen dieser Urkunde – abgetreten.
>
> Alle Eigentümerrechte an solchen Grundpfandrechten sind an den Erwerber abgetreten aufschiebend bedingt durch vollständige Kaufpreiszahlung.
>
> Als Anzeige vorstehender Vereinbarungen erhalten die Gläubiger solcher Grundpfandrechte Ausfertigung dieser Urkunde.
>
> Der Veräußerer bevollmächtigt den Erwerber, ihn bei der Bestellung solcher Grundpfandrechte umfassend zu vertreten, insbesondere auch die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären, wobei dieser zugleich auch im eigenen Namen handeln darf.
>
> Nach außen steht die Vollmacht nur unter der Bedingung und Einschränkung, daß sie nur vor einem Notar in M. verwendet werden darf.

Zu notariellen Urkunden vom 30.3.1994 bestellte der Beteiligte zu 1 an dem Grundstück einer Lebensversicherungsgesellschaft eine Gesamtgrundschuld mit Brief in Höhe von 300 000 DM und einer Bank eine Gesamtbuchgrundschuld in Höhe von 450 000 DM; er handelte dabei aufgrund der ihm in Abschnitt IV 6 der Kaufvertragsurkunde erteilten Vollmacht.

In Abschnitt I 6/7 der Grundschuldbestellungsurkunden ist jeweils bewilligt und beantragt, die Grundschuld in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Vollzugsantrag mit Zwischenverfügung vom 3.11.1994 u.a. wie folgt beanstandet: Zur Eintragung der Grundschulden sei noch die Genehmigung des Beteiligten zu 2 erforderlich, weil die in der Kaufvertragsurkunde erteilte Vollmacht nur die Belastung mit Grundpfandrechten bis zur Höhe des Kaufpreises decke, hier aber jedes der bestellten Rechte den Betrag von 220 000 DM wesentlich überschreite. Das von den Beteiligten dagegen eingelegte Rechtsmittel hat das Landgericht mit Beschluß vom 20.3.1995 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich ihre weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen. Das von ihnen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Eintragung der Grundschulden hätte nicht von dem Beteiligten zu 1 als Vertreter bewilligt werden können. Das Grundbuchamt habe den Umfang der Vertretungsmacht selbständig zu prüfen. Die Auslegung ergebe, daß der Beteiligte zu 2 nur Vollmacht erteilt habe, das Grundstück mit Grundpfandrechten bis zur Höhe des Kaufpreises zu belasten. Hier habe der Beteiligte zu 1 jedoch Grundschulden in einem weit darüber hinausgehenden Umfang bestellt: dies sei ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Im Interesse des Beteiligten zu 2 habe es nämlich nur gelegen, der Bestellung von solchen Grundpfandrechten durch den Beteiligten zu 1 als Vertreter zuzustimmen, die der Sicherheit der vom Käufer zu tragenden Finanzierung dienten. Der Beteiligte zu 2 habe bei der Vollmachtserteilung nicht erkennen können, daß der Beteiligte zu 1 beabsichtigt habe, mit den Grundschulden sämtliche Baumaßnahmen zu finanzieren. Mit der rechtlich möglichen und zulässigen Bindung der Finanzierungsvollmacht an den den Kaufvertrag beurkundenden Notar sei bei dem hier vorliegenden Mißverhältnis zwischen Grundstückswert und Belastungen das Interesse des Beteiligten zu 2 nicht ausreichend berücksichtigt worden.

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

a) Die Eintragung der Grundschulden ist von dem Beteiligten zu 1 als Vertreter des Beteiligten zu 2 aufgrund der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht bewilligt worden. Die Eintragungsbewilligung kann auch durch einen Vertreter abgegeben werden. Das Grundbuchamt hat in diesem Fall nicht nur die Wirksamkeit der Vollmacht, sondern insbesondere auch ihren Umfang selbständig zu prüfen. Bei Zweifeln ist der Umfang der Vollmacht durch Auslegung zu ermitteln; dabei gelten die für Grundbucherklärungen aufgestellten Grundsätze (BayObLG NJW-RR 1987, 793; RPfleger 1991, 365).

b) Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Hat das Landgericht die Erklärung ausgelegt, so kann diese Auslegung im Rechtsbeschwerdeverfahren nur beschränkt, nämlich auf Rechtsfehler überprüft werden, weil die Vollmacht hier nicht ausschließlich zur Bewilligung der Eintragung, sondern in erster Linie zur Vornahme des materiell-rechtlichen Geschäfts erteilt ist und daher nicht nach rein verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden kann. Ein Rechtsfehler liegt u. a. dann vor, wenn der Tatrichter nicht alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt hat. Leidet die Auslegung des Landgerichts an einem solchen Fehler, so kann das Rechtsbeschwerdegericht die Erklärung anstelle der Tatsacheninstanzen selbst auslegen (BayObLG RPfleger 1991, 365 f.).

c) Die Auslegung durch das Landgericht läßt wesentliche Gesichtspunkte außer Betracht.

Bei den in der Praxis üblichen Vertragsbestimmungen über die Finanzierung des Grundstückskaufpreises unter Mitwirkung des Verkäufers ist grundsätzlich zu unterscheiden einerseits zwischen der Vollmacht zur Bestellung der Grundschulden und der Frage, ob die Vollmacht inhaltlich begrenzt ist, und andererseits der sogenannten Sicherungsabrede. Hier befassen sich die beiden letzten Absätze von Abschnitt IV 6 der Kaufvertragsurkunde mit der Vollmacht zur Bestellung der Grundpfandrechte, während die übrigen Bestimmungen dieses Vertragsabschnitts im wesentlichen die Sicherungsabrede betreffen.

Die im vorletzten Absatz eingeräumte Vertretungsmacht geht dahin, daß der Veräußerer den Erwerber bevollmächtigt, ihn bei der Bestellung „solcher Grundpfandrechte" umfassend zu vertreten; nicht ausdrücklich geregelt wird hier allerdings, ob die Vollmacht berechtigt, Grundschulden in beliebiger Höhe oder nur bis zur Höhe des Kaufpreises zu bestellen. Aus Wortlaut und Sinn des nächsten Absatzes ergibt sich jedoch, daß die Vollmacht hinsichtlich der Höhe der zu bestellenden Grundschulden nicht eingeschränkt ist. Es heißt dort nämlich, daß die Vollmacht nach außen nur unter einer einzigen Bedingung und Einschränkung steht, nämlich daß sie nur vor einem Notar in M. verwendet werden darf.

Das Ergebnis, daß der Käufer bevollmächtigt ist, Grundschulden in unbeschränkter Höhe als Vertreter des Verkäufers zu bestellen, widerspricht auch nicht der Interessenlage des Verkäufers. Den Interessen des Verkäufers ist durch die in Abschnitt IV 6 der Kaufvertragsurkunde enthaltene Sicherungsabrede hinreichend Rechnung getragen. Im übrigen werden die Risiken des Verkäufers auch dadurch gemindert, daß die Vollmacht nur vor dem Notar in M. verwendet werden darf. Mag auch die Bindung an eine Notarstelle primär den Zweck haben, daß der Verkäufer sich jederzeit unterrichten kann, inwieweit die Vollmacht schon ausgeübt ist, so dient sie doch auch der Kontrolle der Finanzierungsabwicklung durch den Notar und damit dem Schutz des Verkäufers (vgl. *Brambring/Jerschke* Beck'sches Notar-Handbuch A I Rdnr.125). Im übrigen kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß es im Hinblick auf die Unklarheit über den Finanzierungsbedarf häufig auch unzweckmäßig wäre, einen Höchstbetrag für die unter Mitwirkung des Verkäufers zu bestellenden Grundschulden vorzusehen (*Brambring/Jerschke* a.a.O. Rdnr. 120).

In der Praxis sind auch Formulierungen üblich, nach denen die Beachtung bestimmter, zuvor aufgeführter Einschränkungen der Vollmacht dem Grundbuchamt gegenüber nicht nachzuweisen sind (vgl. *Brambring/Jerschke* a.a.O. Rdnr. 252). Dies ist hier aber weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach mit dem letzten Absatz von Abschnitt IV 6 der Kaufvertragsurkunde gemeint.

Das Grundbuchamt hat daher von den in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

---

15. BGB §§ 883, 1274; GBO §§ 22, 23, 24 *(Löschung eines bei der Auflassungsvormerkung eingetragenen Verpfändungsvermerks nur mit Bewilligung des Pfandgläubigers)*

Ist ein Auflassungsanspruch unter der auflösenden Bedingung der Eintragung einer Grundschuld für den Pfandgläubiger verpfändet, kann der bei der Auflassungsvormerkung eingetragene Verpfändungsvermerk mit Eintragung der Grundschuld im Weg der Grundbuchberichtigung nur mit Bewilligung des Pfandgläubigers gelöscht werden (Bestätigung von BayObLGZ 1983, 301/303 [= DNotZ 1985, 630 = MittBayNot 1984, 28]).

BayObLG, Beschluß vom 11.5.1995 – 2 Z BR 37/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Am 14.10.1993 verkaufte sie an die Beteiligten zu 2 und 3 je eine Teilfläche daraus. Für die Beteiligten zu 2 und 3 wurden am 16.12.1993 Auflassungsvormerkungen in das Grundbuch eingetragen und am 27.4.1994 die Verpfändung der vorgemerkten Ansprüche an die Beteiligte zu 4 vermerkt.

Für die Beteiligte zu 4 hatten die Beteiligten zu 1, 2 und 3 am 21.1.1994 die Eintragung einer Grundschuld an jeder der beiden Teilflächen bewilligt. In den Grundschuldbestellungsurkunden hatten die Beteiligten zu 2 und 3 ihre Auflassungsansprüche an die Beteiligte zu 4 auflösend bedingt verpfändet; das Pfandrecht sollte mit Eintragung der Grundschulden erlöschen.

Am 12.8.1994 haben die Beteiligten zu 1 bis 3 unter anderem die Löschung der Verpfändungsvermerke und die Eintragung der Grundschulden beantragt. Das Grundbuchamt hat den Antrag durch Zwischenverfügung beanstandet und zur Löschung der Verpfändungsvermerke die Zustimmung der Beteiligten zu 4 als Pfandgläubigerin verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

a) Bei den Anträgen, die Verpfändungsvermerke zu löschen und die Grundschulden einzutragen, handelt es sich um verbundene Anträge im Sinn des § 16 Abs. 2 GBO, die nur entweder einheitlich vollzogen oder, sofern nicht eine Zwischenverfügung in Betracht kommt, insgesamt zurückgewiesen werden können (vgl. *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 16 Rdnr. 12). Ohne Bedeutung ist dabei, daß der Antrag auf Löschung der Verpfändungsvermerke räumlich vor dem auf Eintragung der Grundschulden steht.

Im übrigen hat das Grundbuchamt aus der räumlichen Stellung der Anträge zueinander zu Recht kein Eintragungshindernis abgeleitet und zum Inhalt seiner Zwischenverfügung gemacht. Die damit zusammenhängenden Fragen konnten daher nicht Gegenstand der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts sein (BayObLGZ 1986, 208/212 f. [= MittBayNot 1986, 266]; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 35).

b) Zu Recht haben die Vorinstanzen die Löschung der Verpfändungsvermerke mit Eintragung der Grundschulden im Weg der Grundbuchberichtigung gem. § 23 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 24 GBO von der Bewilligung der Pfandgläubigerin abhängig gemacht.

(1) Die Entscheidungen des Senats aus den Jahren 1983 und 1987 (BayObLGZ 1983, 301 [= MittBayNot 1984, 28 = DNotZ 1985, 630] und BayObLGZ 1987, 59 [= MittBayNot 1987, 138 = DNotZ 1987, 625]) betreffen andere Fälle. Dort ging es um die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Pfandgläubigers bei der mit der Löschung der Auflassungsvormerkung verbundenen Eigentumsumschreibung. Eine solche ist hier nicht Gegenstand des Verfahrens. Allerdings hat der Senat in der Entscheidung vom 8.12.1983 (BayObLGZ 1983, 301/303 [= MittBayNot 1984, 28 = DNotZ 1985, 630]), ohne daß dies entscheidungserheblich gewesen wäre, ausgeführt, selbst bei Eintritt der auflösenden Bedingung für die Verpfändung in Form der Eintragung der Grundschuld könnte der Verpfändungsvermerk nur unter den erschwerenden Voraussetzungen der §§ 23, 24 GBO gelöscht werden. Begründet wird dies mit der Möglichkeit von Rückständen bei einem im Grundbuch vermerkten Pfandrecht. An dieser Ansicht, der im Schrifttum zugestimmt wurde (vgl. *Demharter*, GBO, § 24 Rdnr. 5; KEHE/*Ertl*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 22; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 23 Rdnr. 29; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1575), hält der Senat fest.

(2) Unter einem Recht im Sinn des hier gem. § 24 GBO entsprechend anwendbaren § 23 Abs. 1 Satz 1 GBO ist sowohl ein Grundstücksrecht als auch ein Recht an einem Grundstücksrecht zu verstehen (*Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl., § 23

Rdnr. 3). Bei dem Pfandrecht an einem im Grundbuch vorgemerkten Auflassungsanspruch handelt es sich nicht um ein Pfandrecht an einem Grundstücksrecht im eigentlichen Sinn; § 23 Abs. 1 GBO ist jedoch entsprechend anwendbar. Durch die § 22 GBO ergänzende gesetzliche Regelung der §§ 23, 24 GBO soll den Gefahren begegnet werden, die sich bei Löschung eines mit Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erlöschenden Rechts allein aufgrund Unrichtigkeitsnachweises für den Berechtigten oder seinen Rechtsnachfolger ergeben, wenn Leistungsrückstände aus dem Recht möglich sind. Wenn die Löschung das Recht, soweit Rückstände in Frage kommen, auch nicht aufhebt, so setzt sie es doch den Gefahren aus, die sich für nicht im Grundbuch eingetragene Rechte aus dem Grundsatz des guten Glaubens ergeben (*Güthe/Triebel* § 23 Rdnr. 2). Diese Gefahr besteht auch bei der Löschung eines auflösend bedingten Pfandrechts an einem durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruch, wenn bei der Löschung allein auf den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit abgestellt wird.

Denn dann könnte der Pfandgläubiger die auch ihm zugute kommende Sicherungswirkung der Vormerkung gem. § 883 Abs. 2, § 888 BGB hinsichtlich der Rückstände verlieren, z.B. dadurch, daß der Vormerkungsberechtigte vormerkungswidrigen Verfügungen zustimmt (vgl. KG JFG 8, 318/323; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1574).

Rückstände an Leistungen sind bei einem Pfandrecht nach allgemeiner Meinung (vgl. *Demharter* Rdnr. 10, KEHE/*Ertl* Rdnr. 22, *Meikel/Böttcher* Rdnr. 29, *Güthe/Triebel* Rdnr. 7, jeweils zu § 23) stets möglich. Im vorliegenden Fall kommen z.B. fällig gewordene Zinsen aus dem zur Kaufpreisfinanzierung gegebenen und durch die Verpfändung sowie die bewilligten Grundschulden gesicherten Darlehen in Betracht. Einer entsprechenden Anwendung des § 23 Abs. 1 GBO steht damit nichts im Wege.

(3) Richtig ist, daß bei Verpfändung des Auflassungsanspruchs das Pfandrecht gem. § 1274 Abs. 1 Satz 1, §§ 1279 ff. BGB außerhalb des Grundbuchs entsteht, so daß sich die Eintragung der Verpfändung als Grundbuchberichtigung darstellt; Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Auflassungsanspruch selbst im Grundbuch vorgemerkt ist (BayObLGZ 1976, 190/192 [= MittBayNot 1976, 130 = DNotZ 1977, 107]; a.M. *Ludwig* DNotZ 1992, 339/351). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer ist aber nicht Voraussetzung für eine Anwendung des § 23 Abs. 1 GBO, daß es sich um ein Recht handelt, das zu seiner Entstehung der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Entscheidend ist vielmehr, daß das außerhalb des Grundbuchs entstandene Pfandrecht am Auflassungsanspruch im Grundbuch eingetragen werden kann, weil mit der Eintragung Rechtswirkungen zugunsten des Pfandgläubigers verbunden sind. Diesem kommen die Sicherungswirkungen des gepfändeten Auflassungsanspruchs durch die Vormerkung (vgl. § 883 Abs. 2, § 888 BGB) zugute (KG JFG 8, 318/320 f.); diese können im Fall der Eintragung der Verpfändung bei der Auflassungsvormerkung dem Pfandgläubiger nicht ohne seine Mitwirkung verloren gehen.

---

16. GBO §§ 18, 19, 39, 47; BGB §§ 428, 432 *(Anforderungen an Eintragung eines Rechtes zugunsten der Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft)*

1. **Soll für die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft eine Zwangssicherungshypothek im Grundbuch eingetragen werden, so ist für die Bezeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses die Angabe „als Gesamtberechtigte" nicht ausreichend.**
2. **Eine Person ist nicht als Berechtigter im Grundbuch eingetragen, wenn ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll und die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses fehlt.**
3. **Im Fall der Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB steht die Bewilligungsbefugnis jedem Gläubiger ohne Mitwirkung der anderen zu.**
4. **Durch den Erlaß einer Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Eintragungsantrags richten. Eine Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Dies ist der Fall, wenn die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft bewilligen müssen und bei Antragseingang noch nicht alle Bewilligungen erklärt sind.**

BayObLG, Beschluß vom 18.5.1995 – 2 Z BR 38/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung im Wohnungsgrundbuch eingetragen. An seinem Anteil ist eine Zwangssicherungshypothek zu 1.895,59 DM für den Beteiligten zu 3 und mehr als zwanzig namentlich bezeichnete Gläubiger „als Gesamtberechtigte" gebucht.

Der Beteiligte zu 1 verkaufte zu notarieller Urkunde vom 15.7.1994 seine Wohnung an die Beteiligte zu 2; die Vertragsteile erklärten in der Urkunde zugleich die Auflassung.

Der Beteiligte zu 3 bewilligte zu notarieller Urkunde vom 10.8.1994 die Löschung der Zwangssicherungshypothek.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 3.11.1994 den u.a. hinsichtlich der Auflassung und der Löschung der Zwangssicherungshypothek gestellten Vollzugsantrag beanstandet: Der Verwalter (gemeint ist offensichtlich der Beteiligte zu 3) könne nicht ohne weiteres als Vertreter für die Wohnungseigentümer die Löschung bewilligen. Es müßten entweder alle eingetragenen Gläubiger die Löschung bewilligen oder es müßte eine auf den Verwalter lautende Vollmacht dafür in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden. Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung eingelegte Rechtsmittel der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Das Rechtsmittel ist begründet.

Aus den Gründen:

(...)

a) Die Vorinstanzen gehen zwar zutreffend davon aus, daß ein Eintragungshindernis vorliegt. Im Rechtsbeschwerdeverfahren ist aber auch zu überprüfen, ob überhaupt die formellen Voraussetzungen für eine Zwischenverfügung vorlagen. Nur behebbare Eintragungshindernisse können nämlich Gegenstand einer Zwischenverfügung sein. Besteht demgegenüber ein endgültiges Eintragungshindernis, muß die Zwischenverfügung insgesamt aufgehoben werden, damit das Grundbuch-

amt Gelegenheit erhält, den Eintragungsantrag sogleich zurückzuweisen (BayObLGZ 1991, 97/102). Ein solcher Fall liegt hier vor.

b) Wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht ausführt, kann die Zwangssicherungshypothek nicht allein aufgrund der Bewilligung durch den Beteiligten zu 3 gelöscht werden.

(1) Voraussetzung für die Löschung der Zwangssicherungshypothek gem. § 19 GBO ist die Bewilligung der Betroffenen. Gemäß § 39 GBO soll eine Eintragung, zu der auch die Löschung zu zählen ist, nur vorgenommen werden, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Ein Eingetragensein im Sinn des § 39 GBO liegt nicht vor, wenn die Eintragung gegen § 47 GBO verstieß (*Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rdnr. 257; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 47 Rdnr. 27). Ein solcher Fall ist hier gegeben. Soll nämlich ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, so ist nach § 47 GBO das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zu bezeichnen; die Angabe „als Gesamtberechtigte" genügt nicht (BGH RPfleger 1980, 464 [= MittBayNot 1980, 205 = DNotZ 1981, 121]; KG RPfleger 1985, 435; *Demharter*, GBO, § 47 Rdnr. 23). Eine Löschung aufgrund der Bewilligung durch den Beteiligten zu 3 als unmittelbar Betroffenen scheitert somit unabhängig von der Frage, ob Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB vorliegt, schon an der fehlenden Voreintragung.

(2) Die Rechtsbeschwerdeführer weisen zwar zutreffend darauf hin, daß im Fall der Gesamtgläubigerschaft gem. § 428 BGB die Bewilligungsbefugnis jedem Gläubiger allein ohne Mitwirkung der anderen zusteht (KG JW 1937, 3158; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 57). Hier sind die Gesamtberechtigten aber nicht „als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB" eingetragen. Fehlt die genaue Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses, so ist das Grundbuch unvollständig und daher unrichtig (*Demharter*, GBO, § 47 Rdnr.26); die Unvollständigkeit kann mangels näherer Anhaltspunkte auch nicht durch Auslegung behoben werden. Abgesehen davon liegen im vorliegenden Fall nach dem eigenen Sachvortrag der Rechtsbeschwerdeführer keine Gesamtberechtigten gem. § 428 BGB vor. Bei den Berechtigten der Zwangssicherungshypothek soll es sich nämlich um Wohnungseigentümer handeln. Wohnungseigentümern stehen gemeinschaftliche Forderungen gegen Dritte aber in schlichter Rechtsgemeinschaft gem. § 741 ff. BGB zu, wobei die Mitberechtigung eines Wohnungseigentümers daran mit einem Wechsel in der Mitgliedschaft durch Veräußerung der Wohnung oder infolge Zuschlags in der Zwangsversteigerung nicht kraft Gesetzes auf den neuen Wohnungseigentümer übergeht. Das gleiche gilt entsprechend für Forderungen der Wohnungseigentümer gem. § 16 Abs. 2 WEG (BayObLGZ 1995 Nr. 18).

(3) Nur ergänzend ist auf folgendes hinzuweisen: Ist im Grundbuch eine Zwangssicherungshypothek für mehrere Gläubiger „als Berechtigte in Wohnungseigentümergemeinschaft" eingetragen, so wird durch eine löschungsfähige Quittung des Verwalters der Gemeinschaft der Nachweis erbracht, daß die Hypothek nicht mehr den eingetragenen Gläubigern zusteht. Dies gilt unabhängig davon, ob die eingetragenen Gläubiger im Zeitpunkt der Erteilung der Quittung noch mit den Wohnungseigentümern identisch sind (BayObLGZ 1995, Nr. 18). Diese Entscheidung ist hier aber nicht einschlägig, da sie einen anderen Sachverhalt betrifft.

c) Wenn somit auch ein Eintragungshindernis besteht, so kann doch die Zwischenverfügung aus formellen Gründen keinen Bestand haben.

(1) Soweit die Vorinstanzen die Löschungsbewilligung der eingetragenen Hypothekengläubiger verlangen, kann dies nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein. Durch den Erlaß einer Zwischenverfügung sollen nämlich dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Eintragungsantrags richten. Eine Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Dies ist der Fall, wenn die Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft die Löschung einer Zwangssicherungshypothek bewilligen müssen und bei Antragseingang noch nicht alle Bewilligungen erklärt sind (vgl. BayObLGZ 1988, 229/231 [= MittBayNot 1988, 232 = DNotZ 1989, 361]).

(2) Soweit die Vorinstanzen die Eintragung von der Vorlage einer Vollmacht in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht haben, kann dies gleichfalls keinen Bestand haben. Der Beteiligte zu 3 hat die Löschungsbewilligung als unmittelbar Betroffener und nicht als Verwalter erklärt. Schon deshalb kommt eine rückwirkende Genehmigung einer von dem Verwalter als Nicht-Berechtigter für die übrigen Wohnungseigentümer abgegebenen Löschungsbewilligung nicht in Betracht (vgl. BayObLGZ 1988, 229/231 [= MittBayNot 1988, 232 = DNotZ 1989, 361]).

---

17. WEG §§ 4 Abs. 1, Abs. 2, 7 Abs. 3, Abs. 4; BGB §§ 876, 877 *(Abweichung zwischen ursprünglichem Aufteilungsplan und späterer Abgeschlossenheitsbescheinigung)*

Wird ein bislang gemeinschaftlicher Raum einer Wohnungseigentumsanlage an einen Sondereigentümer zum Sondereigentum veräußert, so ist es für den Grundbuchvollzug unschädlich, wenn der der Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügte Aufteilungsplan von dem der ursprünglichen Teilungserklärung zugrundeliegenden Plan abweicht, sofern die Abweichungen für die konkrete Veräußerung ohne Bedeutung sind.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Traunstein, Beschluß vom 8.6.1994 – 4 T 1646/94 –, mitgeteilt von *Cornelius Gruner*, Notar in Burghausen

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage. Den Beteiligten zu 1. gehört u. a. das Wohnungseigentum, das im Grundbuch unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung vom 19.09.1983 und den Aufteilungsplan wie folgt beschrieben ist: „Miteigentumsanteil von 74/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der im Haus III gelegenen, im Aufteilungsplan mit der Nr. 8 bezeichneten Wohnung samt Kellerabteil mit der gleichen Nummer (Wohnung EG rechts)".

Der in Bezug genommene Aufteilungsplan enthält u. a. eine Grundrißzeichnung für das Kellergeschoß. Darin ist auf der Südseite im Haus III ein Raum mit 17,08 qm dargestellt, der als Trockenraum bezeichnet und farblich nicht markiert ist.

Mit Urkunde des Notars G. vom 01.10.1993 veräußerten die Beteiligten den „bisher gemeinschaftlichen Hobbyraum im Keller", der mit der im ursprünglichen Aufteilungsplan als Trockenraum bezeichneten Räumlichkeit identisch ist, an die Beteiligten zu 1 als Eigentümer des Wohnungseigentumsrechts Nr. 8 lt. Aufteilungsplan und ließen ihn an diese auf, wobei die Miteigentumsanteile unverändert bleiben sollten.

In der notariellen Urkunde ist ausdrücklich Bezug genommen auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Landratsamtes vom 28.09.1993 sowie den ergänzenden Aufteilungsplan, einen Grundrißplan des Kellergeschosses des Hauses III, in dem der fragliche Raum grün umrandet und mit Nr. 8 bezeichnet ist. Im übrigen enthält dieser mit Unterschrift und Stempel der Baubehörde versehene Aufteilungsplan, der den tatsächlichen Bauzustand und die tatsächlichen Nutzungsverhältnisse wiedergibt, verschiedene Abweichungen von dem in der Teilungserklärung in Bezug genommenen Aufteilungsplan.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung in mehreren Punkten beanstandet. Zum einen stimme der vorgelegte „Nachtragsaufteilungsplan" nicht mit der Teilungserklärung und auch nicht mit der Nachtragsurkunde vom 01.10.1993 überein (Ziff. 1). Es seien deshalb sämtliche Erklärungen samt Zustimmungserklärungen der an den Wohnungs- und Teileigentumseinheiten Berechtigten beizubringen, die zu einer Übereinstimmung der Rechtslage mit diesem „Nachtragsaufteilungsplan" erforderlich sind. Zum anderen (Ziff. 2. bis 9.) seien Zustimmungserklärungen der Grundpfandrechtsgläubiger sämtlicher (im einzelnen aufgeführter) belasteter Wohnungs- und Teileigentumseinheiten beizubringen (samt Briefvorlage).

Gegen diese Entscheidung haben die Beteiligten Erinnerung eingelegt, mit der sie das Ziel verfolgen, daß die Zwischenverfügung in Ziff. 1. und 8. aufgehoben wird. Sie vertreten die Auffassung, daß der vorgelegte Aufteilungsplan den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, da aus ihm die veränderten Grenzen hinsichtlich des restlichen Gemeinschaftseigentums zu dem neu begründeten Sondereigentum in der zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlichen Weise eindeutig ersichtlich seien; die sonstigen Einzeichnungen in diesem Aufteilungsplan seien für den Vollzug des Eintragungsantrags ohne Bedeutung. Außerdem bedürfe es nicht der Zustimmung der unter Ziff. 8. bezeichneten Grundpfandrechtsgläubigerin, da es sich dabei um die belasteten Wohnungs- und Teileigentumsrechte handle, denen der fragliche Hobbyraum als Bestandteil zugeschrieben werde.

Hilfsweise machen die Beteiligten geltend, daß auf keinen Fall durch Zwischenverfügung Zustimmungserklärungen verlangt werden könnten, durch die eine Übereinstimmung der Rechtslage mit den im Nachtragsaufteilungsplan dargestellten tatsächlichen Gegebenheiten herbeigeführt wird. Dies sei nicht Gegenstand der Urkunde vom 01.10.1993 und entspreche auch nicht dem Willen der Beteiligten. Es könne deshalb allenfalls die Vorlage eines anderen Aufteilungsplans mit behördlicher Bestätigung, der die Räume im übrigen entsprechend dem ursprünglichen Aufteilungsplan wiedergibt, oder eine klarstellende Erklärung des Notars gefordert werden. Der Urkundsnotar hat dem Schriftsatz vom 18.04.1994 eine „Feststellung" vom selben Tag beigefügt, in der er namens der Beteiligten erklärt, daß der der Urkunde vom 01.10.1993 beigefügte Nachtragsaufteilungsplan die von den Vereinbarungen in jener Urkunde nicht erfaßten, in der Umgebung liegenden Kellerräume teilweise nicht richtig wiedergebe. Die richtige Einteilung dieser Kellerräume ergebe sich aus dem der Eigenurkunde vom 18.04.1994 beigefügten Kellerlageplan. Dieser Urkunde ist ein dem ursprünglichen Aufteilungsplan entsprechender Lageplan beigefügt, in dem der fragliche Raum grün umrandet und mit Nummer 8 bezeichnet ist.

Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen. Der Grundbuchrichter hat dem Rechtsmittel ebenfalls nicht abgeholfen und dieses dem Beschwerdegericht vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde der Beteiligten ist begründet.

a) Das in Ziffer 1. angenommene Eintragungshindernis besteht jedenfalls im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr.

aa) Die Abgrenzung der zum Sondereigentum gehörenden Räume von den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumlichkeiten ergibt sich gemäß § 8 Abs. 2 S. 1, § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG aus dem ursprünglichen Aufteilungsplan, der durch doppelte Bezugnahme (§ 7 Abs. 3 WEG) Inhalt der Wohnungsgrundbücher geworden ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1993, 488/489 [= DNotZ 1993, 741 = Mitt BayNot 1993, 287] m. w. N.). Selbst wenn die tatsächliche Bauausführung – wie hier – vom Aufteilungsplan abweicht, ist Sondereigentum nur in dem Umfang entstanden, wie es sich aus Teilungserklärung und Aufteilungsplan ergibt (vgl. BayObLG MittBayNot 1988, 236; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 2875 ff. m. w. N.).

Im vorliegenden Fall ist der Raum im Kellergeschoß des Hauses III, auf den sich die notarielle Urkunde vom 01.10.1993 bezieht, weder in der Teilungserklärung noch im ursprünglichen Aufteilungsplan einer Sondereigentumseinheit zugeordnet. Es handelt sich somit um gemeinschaftliches Eigentum.

bb) Die nachträgliche Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum, die Gegenstand dieser notariellen Urkunde ist, stellt eine inhaltliche Änderung des Miteigentums am Grundstück und damit aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte dar; sie bedarf nach § 4 Abs. 1 und 2 WEG der Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung (§ 925 BGB) und der Eintragung in das Grundbuch (BayObLGZ 1991, 313/316 [= MittBayNot 1992, 50] m. w. N.). Die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch kann nur erfolgen, wenn dem Grundbuchamt auch die in § 7 Abs. 4 S. 1 WEG genannten Anlagen vorliegen, nämlich ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung (BayObLGZ 1989, 447/449 [= DNotZ 1990, 260 = MittBayNot 1990, 109]; *Haegele/Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 2967).

cc) Die Beteiligten haben hier die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Landratsamtes und eine von dieser Behörde mit Unterschrift und Stempel versehene Bauzeichnung vorgelegt. Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung hat allerdings für das Grundbuchamt keine bindende Wirkung. Dies gilt vor allem dann, wenn der der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegende Aufteilungsplan wesentliche Mängel aufweist und deshalb keine geeignete Eintragungsgrundlage bilden kann (vgl. BayObLG WuM 1993, 205). Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden.

Zwar trifft es zu, daß der der Abgeschlossenheitsbescheinigung des Landratsamtes vom 28.09.1993 beigefügte Aufteilungsplan in mehrfacher Hinsicht von dem ursprünglichen Aufteilungsplan, auf den die Teilungserklärung Bezug nimmt, abweicht. Daraus folgt jedoch nicht, daß es an einer geeigneten Eintragungsgrundlage fehlt: Der Aufteilungsplan hat allerdings nicht lediglich die Aufgabe, der Abgeschlossenheitsbescheinigung die erforderliche Grundlage zu verleihen; durch ihn wird zudem ersichtlich, wie Gemeinschafts- und Sondereigentum voneinander abgegrenzt sind und zueinander liegen. Darüber hinaus konkretisiert er auch die verbale Teilungserklärung (vgl. BayObLG WuM 1993, 205). Diesen Aufgaben wird der vorgelegte „Nachtragsaufteilungsplan" jedenfalls in Verbindung mit der Eigenurkunde des Notars vom 18.04.1994 gerecht. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, daß der Eintragungsantrag hier nicht die erstmalige Begründung von Wohnungseigentum betrifft. Gegenstand der zu vollziehenden Urkunde ist ausschließlich die Umwandlung des zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Trocken- bzw. Hobbyraums im Kellergeschoß des Hauses III in Sondereigentum. Nur auf diesen Raum beziehen sich die Erklärungen

der Beteiligten (einschließlich der Eintragungsbewilligungen) in der notariellen „Änderung der Teilungserklärung" und auch die Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 28.09.1993. Durch zulässige (doppelte) Bezugnahme können die Unterlagen (Eintragungsbewilligungen, Aufteilungsplan) aber nur Inhalt des Wohnungsgrundbuchs werden, soweit die Bezugnahme auch tatsächlich reicht. Nur in diesem Umfang nimmt der Aufteilungsplan auch am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.

Nach dem Zweck des § 7 Abs. 4 S. 1 WEG ist deshalb erforderlich, aber auch ausreichend, daß bei einer solchen nachträglichen Änderung der Teilungserklärung ein Aufteilungsplan, in dem das neu zu begründende Sondereigentum dargestellt ist, sowie eine Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der in Sondereigentum umzuwandelnden Räumlichkeit vorgelegt wird (vgl. zum ähnlichen Fall der nachträglichen Unterteilung: BayObLG MittBayNot 1994, 224).

Im vorgelegten Aufteilungsplan sind die Grenzen des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums, soweit diese von der beurkundeten Änderung der Teilungserklärung betroffen werden, klar abgesteckt. Da der Notar, der diese Änderung beurkundet hat, aufgrund der ihm von den Beteiligten in der notariellen Urkunde vom 01.10.1993 erteilten Vollmacht zusätzlich durch Eigenurkunde vom 18.04.1994 in zulässiger Weise (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., § 29 Rdnr. 35) amtlich festgestellt hat, daß der Nachtragsaufteilungsplan die von den Vereinbarungen in der Urkunde vom 01.10.1993 nicht erfaßten Kellerräume teilweise nicht richtig wiedergibt, und zur Klarstellung der Eigenurkunde einen Lageplan, der dem ursprünglichen Aufteilungsplan entspricht, beigefügt hat – gemäß § 74 GBO kann die Beschwerde auf neue Tatsachen und Beweise gestützt werden –, ist dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ausreichend Rechnung getragen. Der Inhalt der Rechtsänderung ergibt sich daraus mit hinreichender Deutlichkeit, ohne daß die Gefahr von Verwechslungen besteht. Zumindest durch die Eigenurkunde vom 18.04.1994 samt beigefügtem Lageplan ist auch klargestellt, daß im übrigen die Teilungserklärung mit dem darin in Bezug genommenen Aufteilungsplan unverändert fortgilt und der Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte inhaltlich nicht in weitergehender Weise verändert wird.

dd) Eine „Anpassung" der ausgewiesenen Eigentumsverhältnisse an die tatsächliche Bauausführung und die tatsächlichen Nutzungsgegebenheiten könnte außerdem nur durch entsprechende rechtsbegründende Willenserklärungen und Eintragungen in das Grundbuch erfolgen (vgl. BayObLG Rpfleger 1982, 21/22 [= DNotZ 1982, 244 = MittBayNot 1981, 249]; OLG Hamm Rpfleger 1986, 374/376 [= DNotZ 1987, 225]). Eine solche „Anpassung" entspricht jedoch ersichtlich nicht dem Willen der Beteiligten und ist auch nicht Gegenstand der zum Vollzug vorgelegten Urkunde.

b) Auch die Beanstandung in Ziff. 8 der Zwischenverfügung kann nicht aufrecht erhalten bleiben.

aa) Zur inhaltlichen Änderung eines Rechts, wie sie die nachträgliche Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum darstellt, ist nach den §§ 877, 876 S. 1 BGB die Zustimmung eines Dritten erforderlich, mit dessen Recht das Recht an dem Grundstück belastet ist. § 876 Abs. 1 und § 877 BGB sind auch auf die Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum anzuwenden. Es bedarf also grundsätzlich der Zustimmung aller, denen an den einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechten und damit an den Anteilen am gemeinschaftlichen Eigentum dingliche Rechte zustehen. Aus dem Schutzzweck dieser Vorschriften ist allerdings zu entnehmen, daß die Zustimmung des Dritten überflüssig ist, wenn seine Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird. Das gleiche gilt in formeller Hinsicht für das Erfordernis der Eintragungsbewilligung (Zustimmung) nach § 19 GBO (vgl. BayObLGZ 1991, 313/317 [= MittBayNot 1992, 50] m. w. N.).

bb) Danach geht die Rechtspflegerin zutreffend davon aus, daß – was von den Beteiligten auch nicht in Frage gestellt wird – grundsätzlich die Zustimmung (Bewilligung) aller Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich ist, da eine Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung durch die Umwandlung nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. BayObLG a. a. O.). Eine solche rechtliche Beeinträchtigung ist jedoch bei der Gläubigerin der Grundschuld auszuschließen, mit der das Wohnungseigentumsrecht belastet ist, dem das neu begründete Sondereigentum nach Ziff. 2.6 der notariellen Urkunde vom 01.10.1993 als Bestandteil zugeschrieben werden soll, zumal Ziff. 2.7 eine ausdrückliche Pfanderstreckung enthält. Diese in Ziff. 8 der Zwischenverfügung bezeichnete Grundpfandrechtsgläubigerin erleidet somit keine Schmälerung des Haftungsobjekts, so daß auch ihre Rechtsstellung durch die beantragte Eintragung nicht nachteilig berührt wird.

---

18. BGB §§ 242, 1570, 1585c; ZPO § 286 *(Scheidungsunterhalt für Kindesbetreuung trotz umfassenden Unterhaltsverzichts)*

Zur Höhe und Fortdauer eines Unterhaltsanspruchs gem. § 1570 BGB, der dem ein gemeinschaftliches Kind betreuenden Elternteil trotz eines umfassenden Verzichts auf nachehelichen Unterhalt verbleibt (Fortführung des Senatsurteils vom 9.7.1992 – XII ZR 57/91 – FamRZ 1992, 1403 [= DNotZ 1993, 524 = MittBayNot 1993, 23]).

BGH, Urteil vom 30.11.1994 – XII ZR 226/93 –, mitgeteilt von *Thomas Wolf*, Redaktion CAPITAL, Köln

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien heirateten am 2.12.1983; für den Ehemann (Antragsteller) war es die zweite Ehe. Die Ehefrau (Antragsgegnerin) war seinerzeit berufstätig, der Ehemann stand vor der Gründung einer GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer er später wurde. Am 5.5.1986 wurde das gemeinsame Kind A. geboren; seither war die Ehefrau nicht mehr erwerbstätig. Mitte 1990 trennten sich die Parteien.

Auf den im Mai 1991 erhobenen Scheidungsantrag des Ehemannes schied das Familiengericht durch Verbundurteil die Ehe der Parteien, übertrug die elterliche Sorge für das Kind der Ehefrau, regelte den Versorgungsausgleich und verurteilte den Ehemann, beginnend mit dem auf die Rechtskraft des Scheidungsanspruchs folgenden Monat Kindesunterhalt in Höhe von monatlich 545 DM sowie nachehelichen Unterhalt in Höhe von monatlich 2.808,35 DM zu zahlen. Der Scheidungsausspruch wurde am 19.2.1993 rechtskräftig.

Gegen die Verurteilung zur Zahlung nachehelichen Unterhalts legte der Ehemann Berufung ein mit dem Ziel, den Unterhaltsbetrag auf monatlich 500 DM herabzusetzen. Er stützte sich u.a. auf eine notariell beurkundete Vereinbarung vom 13.12.1983, wonach die Parteien für den Fall der Scheidung wechselseitig auf Unterhalt verzichteten, „auch für den Fall des Notbedarfs". Die Ehefrau schloß sich dem Rechtsmittel an und begehrte eine Heraufsetzung des Elementarunterhalts auf monatlich 3.000 DM sowie die Zubilligung eines Altersvorsorgeunterhalts in Höhe von monatlich 750 DM.

Auf die Berufung des Ehemannes änderte das Oberlandesgericht die Entscheidung des Familiengerichts dahin ab, daß er ab 1.3.1993 lediglich Unterhalt in Höhe von monatlich 1.600 DM zu zahlen hat – unter Zurückweisung der Unterhaltsklage der Ehefrau im übrigen. Die weitergehende Berufung des Ehemannes sowie die Anschlußberufung der Ehefrau wies es zurück.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Ehemann sein Begehren weiter, den nachehelichen Unterhalt der Ehefrau auf monatlich 500 DM zu begrenzen.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Zwischen den Parteien steht außer Streit, daß die gesetzlichen Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes (§ 1570 BGB) an sich vorliegen. Strittig sind die Auswirkungen der Vereinbarung vom 13.12.1983. Insoweit hat das Oberlandesgericht festgestellt, daß ein umfassender Unterhaltsverzicht zustande gekommen ist (§ 1585c BGB), der sich nicht als sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB darstellt. Der Verzicht könne zwar grundsätzlich auch einem Unterhaltsanspruch aus § 1570 BGB entgegengehalten werden, aber der Ehemann könne sich nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht darauf berufen, solange und soweit das Wohl des von der Ehefrau betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltspflicht fordere. Die diesbezüglichen Ausführungen sind rechtsbedenkenfrei (vgl. dazu etwa Senatsurteile FamRZ 1985, 787 f. [= MittBayNot 1985, 206], FamRZ 1990, 306 f. und FamRZ 1992, 1403 ff. [= DNotZ 1993, 524 = MittBayNot 1993, 23]) und werden von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Zur Höhe des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau hat das Oberlandesgericht im wesentlichen ausgeführt: In dem Senatsurteil FamRZ 1992, 1403 ff. [= DNotZ 1993, 524 = MittBayNot 1993, 23] sei zwar dem Unterhaltspflichtigen die Berufung auf den Verzicht nur insoweit verwehrt worden, als der notwendige Unterhalt verlangt worden sei (Mindestbedarf nach der Düsseldorfer Tabelle). Unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen sei aber nicht nur der Mindestbedarf, sondern der angemessene Bedarf „analog dem großen Selbstbehalt" zuzusprechen. Die Höhe des dem Berechtigten zu belassenden Unterhalts stets am Maßstab des Existenzminimums zu orientieren, sei nicht geboten. Vielmehr solle diesem erspart werden, unter Vernachlässigung des Kindes eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Die Erträgnisse aus einer derartigen Erwerbstätigkeit seien in der Regel höher als der „kleine Selbstbehalt", so daß die Anknüpfung an den angemessenen Lebensbedarf im Sinne von § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB näherliege. Vorliegend sei weiter der Unterhaltsverzicht nicht schon vor der Eheschließung vereinbart worden; der Mann habe die Heirat nicht davon abhängig gemacht. Die Vereinbarung sei hier zu einem Zeitpunkt zustande gekommen, als die Ehefrau bereits die gesicherte Rechtsposition der Ehe erlangt gehabt habe. Seinerzeit hätten die Ehegatten auch noch kein Kind gewollt; der Wunsch nach einem Kind sei vielmehr das Ergebnis einer unvorhergesehenen späteren Entwicklung gewesen.

Diese Ausführungen begegnen rechtlichen Bedenken, wie die Revision mit Recht geltend macht.

In seinem Urteil FamRZ 1992, 1403 ff. [= DNotZ 1993, 524 = MittBayNot 1993, 23], hat der Senat im einzelnen dargelegt, daß in Fällen der vorliegenden Art Grund und Höhe eines trotz des Unterhaltsverzichts verbleibenden Anspruchs ausschließlich am Kindeswohl zu orientieren sind. Dem Grunde nach ist der Anspruch nicht auf Sachverhalte beschränkt, in denen erst eine nachträgliche und unvorhergesehene Entwicklung ergibt, daß die Berufung auf den Unterhaltsverzicht mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist. Der Höhe nach ist der Anspruch so zu bemessen, daß dem betreuenden Elternteil ermöglicht wird, sich der Pflege und Erziehung des Kindes zu widmen, ohne eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder Sozialhilfe zu beanspruchen. Dazu bedarf es in der Regel keines Unterhalts nach dem Maßstab des § 1578 BGB; ein höherer als der notwendige Unterhalt kann vielmehr nur verlangt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die dies aus Gründen des Kindeswohls gebieten (a.a.O. S. 1405).

Soweit die Senatsrechtsprechung nicht überhaupt als Entwertung des Unterhaltsverzichts abgelehnt wird (so etwa *Johannsen/Henrich/Voelskow*, Eherecht, 2. Aufl., § 1585c BGB Rdnr. 21), wird im Schrifttum durchweg ebenfalls vertreten, daß der Unterhaltsverzicht sich auch auf die Höhe eines verbleibenden Anspruchs auswirken müsse und infolgedessen mehr als der notwendige Unterhalt grundsätzlich nicht gefordert werden könne (vgl. MünchKomm-BGB/*Richter*, 3. Aufl., § 1585c Rdnr. 20; FamK-*Rolland/Hülsmann*, § 1585c BGB Rdnr. 26; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 53. Aufl., § 1585c Rdnr. 11; *Göppinger/Hoffmann*, Unterhaltsrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1779; *Griesche* in FamGb, § 1585c BGB Rdnr. 25; *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., Teil IV Rdnr. 909 f.; *Langenfeld* Anm. LM § 138 BGB (Ca) Nr. 23; *Koch* JR 1993, 197 f). Daß Gründe des Kindeswohls einen höheren als den notwendigen Unterhalt erfordern können, ist etwa im Hinblick auf die erhöhte Betreuungsbedürftigkeit eines behinderten Kindes vertreten worden (vgl. OLG Hamburg FamRZ 1992, 444).

Die Erwägungen des Oberlandesgerichts rechtfertigen es danach nicht, der Ehefrau mehr als den notwendigen Unterhalt zuzubilligen, weil sie nicht aufzeigen, daß dies aus Gründen des Kindeswohls geboten ist. Dabei kommt es nicht darauf an, was die Ehefrau gegebenenfalls durch eine Erwerbstätigkeit verdienen könnte, weil ausschließlich die Belange des Kindes zu berücksichtigen sind. Der Maßstab des § 1578 BGB kann auch nicht herangezogen werden, soweit in Abs. 1 Satz 2 der Vorschrift auf den angemessenen Lebensbedarf des Berechtigten abgehoben wird: dem hierfür bedeutsamen vorehelichen Lebensstandard der Ehefrau (vgl. dazu Senatsurteil FamRZ 1988, 886, 889) fehlt der erforderliche Bezug zum Kindeswohl. Das gleiche gilt hier für die Frage, ob der umfassende Unterhaltsverzicht vor oder nach der Eheschließung vereinbart und ob dabei die spätere Geburt eines Kindes vorhergesehen wurde oder nicht. Die vom Oberlandesgericht festgestellten Umstände ergeben insgesamt nicht, daß das Kindeswohl eine vom Regelfall abweichende Beurteilung erfordert. Allein die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialhilfe durch den betreuenden Elternteil reicht zur Wahrung der Kindesbelange nicht aus, wie der Senat bereits ausgesprochen hat (vgl. BGH FamRZ 1989, 1279, 1280 f.; s.a.

Koch JR 1993, 197 f.). Die Entscheidung des Oberlandesgerichts zur Anspruchshöhe kann nach allem keinen Bestand haben.

3. Da in Fällen der vorliegenden Art die Berufung auf den Unterhaltsverzicht nur zeitlich begrenzt ausgeschlossen ist, nämlich solange die Notwendigkeit einer Betreuung des Kindes andauert, kommt der Verpflichtung des Gerichts, bei der Beurteilung eines Unterhaltsanspruchs auch die künftige Entwicklung der Verhältnisse vorausschauend zu berücksichtigen (vgl. dazu etwa Senatsurteil FamRZ 1982, 792, 794; OLG Frankfurt FamRZ 1989, 83), besondere Bedeutung zu. Vorliegend lag der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung rund elf Monate vor der Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes der Parteien (5.5.1994). Unterhalt für die Zeit danach konnte der Ehefrau unverändert nur unter der Voraussetzung zugesprochen werden, daß sich hinsichtlich der Beurteilung ihrer Erwerbsobliegenheit nichts änderte. Eine solche Annahme bedurfte aber besonderer Rechtfertigung, da in der Regel die Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils – jedenfalls zu einer Teilzeitbeschäftigung – nur zu verneinen ist, solange das Kind noch nicht acht Jahre alt ist (vgl. Senatsurteil FamRZ 1983, 487 m.w.N.). Daß das Oberlandesgericht eine Prüfung in diesem Rahmen unterlassen hat, rügt die Revision zu Recht. Aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit Unterhalt von mehr als monatlich 500 DM für einen Zeitraum nach der Aufnahme des Kindes in die dritte Grundschulklasse zugesprochen worden ist (vgl. dazu auch OLG Bamberg NJW 1991, 2776, 2777).

---

19. BGB § 1374 Abs. 1 Halbs. 2, Abs. 2 *(Keine Verrechnung von Schulden bei Eheschließung mit späterem privilegiertem Erwerb)*

War ein Ehegatte bei Eheschließung überschuldet, ist sein Anfangsvermögen für die Berechnung des Zugewinns gem. § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB mit Null anzusetzen. Eine Verrechnung der Schulden mit einem späteren privilegierten Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB kommt grundsätzlich nicht in Betracht.

BGH, Urteil vom 3.5.1995 – XII ZR 71/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Zugewinnausgleich. Die Parteien waren vom 2.10.1970 bis 22.12.1991 verheiratet. Der Scheidungsantrag wurde am 12.4.1991 rechtshängig.

Bei Eingehung der Ehe bestand das aktive Anfangsvermögen der Klägerin in einer Bundesanleihe im Wert von 200 DM, dasjenige des Beklagten in einem Pkw im Wert von 2.000 DM. Beide Parteien nahmen vor der Ehe gesamtschuldnerisch ein Bankdarlehen in Höhe von 10.000 DM auf, das im Zeitpunkt der Eheschließung noch voll valutierte. Es wurde zum Ausbau des Dachgeschosses im Hause der Eltern der Klägerin verwandt, wo die Parteien anschließend acht Jahre mietfrei wohnten.

Während der Ehe erhielten die Parteien von ihren Eltern jeweils verschiedene Geldbeträge geschenkt, deren Höhe und Zurechnung im Laufe des Verfahrens unstreitig geworden sind.

Das Endvermögen der Klägerin betrug 80.558,06 DM, dasjenige des Beklagten 80.005,17 DM.

Zwischen den Parteien besteht Streit darüber, ob die vor der Ehe gemeinsam eingegangene Darlehensverbindlichkeit – jeweils hälftig – nur mit ihrem jeweiligen (originären) Anfangsvermögen im Sinne von § 1374 Abs. 1 BGB in der Weise zu verrechnen ist, daß dieses allenfalls auf Null gestellt wird, oder ob ein sich ergebender Negativsaldo auch das nach § 1374 Abs. 2 BGB hinzuzurechnende Anfangsvermögen schmälert.

Das Amtsgericht hat den Negativsaldo in seine Berechnung eingestellt und das privilegierte Anfangsvermögen der Parteien i.S. des § 1374 Abs. 2 BGB entsprechend vermindert ... Den Zugewinn der Klägerin hat es mit 26.844,06 DM (80.558,06 DM – 53.714 DM) und denjenigen des Beklagten mit 50.110,17 DM (80.005,17 DM – 29.895 DM) ermittelt und der Klägerin eine Ausgleichsforderung in Höhe der hälftigen Differenz, nämlich 11.633,06 DM (50.110,17 DM – 26.844,06 DM = 23.266,11 DM : 2) zugesprochen. Das Oberlandesgericht ist dieser Berechnungsweise gefolgt und hat die Berufung der Klägerin, mit der diese einen weiteren Zugewinnausgleich von 2.451,61 DM, insgesamt also 14.084,67 DM verfolgt, zurückgewiesen. Die zugelassene Revision der Klägerin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die Vorinstanzen haben die vor der Ehe gesamtschuldnerisch übernommene Darlehensschuld nur mit dem hälftigen Betrag von dem jeweiligen Anfangsvermögen der Parteien abgezogen, da dies ihrer unstreitigen Ausgleichspflicht im Innenverhältnis gem. § 426 Abs. 1 BGB entsprochen habe. Insoweit ist die Berechnung nicht zu beanstanden. Der Senat hat eine entsprechende Berechnungsweise bei der Ermittlung des Endvermögens gebilligt, sofern der Ausgleich der Gesamtschuldner nach der Ausgleichsregel des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zu gleichen Teilen erfolgt (BGHZ 87, 265, 273; BGH FamRZ 1987, 1239, 1240). In gleicher Weise kann bei der Ermittlung des Anfangsvermögens verfahren werden.

2. Die nach Verrechnung mit dem originären Anfangsvermögen jeweils verbleibenden Restschulden haben die Vorinstanzen von den Schenkungen abgezogen, die die Parteien nach der Eheschließung von ihren Eltern erhalten haben und die gem. § 1374 Abs. 2 BGB ihrem Anfangsvermögen hinzuzurechnen sind. ...

3. Den dagegen gerichteten Angriffen der Revision ist im Ergebnis zu folgen.

Das Oberlandesgericht stützt sich auf eine im neueren Schrifttum verbreitete Meinung, die es für rechtspolitisch verfehlt und für unvereinbar mit den Prinzipien der Zugewinngemeinschaft hält, daß ein in der Ehe unter Mitarbeit des anderen Ehegatten erzielter Vermögenserwerb, der voll zum Ausgleich früherer Schulden eines Ehegatten verwendet werde, durch die Regelung des § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB dem Zugewinnausgleich vorenthalten werde. Denn bei wirtschaftlicher oder familiensoziologischer Betrachtung sei die Mitarbeit des anderen Ehegatten wirtschaftlich gleichwertig und dürfe nicht unterschiedlich behandelt werden, je nachdem, ob sie dazu diene, Schulden abzutragen oder das Aktivvermögen zu vergrößern. Auch sei nicht einzusehen, daß bei gleich hohem Vermögenserwerb während der Ehe der anfänglich überschuldete Ehegatte, der seinen Erwerb zur Tilgung seiner Schulden verwendet habe, vom schuldenfreien Ehegatten gegebenenfalls noch einen Zugewinnausgleich erhalten solle (vgl. *Baumeister* in FamGB, § 1374 BGB Rdnr. 6, 17–19; *Erman/Heckelmann*, BGB, 9. Aufl., § 1374 Rdnr. 8; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 2. Aufl., § 1374 BGB

Rdnr. 16, 29; MünchKomm-BGB/*Gernhuber*, 3. Aufl., § 1374 Rdnr. 16; derselbe in *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl., § 36 III S. 543; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 54. Aufl., § 1374 Rdnr. 8, 14; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 8, 10; *Schwab/Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 2. Aufl., VII Rdnr. 87; derselbe FamRZ 1984, 429, 435; *Beitzke/Lüderitz*, Familienrecht, 26. Aufl., § 14 Nr. 3 a S. 135; *Johannsen* WM 1978, 654, 658; *Battes* FuR 1990, 311, 322; *Oehlers*, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 3, S. 82 f.; kritisch insoweit auch *Staudinger/Thiele*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 14). Allerdings wird auch von den Vertretern dieser Meinung die als unbillig empfundene Privilegierung des überschuldeten Ehegatten nicht dadurch beseitigt, daß in allen Fällen der zur Schuldentilgung verwendete Vermögenserwerb während der Ehe dem Endvermögen zugerechnet und damit dem Zugewinnausgleich unterworfen wird. Denn das würde bedeuten, daß der Ehegatte ausgleichspflichtig wird, der keine Vermehrung seines aktiven Vermögens, sondern nur eine Entschuldung erreicht hat. Eine Korrektur wird vielmehr lediglich in den Fällen vorgenommen, in denen dem überschuldeten Ehegatten während der Ehe eine Zuwendung im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB zugeflossen ist. Dann soll dieser privilegierte Erwerb zunächst mit den bei Ehebeginn bestehenden Schulden, d.h. mit dem negativen Anfangsvermögen verrechnet werden.

Die Gegenmeinung hält – auch unter Berücksichtigung der Darlegungen des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 2/3409 S. 9 – eine solche Verrechnung weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn der Regelungen des § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 und Abs. 2 BGB für vereinbar, da es nicht angehe, das gemäß § 1374 Abs. 2 BGB zugewinneutrale Vermögen auch nur teilweise zum Ausgleich der Folgen der als unbillig empfundenen Regelung des § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB einzusetzen (vgl. OLG Bamberg FamRZ 1988, 506; BGB-RGRK/*Finke*, § 1374 BGB Rdnr. 9–11, 23; *Staudinger/Thiele* a.a.O., § 1374 Rdnr. 32; AK-BGB/*Fieseler* § 1374 Rdnr. 3; *Maßfeller/Reinicke*, Gleichberechtigungsgesetz, § 1374 Anm. 4; FamR *Maßfeller/Böhmer*, 1 II BGB § 1375 Anm. 2; *Bergerfurth*, Ehescheidungsprozeß, 9. Aufl. Rdnr. 190; *Reinicke* BB 1957, 759, 760 f.; *Schopp* RPfleger 1964, 69, 71).

4. Der zuletzt genannten Auffassung ist zu folgen; denn nur sie steht mit dem Gesetz in Einklang.

Der Zugewinnausgleich wird von dem Grundsatz beherrscht, daß nur das ausgeglichen werden soll, was am maßgeblichen Stichtag (§ 1384 BGB) als Überschuß (Zugewinn) tatsächlich vorhanden ist. Der Ausgleich ist auf die Hälfte dieses Überschusses begrenzt, wobei im Interesse von Drittgläubigern eine weitere Beschränkung in § 1378 Abs. 2 BGB vorgesehen ist (BGH FamRZ 1988, 925). Dazu enthält § 1374 BGB hinsichtlich des (originären und fiktiven) Anfangsvermögens, das nach Abzug vom Endvermögen zur Feststellung des tatsächlich erlangten Zugewinns führt, zwei Grundaussagen:

a) Nach § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB sollen Verbindlichkeiten, die ein Ehegatte bei Beginn des Güterstandes hat, von seinem Anfangsvermögen nur bis zu dessen Höhe abgezogen werden. Bei Überschuldung ist das Anfangsvermögen daher mit Null anzusetzen, nicht etwa mit dem negativen Wert. Damit soll vermieden werden, daß ein Ehegatte den anderen auch insoweit an seinem Zugewinn beteiligen muß, als er diesen zunächst zur Abtragung seiner anfänglich vorhandenen Schulden verwenden mußte. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel (nach *Maßfeller/Reinicke*, Gleichberechtigungsgesetz, § 1374 Anm. 2): Hat ein Ehegatte bei Ehebeginn 20.000 DM Schulden und bei Scheidung 20.000 DM Vermögen, so hat er zwar in der Ehe tatsächlich 40.000 DM erwirtschaftet, von denen er aber 20.000 DM zur Entschuldung eingesetzt hat. Sein tatsächliches Endvermögen und zugleich sein Zugewinn beträgt daher nur 20.000 DM, von dem er die Hälfte, 10.000 DM, an den anderen Ehegatten, der keinen Zugewinn erzielt hat, abgeben muß. Gäbe es den Grundsatz des § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB nicht, müßte er dagegen den Wert seines gesamten Vermögens dem anderen Ehegatten geben. Denn sein Endvermögen von 20.000 DM überstiege sein negatives Anfangsvermögen (minus 20.000 DM) um 40.000 DM, so daß die hälftige Ausgleichsforderung 20.000 DM betrüge (vgl. auch Beispiele in BT-Drucks. a.a.O. S. 9 und BGB-RGRK/*Finke*, BGB, § 1374 Rdnr. 9 f.). Daran zeigt sich zugleich, daß der Einwand, auch die Befreiung von Schulden stelle einen in der Ehe unter Mitarbeit des anderen Ehegatten erworbenen gleichwertigen Vermögenswert dar, zu einem falschen Ansatz führt und für die Zwecke des Zugewinnausgleichs nichts hergibt. Denn dann müßte auch die Entschuldungssumme zu einem (positiven) Wertausgleich zugunsten des anderen Ehegatten führen, was nur dadurch geschehen könnte, daß der Ehegatte, der seine Schulden getilgt hat, mehr als die Hälfte seines tatsächlichen Restvermögens verliert. Der Gesetzgeber hat in den Ausschußberatungen eine solche Lösung ausdrücklich abgelehnt (BT-Drucks. a.a.O.). Nach der gesetzgeberischen Konzeption des Zugewinnausgleichs soll es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht ankommen und gleichgültig sein, ob bei Eheschließung vorhandene Schulden während der Ehe abgetragen werden konnten. Nur ein aktiver Überschuß soll geteilt werden, nicht aber die Entschuldung eines anfänglichen Passivvermögens. Soweit dies als rechtspolitisch verfehlt und unbillig angesehen wird, kann Abhilfe nur durch den Gesetzgeber geschaffen werden.

b) Nach § 1374 Abs. 2 BGB soll Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von dritter Seite durch Erbschaft, Schenkung oder Ausstattung erwirbt, nicht in die Zugewinnausgleichsbilanz eingestellt werden, sondern ihm allein zustehen, weil der andere Ehegatte dazu weder unmittelbar noch mittelbar beigetragen hat. Der Gesetzgeber hat dies berechnungstechnisch dadurch gelöst, daß dieser Vermögenserwerb – nach Abzug der damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten – dem Anfangsvermögen hinzugerechnet wird (sogenanntes fiktives Anfangsvermögen). Auch andere Wege wären denkbar gewesen, wie etwa die Kürzung des Endvermögens (vgl. *Staudinger/Thiele*, BGB, § 1374 Rdnr. 32). Der Rechtsausschuß hat dazu ausgeführt (BT-Drucks. a.a.O.): „Die unentgeltliche Zuwendung soll dem Ehegatten, der die Zuwendung erhalten hat, in vollem Umfang allein zugute kommen. Hat der Ehegatte, der bei Eintritt des Güterstandes 10.000 DM besessen und 20.000 DM Schulden gehabt hatte, später 10.000 DM geerbt, so ist sein Anfangsvermögen einschließlich des hinzuzurechnenden Vermögens nicht etwa mit Null anzusetzen; es beträgt vielmehr 10.000 DM, weil die Erbschaft in Höhe von 10.000 DM gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem nach § 1374 Abs. 1 BGB errechneten Anfangsvermögen (= 0, nicht = –10.000 DM) hinzugerechnet wird. Tilgt der Ehegatte mit seinen Einkünften, die er während der Ehe erzielt hat, die 20.000 DM Schulden und besitzt er am Ende der Ehe 20.000 DM (10.000 DM ursprüngliches Vermögen + 10.000 DM Erbschaft), so stellt dieser Betrag sein Endvermögen dar. Der Ehegatte hat demgemäß nur einen Gewinn von 10.000 DM erzielt; um diesen Betrag übersteigt das Endvermögen von 20.000 DM das Anfangsvermögen einschließlich des hinzuzurechnenden Vermögens von 10.000 DM."

c) Die Wertansätze nach § 1374 Abs. 1 und Abs. 2 BGB müssen entsprechend diesen Grundaussagen demnach getrennt voneinander erfolgen (so zutreffend FamR *Maßfeller/Böhmer*, 1 II BGB, § 1375 Anm. 2 b; a.A. *Johannsen* WM 1978, S. 658: „einheitlicher Rechnungsposten"). Ein Ehegatte braucht den anderen nicht – auch nicht teilweise – an der privilegierten Zuwendung zu beteiligen (*Reinicke/Tiedtke* WM 1982, 946, 950, 951). Zu diesem Ergebnis käme es aber, wenn ein defizitäres Anfangsvermögen mit einem solchen Hinzuerwerb verrechnet würde. Denn dies würde zu einer Schmälerung des hinzuzurechnenden Anfangsvermögens und damit zu einer Vergrößerung des Zugewinns führen. Der vom Gesetz erstrebte Schutz des Ehegatten, dem eine Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB zugeflossen ist, wäre damit nicht mehr gegeben. Daher braucht die Erbschaft, Schenkung oder ähnliches nicht dazu verwendet zu werden, die beim Eintritt des Güterstandes vorhandenen Schulden aufzufüllen (*Maßfeller/Reinicke,* Gleichberechtigungsgesetz, § 1374 Anm. 4; *Staudinger/Thiele*, BGB, § 1374 Rdnr. 32; BGB-RGRK/*Finke* a.a.O. Rdn. 21, 23).

Auch beim privilegierten Hinzuerwerb gem. § 1374 Abs. 2 BGB kann es Negativwerte geben, etwa bei einer überschuldeten Erbschaft, die aus Pietätsgründen angenommen wurde. Hier besteht jedoch – auch unter Vertretern der hier abgelehnten Auffassung (vgl. etwa *Baumeister* in FamGB, § 1374 BGB Rdnr. 16; *Schwab* FamRZ 1984 S. 435) – Einigkeit darüber, daß die Schulden entsprechend der Regelung des § 1374 Abs. 1 Halbs. 2 BGB nur bis zur Höhe des Hinzuerwerbs abgezogen werden können. Überschießende Verbindlichkeiten sollen nicht etwa mit einem originären positiven Anfangsvermögen verrechnet werden. Dieses bleibt unangetastet, die Wertansätze für das originäre und das fiktive Anfangsvermögen sind getrennt vorzunehmen. Andernfalls würde die Privilegierung des § 1374 Abs. 2 BGB in ihr Gegenteil verkehrt. Der Ehegatte würde benachteiligt, wenn sein originäres Anfangsvermögen durch die Nachlaßverbindlichkeiten unter den Stand vor dem Erbfall gedrückt würde. Denn sein Zugewinn wäre größer, als wenn er nicht geerbt hätte (BGB-RGRK/*Finke* § 1374 BGB Rdnr. 21). Wenn aber ein negativer Hinzuerwerb nicht mit einem positiven Anfangsvermögen verrechnet werden darf, wäre es inkonsequent, ein originäres negatives Anfangsvermögen mit dem positiven Hinzuerwerb zu verrechnen.

d) Den Vertretern der Gegenmeinung ist allerdings einzuräumen, daß derjenige Ehegatte, dem die Zuwendung erst während der Ehe zugeflossen ist, besser steht als derjenige, der sie schon vor der Ehe erhalten hat, da im zweiten Falle eine Verrechnung mit dem überschuldeten Anfangsvermögen stattfindet (*Soergel/Lange*, BGB, § 1374 Rdnr. 10, *Baumeister* in FamGB, § 1374 BGB Rdnr. 19). Dieses Ergebnis ist indes Ausfluß der schematisierenden Stichtagsregelung für das Anfangsvermögen, die wie jede Stichtagsregelung gewisse Härten oder Ungereimtheiten mit sich bringen kann. Der Gesetzgeber hat derartige Folgen bewußt in Kauf genommen (*Maßfeller/Reinicke* a.a.O. Anm. 4) und konnte dies auch, ohne sich dem Vorwurf einer unsachgerechten, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßenden Regelung auszusetzen (vgl. BVerfGE 49, 260, 275; 80, 297, 311). Weder im Wortlaut des Gesetzes noch in der Entstehungsgeschichte findet sich ein Anhaltspunkt dafür, daß der gemäß § 1374 Abs. 2 BGB privilegierte Erwerb dem erwerbenden Ehegatten nur dann allein zugute kommen soll, wenn er über ein originäres aktives Anfangsvermögen verfügt, dagegen bei einem passiven Anfangsvermögen ganz oder teilweise dem Zugewinnausgleich unterliegen soll. Es ist nicht einzusehen, warum derjenige, der mit einem überschuldeten Partner die Ehe eingeht, an dessen privilegiertem Erwerb teilhaben soll, während dies dann, wenn das Anfangsvermögen positiv oder jedenfalls gleich Null ist, ausgeschlossen ist (OLG Bamberg FamRZ 1988, 506; vgl. auch *Soergel/Lange*, BGB, § 1374 Rdnr. 10). Denn der Ehegatte eines überschuldeten Partners kann um so weniger mit einem nennenswerten Zugewinn im Falle der Scheidung rechnen.

e) Es wird weiter vertreten, einer Systemkorrektur im Wege der Verrechnung des negativen Anfangsvermögens mit dem privilegierten Hinzuerwerb bedürfe es zumindest dann, wenn bei gleich hohem Vermögenserwerb während der Ehe der schuldenfreie Ehegatte dem anfänglich überschuldeten Ehegatten noch einen Zugewinnausgleich zahlen müsse. Durch die Anwendung der Härteklausel des § 1381 BGB könne, wenn nicht noch sonstige Billigkeitsgesichtspunkte hinzuträten, ein gerechtes Ergebnis nicht erreicht werden (*Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, § 1374 Rdnr. 16 und § 1381 Rdnr. 5; *Soergel/Lange*, BGB, § 1381 Rdnr. 18; gegen eine Anwendung des § 1381 auch *Staudinger/Thiele*, BGB, § 1381 Rdnr. 34; MünchKomm-BGB/*Gernhuber* § 1381 Rdnr. 2, 25; a.A. BGB-RGRK/*Finke* § 1381 Rdnr. 13; *Schwab/Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, VII Rdnr. 177). Dem liegt zwar der zutreffende Gedanke zugrunde, daß Härteklauseln nur der Durchsetzung der Einzelfallgerechtigkeit dienen, nicht aber der generellen Korrektur von systematischen oder methodischen Ansätzen des Gesetzgebers, die als rechtspolitisch verfehlt und unbillig angesehen werden (BGHZ 46, 343, 353; vgl. auch BGB FamRZ 1982, 999, 1001 und FamRZ 1989, 1163, 1165 m.w.N. für die rechtsähnliche Lage beim Versorgungsausgleich). Indessen vermag der Umstand, daß § 1381 BGB schon von seiner Zweckbestimmung her nicht geeignet ist, generell Abhilfe zu schaffen, eine vom gesetzlichen System des § 1374 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB abweichende Lösung nicht zu rechtfertigen. (...)

---

20. EGBGB 1986 Art. 235 § 2 Satz 2; DDR: ZGB §§ 390, 388
(Bindung an gemeinschaftliches Testament im Beitrittsgebiet)

Die Bindung des überlebenden Ehegatten an das gemeinschaftliche Testament gem. § 390 Abs. 2 ZGB gilt ausschließlich für Verfügungen von Todes wegen.

BGH, Urteil vom 18.1.1995 – IV ZR 88/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien, deren Väter Brüder sind, leben im Beitrittsgebiet im gleichen Ort. Sie streiten um ein Hausgrundstück in ihrem Wohnort, das ihren verstorbenen Großeltern väterlicherseits gehört hat.

Die Großeltern errichteten am 14.6.1987 gemeinsam ein Testament. Danach sollte die Klägerin das Hausgrundstück bekommen, während die übrigen landwirtschaftlichen Grundstücke anderweitig auf Söhne und Enkel verteilt wurden. Weiter heißt es im Testament:

> Das nach dem Tode des Letztlebenden vorhandene Guthaben bekommt zur Hälfte unser Sohn H. E., zur Hälfte (die Klägerin), die dafür die Pflege des Letztlebenden im Krankheitsfall übernimmt.

Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung lebten im Erdgeschoß des Hauses die Großeltern, im ersten Stock die Klägerin mit ihrer Familie. Der Großvater starb wenig später am 25.6.1987. Aufgrund Erbscheins vom 24.3.1988 wurde die Großmutter als Eigentümerin eingetragen. Sie übertrug das Hausgrundstück am 5.3.1990 durch notariellen Vertrag auf den im Testament nicht bedachten Beklagten. In einer eidesstattlichen Versicherung vom 12.8.1991, die sie in einem vor dem Kreisgericht W. von der Klägerin angestrengten Verfahren abgab, erklärte die Großmutter, sie wolle der Klägerin das Grundstück nicht mehr zuwenden, weil diese sich nicht genug um sie kümmere. Der Beklagte wurde als Eigentümer eingetragen. Die Großmutter starb im November 1991.

Die Klägerin meint, die Großmutter habe wegen des gemeinschaftlichen Testamentes das Hausgrundstück nicht mehr dem Beklagten übertragen dürfen. Das Landgericht hat ihre Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten verurteilt, die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin zu bewilligen und ihr das Grundstück herauszugeben.

Die Revision führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. Gem. Art. 235 § 2 Satz 2 EGBGB wird die Bindung des Erblassers bei einem gemeinschaftlichen Testament nach dem bisherigen Recht beurteilt, sofern das Testament vor dem Wirksamwerden des Beitritts errichtet worden ist. Das am 14.6.1987 errichtete Testament der Großeltern ist ein gemeinschaftliches Testament im Sinne von §§ 388 und 390 ZGB. Dem Landgericht und dem der Großmutter erteilten Erbschein folgend legt das Berufungsurteil das gemeinschaftliche Testament dahin aus, daß die Großmutter als überlebender Ehegatte Alleinerbe des gesamten Nachlasses und nach ihrem Tod eine Schlußerbeneinsetzung wirksam werden sollte. Das ist insbesondere im Hinblick auf die im Testament für den Fall des Todes des Letztlebenden getroffenen Anordnungen nicht zu beanstanden. Schließlich ist dem Berufungsurteil auch darin zu folgen, daß für die Entscheidung der Frage nach dem Umfang der Bindungswirkung des § 390 ZGB, ob nämlich die Übertragung des Hausgrundstücks auf den Beklagten wirksam ist, die frühere Rechtspraxis im Beitrittsgebiet maßgeblich ist (BGHZ 124, 270, 277 [= MittBayNot 1994, 146]; BGHR DDRFGB § 41 Vertretungsbefugnis 1 und NJW 1993, 2531 unter II 1).

II. Diese Frage wird im Berufungsurteil aber falsch beantwortet.

1. Das Berufungsgericht meint, aus den Regelungen in den §§ 45 Abs. 3 Satz 2, 47 Abs. 1, 68 Abs. 1 ZGB den allgemeinen Rechtsgedanken entnehmen zu können, daß ein Rechtsgeschäft keinen Bestand haben soll, das einen Vertragspartner oder einen schutzwürdigen Dritten bewußt schädigen soll. Danach sei der Übertragungsvertrag vom 5.3.1990 nichtig. Die Klägerin habe Schlußerbin des Hausgrundstücks werden sollen. Der Schlußerbe sei nach § 390 Abs. 2 Satz 2 ZGB gegenüber beeinträchtigenden Verfügungen des überlebenden Ehegatten nicht völlig schutzlos. Diese Bestimmung sei mit § 2271 Abs. 2 BGB vergleichbar. Deshalb sei es gerechtfertigt, die Grundsätze zum Schutz des Vertragserben in analoger Anwendung der §§ 2287, 2288 BGB heranzuziehen. Deren Voraussetzungen seien erfüllt. Die Klägerin sei dadurch erheblich beeinträchtigt, daß die Großmutter ohne anerkennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse zur „Bestrafung" der Klägerin den wesentlichen Nachlaßgegenstand dem Beklagten schenkweise überlassen habe.

2. Es kann unterstellt werden, daß die Klägerin nach dem gemeinschaftlichen Testament alleinige Schlußerbin werden sollte. Diese Stellung und das gemeinschaftliche Testament hinderten die Großmutter nicht, zu Lebzeiten anderweitig über das Hausgrundstück zu verfügen.

a) Wortlaut und Aufbau von § 390 ZGB belegen, daß Verfügungen des Überlebenden „frei" möglich sind. Der Überlebende ist nur hinsichtlich des bei seinem Tod noch vorhandenen (nicht „wegverfügten") Nachlasses gebunden. Diese Bestimmung lautet:

> Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments
>
> (1) Die Ehegatten sind an das gemeinschaftliche Testament gebunden, solange es nicht widerrufen oder aufgehoben wird. Die Ehegatten können sich gegenseitig ermächtigen, vom gemeinschaftlichen Testament abweichende Verfügungen zu treffen.
>
> (2) Der überlebende Ehegatte kann über den Nachlaß frei verfügen. Testamentarische Verfügungen des überlebenden Ehegatten, die dem gemeinschaftlichen Testament widersprechen, sind nichtig.

Die freie Befugnis zu „verfügen" des § 390 Abs. 2 Satz 1 ist uneingeschränkt. Ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Verbot solcher Verfügungen wäre wegen Verstoßes gegen § 371 Abs. 2 ZGB nichtig (so Anm. 2 zu § 390 ZGB in dem Kommentar des Ministeriums der Justiz). Die freie Befugnis erstreckt sich auf alle Verfügungen, die der überlebende Ehegatte zu seinen Lebzeiten vornimmt. Zwar mag das Zivilgesetzbuch das Abstraktionsprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgegeben haben (dazu *Westen/Schleider*, Zivilrecht im Systemvergleich, Rechtwiss. Veröff. des Osteuropa-Instituts der Freien Universität Berlin Bd. 13, Baden-Baden 1984, S. 315–320). Dennoch ist nichts dafür ersichtlich, daß der Begriff „verfügen" in § 390 Abs. 2 Satz 1 ZGB für die Übertragung von Eigentum zu Lebzeiten anders verwendet wird als im sonstigen Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts. Demgemäß handelt es sich dabei um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, das unmittelbar auf die bestehende Rechtslage an einem Gegenstand einwirkt. Eine Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Verfügungen, wie sie etwa § 2113 Abs. 2 BGB vornimmt, enthält § 390 ZGB nicht.

Diese Vorschrift statuiert in Abs. 2 Satz 2 eine Ausnahme von der freien Befugnis nur für „testamentarische Verfügungen". Eine solche Verfügung – von Todes wegen – ist etwas grundsätzlich anderes als eine Verfügung unter Lebenden (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 2. Aufl., § 1937 Rdnr. 5). Sie wird in § 370 Abs. 1 ZGB als weitere Möglichkeit zur Begründung der Erbfolge neben die gesetzliche Erbfolge der §§ 364 ff. ZGB gestellt. Nur für die Verfügung von Todes wegen, also nur für die Regelung der testamentarischen Erbfolge gilt die Bindung des § 390 Abs. 2 Satz 2 ZGB. Deshalb ist es rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht aus der für die Verfügung von Todes wegen geltenden Ausnahme vom Grundsatz der freien Verfügbarkeit schließen will, auch zu Lebzeiten sei die Verfügungsbefugnis nicht uneingeschränkt.

b) Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift spricht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts. Durch das Zivilgesetzbuch wurde der Erbvertrag mit seinen weitreichenden – aber dennoch vom Berufungsgericht analog herangezogenen – Bindungen in §§ 2287, 2288 BGB ersatzlos abgeschafft. Mit Recht hebt die Revision, wie schon das Urteil des Landgerichts, hervor, daß das Zivilgesetzbuch die Bindung des Überlebenden im Vergleich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch schwächer ausgestaltet und seine Rechtsstellung stärkt (*Lüdtke-Handjery*, Betrieb 1976, 229, 231

unter A III 6; *Meincke*, JR 1976, 47, 50 unter III 3; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., EGBGB Art. 235 § 2 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 2. Aufl., Erbrecht Einl. Rdnr. 248 und Ergänzungsband EinigVtr Rdnr. 713). Der überlebende Ehegatte wird freier gestellt, abweichend von Todes wegen zu verfügen und die Wechselbezüglichkeit zu beseitigen. Wenn er das gemeinschaftliche Testament widerruft und die Erbschaft ausschlägt, behält er nach § 392 Abs. 4 Satz 2 ZGB trotz dieser Ausschlagung – anders als im Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 2271 Abs. 2 Satz 1 und 2303 BGB, dazu *Palandt/Edenhofer*, 54. Aufl., Vorbem. 2 zu § 2303) – den Pflichtteilsanspruch. Er kann trotz Annahme der Erbschaft seine Verfügung von Todes wegen aufheben, wenn er das aus der Erbschaft Erlangte unter Abzug seines gesetzlichen Erbteils an die eingesetzten Erben herausgibt, oder wenn diese darauf verzichten (§ 393 Abs. 1 ZGB).

c) Die maßgebliche Rechtspraxis im Beitrittsgebiet hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Nach dem bereits oben unter a) erwähnten Regierungskommentar hindert das gemeinschaftliche Testament „den überlebenden Ehegatten nicht, Nachlaßgegenstände zu veräußern". Der Begriff „veräußern" wird im bürgerlichen Recht seit jeher (vgl. die einhellige Meinung zu §§ 135, 136 BGB) in gleicher Weise wie der Begriff „verfügen" gebraucht. Wiederum spricht nichts dafür, daß dieser Begriff in der genannten Kommentierung anders, etwa eingeschränkt im Sinne einer entgeltlichen Verfügung verstanden worden sein soll. Vielmehr zeigt der folgende Satz der Kommentierung, wonach Verbote von Verfügungen zu Lebzeiten nichtig sind, daß Veräußerung und Verfügung synonym verwendet werden. Folgerichtig hat *Schweizer*, Notar beim Staatlichen Notariat Berlin, in NJ 1987, 289, 290 den DDR-Notar für verpflichtet gehalten, bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes darauf hinzuweisen, daß der Überlebende den Nachlaß veräußern oder sogar verschenken kann.

d) Die Erwägung des Berufungsgerichts, aus §§ 45 Abs. 3 Satz 2 und 68 Abs. 1 ZGB könne bei Benachteiligungsabsicht wegen der Regelungen der §§ 2271 Abs. 2, 2287 und 2288 BGB doch eine Bindung zu Lebzeiten entnommen werden, ist danach rechtsfehlerhaft (MünchKomm-BGB/*Leipold*, 2. Aufl., Ergänzungsband EinigVtr. Rdnr. 713; *Limmer*, ZEV 1994, 290, 294).

Dennoch kommt das Berufungsurteil sogar zur Nichtigkeit, nicht etwa nur wie § 2287 BGB zu einem Bereicherungsanspruch. §§ 45 Abs. 3 Satz 2 und 68 Abs. 1 ZGB sind aber die Entsprechungen zu §§ 134 und 138 BGB. Die Nichtigkeit, die aus diesen vergleichbaren ZGB- und BGB-Bestimmungen folgt, kann aus der besonderen, nur für den Erbvertrag gedachten Regelung des § 2287 BGB mit ihrer Bereicherungsfolge nicht hergeleitet werden, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Umgehung (BGHZ 59, 343, 348 [=DNotZ 1973, 421 = MittBayNot 1973, 101]). Anhaltspunkte dafür, daß die Großmutter bei Abschluß des Überlassungsvertrages sittenwidrig handelte (vgl. auch dazu BGHZ a.a.O.), sind angesichts ihrer Befugnis, frei zu verfügen, nicht ersichtlich.

---

21. BGB § 133, § 2274; RAG-DDR § 25 Abs. 2, § 26; ZGB-DDR § 372, § 403 Abs. 2 *(Erteilung eines Erbscheins beschränkt auf dem Erbrecht der ehem. DDR unterliegenden Nachlaßteil; Erbausschlagung gegenüber bundesdeutschem Nachlaßgericht ohne Wirkung auf diesen Nachlaßteil; erbvertragliche Verfügung über dem Erbrecht der ehem. DDR unterstelltes Vermögen möglich; zur Auslegung, ob Erbeinsetzung auch den abgespaltenen Nachlaß umfaßt)*

1. **War ein 1985 in der Bundesrepublik verstorbener Erblasser an einer Erbengemeinschaft beteiligt, zu deren Vermögen auch Grundbesitz in der DDR gehörte, so kann das Nachlaßgericht einen Erbschein erteilen, der sich auf das durch § 25 Abs. 2 RAG-DDR dem Erbrecht der ehemaligen DDR unterstellte Vermögen beschränkt, selbst wenn im Einzelfall zweifelhaft ist, ob und welches Vermögen durch diese Vorschrift erfaßt wird.**

2. **Bei Nachlaßspaltung konnte eine Ausschlagung, die vor dem 3.10.1990 lediglich gegenüber dem bundesdeutschen Nachlaßgericht erklärt worden ist, grundsätzlich nicht auch für den dem Erbrecht der DDR unterliegenden Nachlaßteil wirksam werden. Denn insoweit war die Ausschlagung gegenüber einem Staatlichen Notariat der DDR zu erklären. Dieser Mangel wird nicht durch Art. 231 § 7 Abs. 1 EGBGB geheilt, auch wenn die Ausschlagungserklärung durch einen West-Notar beglaubigt worden ist.**

3. **Verfügungen, die ein Erblasser mit Wohnsitz in der Bundesrepublik im Jahr 1976 in einem Erbvertrag über Vermögen getroffen hat, das gemäß § 25 Abs. 2 RAG-DDR dem Erbrecht der DDR unterlag, sind nicht allein deshalb unwirksam, weil das zu diesem Zeitpunkt geltende Erbrecht der DDR den Erbvertrag nicht mehr kannte.**

4. **Hat im Fall einer Nachlaßspaltung der Erblasser durch letztwillige Verfügung ohne nähere Bestimmung einen Alleinerben eingesetzt, so ist regelmäßig davon auszugehen, daß diese Erbeinsetzung den gesamten Nachlaß erfaßt. Jedoch kann sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ein anderer Wille des Erblassers ergeben. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Insoweit sind die Normen des Rechts maßgebend, dem der Nachlaßteil unterliegt, dessen Einbeziehung in die Erbeinsetzung zweifelhaft ist.**

5. **Zur Auslegung nach dem Erbrecht der DDR und zur Anwendung der Andeutungstheorie in einem solchen Fall.**

BayObLG, Beschluß vom 13.2.1995 – 1 Z BR 96/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die ledige kinderlose Erblasserin verstarb im Jahr 1985. Ihren letzten Wohnsitz hatte sie im Amtsgerichtsbezirk Garmisch-Partenkirchen. Dort hatte sie mit notariellem Kaufvertrag vom 16.7.1976 zusammen mit dem Beteiligten zu 4, einem ihr aus einem früheren Wohnungsverkauf bekannten Makler, einen Bauplatz erworben. Am selben Tag hatte sie, ebenfalls mit dem Beteiligten zu 4, einen Erbvertrag abgeschlossen, indem sie folgendes bestimmte:

„Ich setze hiermit Herrn ... (Beteiligter zu 4) zu meinem Alleinerben ein. Ersatzerben sind die gesetzlichen Erben von Herrn ... (Beteiligter zu 4)."

Der Miteigentumsanteil an dem Grundstück stellte damals und in der Folgezeit den einzigen wesentlichen Vermögenswert der Erblasserin dar. Auf ihm wurde, wie von Anfang an beabsichtigt, ein von der Erblasserin geführtes Gästehaus errichtet. Die von dem Beteiligten zu 4 in diesem Zusammenhang geschuldeten und erbrachten Leistungen sind zwischen den Beteiligten umstritten. Da die Erblasserin die von ihr im Zusammenhang mit der Errichtung und Führung des Gästehauses eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllen konnte, wurde das Grundstück im Jahr 1983 versteigert und von dem Beteiligten zu 4 im Rahmen der Versteigerung erworben. Der zum Zeitpunkt ihres Todes in der Bundesrepublik Deutschland befindliche Nachlaß der Erblasserin war überschuldet. Jedoch war sie als Erbin ihrer Mutter an einer Erbengemeinschaft beteiligt, zu deren Vermögen auch Grundbesitz in Mecklenburg-Vorpommern gehörte. Mindestens eines der Grundstücke war im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin nicht in Volkseigentum überführt worden.

Der Beteiligte zu 4 schlug die Erbschaft mit notariell beglaubigter Erklärung aus, ebenso seine Ehefrau (Beteiligte zu 5) und seine Kinder (Beteiligte zu 6 und 7). Sein Vater und das einzige Kind seiner Schwester (Beteiligter zu 8) erklärten die Ausschlagung zur Niederschrift des Amtsgerichts Hamburg. Sämtliche Ausschlagungserklärungen wurden dem Nachlaßgericht Garmisch-Partenkirchen zugeleitet. Nachdem auch der einzige Bruder der Erblasserin und dessen Kinder (die Beteiligten zu 1 und 3) zu notarieller Urkunde die Ausschlagung der Erbschaft erklärt hatten, stellte das Nachlaßgericht mit Beschluß vom 31.1.1986 fest, daß ein anderer Erbe als der bayerische Fiskus (Beteiligter zu 9) nicht vorhanden sei.

Mit Erklärung vom 13.2.1991 an das Nachlaßgericht focht der Bruder der Erblasserin seine Ausschlagung an. Zur Begründung führte er aus, er sei davon ausgegangen, daß die in der ehemaligen DDR gelegenen Grundstücke auf Dauer für die Erben nicht zur Verfügung stehen würden. Am 16.1.1992 verstarb der Bruder der Erblasserin. Er wurde von den Beteiligten zu 1 bis 3 beerbt.

Der Beteiligte zu 1 hat am 20.3.1992 einen Erbschein beantragt, wonach die Erblasserin aufgrund Gesetzes bezüglich des im Beitrittsgebiet belegenen unbeweglichen Vermögens von ihrem Bruder allein beerbt worden sei. Er ist der Auffassung, daß die Erbeinsetzung in dem Erbvertrag vom 16.7.1976 das in der ehemaligen DDR gelegene Immobiliarvermögen nicht erfaßt habe. Jedenfalls sei die Verfügung bezüglich dieser Vermögensbestandteile unwirksam, da insoweit das Recht der ehemaligen DDR gelte, das einen Erbvertrag nicht kenne. Auch sei der Vertrag sittenwidrig und entbehre der Geschäftsgrundlage. Hilfsweise hat der Beteiligte zu 1 namens der Erben des Bruders den Erbvertrag wegen Irrtums angefochten. Die Beteiligten zu 4 bis 7 sind dem Erbscheinsantrag entgegengetreten.

Sie sind der Auffassung, der Beteiligte zu 4 sei aufgrund des Erbvertrages Erbe des gesamten Nachlasses, auch bezüglich des in der ehemaligen DDR gelegenen Immobiliarvermögens, geworden.

Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 13.10.1993 angekündigt, es werde dem Beteiligten zu 1 nach Vorlage weiterer Urkunden einen Erbschein erteilen, wonach die Erblasserin hinsichtlich des Eigentums und anderer Rechte an Grundstücken und Gebäuden auf dem Gebiet der ehemaligen DDR einschließlich Ostberlin unter Anwendung des Rechts der DDR von ihrem Bruder allein beerbt worden sei. Dies hat es damit begründet, daß die erklärten Ausschlagungen hinsichtlich dieser Vermögensbestandteile unwirksam seien, weil sie nicht gegenüber dem zuständigen Staatlichen Notariat der DDR erklärt worden seien. Der Erbvertrag sei sittenwidrig und damit nichtig, so daß gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

Gegen diese Entscheidung haben die Beteiligten zu 4 bis 7 Beschwerde eingelegt. Das Nachlaßgericht hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen. Das Landgericht hat mit Beschluß vom 8.4.1994 die Beschwerde des Beteiligten zu 4 zurückgewiesen und die Beschwerde der Beteiligten zu 5 bis 7 als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 4 bis 7. Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind dem Rechtsmittel entgegengetreten.

Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

2. (...)

3. Die Ausführungen des Landgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 27 Abs.1 FGG, § 550 ZPO).

a) Die Beschwerde des Beteiligten zu 4 hat das Landgericht, zu Recht als zulässig angesehen. Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind jedoch auch die Beschwerden der Beteiligten zu 5 bis 7 zulässig. *(Wird ausgeführt.)*

b) Das Landgericht hat den ihm zur Entscheidung angefallenen Verfahrensgegenstand nicht vollständig behandelt. Das Nachlaßgericht hatte einen Erbschein angekündigt, wonach die Erblasserin hinsichtlich des durch § 25 Abs. 2 des Rechtsanwendungsgesetzes der DDR (RAG-DDR) erfaßten Immobiliarvermögens von ihrem Bruder allein beerbt worden sei. Gegenstand der Entscheidung ist daher in vollem Umfang auch das Erbrecht des Bruders, nicht nur, wie das Landgericht offenbar gemeint hat, die Frage, ob ein Erbrecht des Beteiligten zu 4 an diesem Nachlaßteil besteht. Gegen dieses Erbrecht des Bruders wenden sich die Beschwerden. Das Landgericht trat daher in vollem Umfang an die Stelle des Nachlaßgerichts und hatte das gesamte Sach- und Rechtsverhältnis, wie es sich zur Zeit seiner Entscheidung darstellte, seiner Beurteilung zu unterziehen (BayObLGZ 1994, 73/76). Es hätte sich nicht damit begnügen dürfen zu entscheiden, ob die Ausschlagung der Erbschaft durch den Beteiligten zu 4 wirksam war. Allein aus der Wirksamkeit dieser Ausschlagung ergibt sich nämlich nicht ohne weiteres auch die Erbenstellung des Bruders. Dieser hatte, wie der Beteiligte zu 4, die Ausschlagung der Erbschaft in notariell beglaubigter Form erklärt. Außerdem hatten der Vater des Beteiligten zu 4 sowie der Beteiligte zu 8 die Erbschaft lediglich durch Erklärung zu Protokoll des Amtsgerichts Hamburg ausgeschlagen. Das Landgericht hätte sich daher, ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt, damit befassen müssen, ob diese Personen aufgrund des Erbvertrages als Ersatzerben berufen waren, wenn ja, aus welchem Grund ihre Erbausschlagung wirksam gewesen sein soll, wenn nein, warum die Ausschlagung des Bruders unwirksam war.

c) Das Landgericht hat angenommen, die Ausschlagung des Beteiligten zu 4 vom 3.6.1985 sei auch in bezug auf den in der ehemaligen DDR gelegenen Immobiliarnachlaß wirksam. Es hat dies mit einem Hinweis auf Art. 231 § 7 Abs.1 EGBGB begründet. Dieser Rechtsauffassung kann sich der Senat nicht anschließen.

aa) Das Landgericht ist in Übereinstimmung mit dem Nachlaßgericht davon ausgegangen, daß hinsichtlich des Eigentums und anderer Rechte an Grundstücken und Gebäuden in der ehemaligen DDR Nachlaßspaltung eingetreten ist (§ 25 Abs. 2 RAG-DDR i.V.m. Art. 28 EGBGB a.F. in entsprechender Anwendung), so daß die genannten Nachlaßgegenstände einen selbständigen Nachlaßteil bilden, bei dem sich die Erbfolge nach dem im Zeitpunkt des Erbfalls in der ehemaligen DDR geltenden Zivilgesetzbuch (ZGB-DDR) richtet. Dies entspricht, da die Erblasserin während der Geltungsdauer der genannten Gesetze verstorben ist, der allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. BayObLGZ 1991, 103/104 f. [= DNotZ 1992, 442] und BayObLG FamRZ 1994, 723/724 [= DNotZ 1994, 394 = MittBayNot 1994, 152], ferner *Palandt/Edenhofer*, BGB, Art. 235 § 1 EGBGB Rdnr. 7, jeweils m.w.N.). Allerdings könnte zweifelhaft sein, ob die in den Nachlaß fallenden Rechtspositionen der Erblasserin, soweit sie einen Bezug zu Grundstücken in der ehemaligen DDR aufweisen, als Eigentum oder Recht an Grundstücken oder Gebäuden im Sinn des

§ 25 Abs.2 RAG-DDR zu qualifizieren sind. Die Erblasserin war Alleinerbin ihrer Mutter. Diese wiederum war nach einem Urteil des Kreisgerichts ... vom 21.11.1958 zusammen mit ihrem Bruder gemeinschaftliche Erbin am Nachlaß ihrer Eltern, für den nach dem Tod des Vaters offenbar fortgesetzte Gütergemeinschaft nach der Pommerschen Bauernordnung bestanden hatte. Im Eigentum dieser fortgesetzten Gütergemeinschaft wiederum standen Grundstücke im Bezirk des vormaligen Kreisgerichts ... In den Nachlaß fällt daher, sollten sich seit dem genannten Urteil Änderungen nicht ergeben haben, lediglich ein Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Es ist zweifelhaft, ob ein solcher Anteil als Eigentum oder Recht an einem Grundstück im Sinn des § 25 Abs. 2 RAG-DDR qualifiziert werden kann (*Schotten/Johnen*, DtZ 1991, 257/260). Diese Frage muß jedoch im Erbscheinsverfahren nicht abschließend geklärt werden (KG OLGZ 1992, 279 [= DNotZ 1992, 445]; *Palandt/Edenhofer*, Art. 235 § 1 EGBGB Rdnr. 8; *Schotten/Johnen*, a.a.O). Es genügt die Tatsache, daß ein Recht möglicherweise als „unbewegliches Vermögen" i.S. des § 25 Abs. 2 RAG-DDR einzuordnen ist, um ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins zu begründen (OLG Zweibrücken FamRZ 1992, 1474/1475).

bb) Da infolge der Nachlaßspaltung der von § 25 Abs. 2 RAG-DDR erfaßte Nachlaßteil als eigener Nachlaß zu behandeln ist, sind die Zulässigkeit, die Voraussetzungen und die Wirkungen einer Ausschlagung sowie die Anfechtung einer solchen Ausschlagung selbständig und zwar grundsätzlich nach dem Recht der ehemaligen DDR als dem Erbstatut zu beurteilen (vgl. BayObLGZ 1991, 103/105 [=DNotZ 1992, 442] sowie 1994, 40/49; *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 1944 Rdnr. 13 m.w.N.). Gem. § 403 Abs. 2 Satz 1 ZGB war die Ausschlagung gegenüber einem Staatlichen Notariat der DDR zu erklären. Diese Vorschrift betrifft nicht die (in § 403 Abs. 2 Satz 2 ZGB-DDR gesondert geregelte) Form der Erklärung, sondern den Erklärungsempfänger. Daher genügt es für die Wirksamkeit der Ausschlagung grundsätzlich nicht, wenn die Erklärung wie hier lediglich gegenüber dem damals in den alten Bundesländern zuständigen Nachlaßgericht erklärt worden ist (so die heute fast einhellige Meinung, vgl. BayObLG und *Palandt/Edenhofer* a.a.O sowie KG OLGZ 1992, 279 [= DNotZ 1992, 445]; ausführlich *Lorenz* DStR 1994, 584/586 sowie *Bestelmeyer* Rpfleger 1993, 381/382). Dies entspricht auch der Beurteilung, die diese Frage in der ehemaligen DDR gefunden hatte (vgl. Ministerium der Justiz, Kommentar zum ZGB der DDR, 2. Aufl., § 403 Anm. 2; *Herrmann*, Erbrecht und Nachlaßverfahren in der DDR, S. 59). Ein Ausnahmefall, der zu einer anderen Beurteilung Anlaß geben könnte (vgl. *Palandt/Edenhofer* und *Lorenz* jeweils a.a.O), ist hier nicht gegeben. Insbesondere kommt eine analoge Anwendung des § 7 FGG (vgl. zu den Voraussetzungen BayObLGZ 1994, 40/49 ff.) nicht in Betracht. Denn das bundesdeutsche Nachlaßgericht, dem gegenüber die Ausschlagungserklärung abgegeben worden ist, war für deren Entgegennahme hinsichtlich des übrigen Nachlasses zuständig. Ihm war nicht bekannt, daß zum Nachlaß auch Vermögen gehörte, das gem. § 25 Abs. 2 RAG-DDR möglicherweise einem anderen Erbstatut unterlag. Ein Vertrauensschutz für die Beteiligten war daher nicht geboten (ebenso KG OLGZ 1992, 279/282 [= DNotZ 1992, 445]).

cc) Der fehlende Zugang der Erklärung bei einem Staatlichen Notariat konnte nicht gem. Art. 231 § 7 Abs. 1 EGBGB geheilt oder ersetzt werden. Den Staatlichen Notariaten waren in der ehemaligen DDR auch die Aufgaben zugewiesen, die nach bundesdeutschem Recht den Nachlaßgerichten obliegen (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3, §§ 24 ff. des Notariatsgesetzes der DDR – NotG-DDR). Die Entgegennahme von Ausschlagungserklärungen war ihnen daher nicht in erster Linie in ihrer Eigenschaft als beurkundende Stelle (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 NotG-DDR), sondern deshalb zugewiesen, weil sie, wie das Nachlaßgericht nach bundesdeutschem Recht, generell für die Behandlung der Erbschaftsangelegenheiten zuständig waren (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 NotG-DDR). Dies ergibt sich schon daraus, daß § 403 Abs. 2 ZGB-DDR (wie § 1945 Abs. 1 BGB) zwischen dem Empfänger der Erklärung (Satz 1) und deren Form (Satz 2) unterscheidet. Art. 231 § 7 Abs. 1 EGBGB schützt hingegen nur das Vertrauen in die Formwirksamkeit einer durch einen West-Notar beurkundeten oder beglaubigten Erklärung, nicht aber ein etwaiges Vertrauen darauf, daß dieser Notar auch für die Entgegennahme der Erklärung zuständig wäre, ganz abgesehen davon, daß keiner der Beteiligten von einer solchen Zuständigkeit des Notars ausging. Dies zeigt schon der Wortlaut der Vorschrift, der auf die Beurkundung oder Beglaubigung, also Formerfordernisse, abstellt. Ein Vertrauen in die Empfangsberechtigung des Notars wäre im übrigen schon deshalb nicht schützenswert, weil auch nach dem Verständnis des bundesdeutschen Rechts die Ausschlagung der Erbschaft dem Nachlaßgericht zugehen muß, während den Notaren in diesem Zusammenhang lediglich beurkundende Funktion zukommt (vgl. § 1945 Abs. 1 BGB und § 1 BNotO). Vertrauensschutz verdient allenfalls derjenige, der eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abgegeben hat. Der Umstand, daß die Ausschlagungserklärung des Beteiligten zu 4 von einem bundesdeutschen Notar beglaubigt worden ist, kann daher ihren gem. § 403 Abs. 2 Satz 1 ZGB-DDR erforderlichen Zugang an das Staatliche Notariat nicht ersetzen (ebenso *Palandt/Edenhofer*, § 1944 Rdnr. 12; *Brackebusch* Rpfleger 1994, 234/235; *Bestelmeyer* Rpfleger 1993, 381/383).

4. Diese Rechtsfehler führen jedoch nicht zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Denn diese erweist sich im Ergebnis aus anderen Gründen als richtig (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 563 ZPO). Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, weil sie kein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis erwarten lassen, tritt der Senat an die Stelle des Beschwerdegerichts und kann den Sachverhalt in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht selbständig würdigen (BayObLGZ 1993, 88/93), insbesondere auch die gebotene Auslegung der von der Erblasserin getroffenen letztwilligen Verfügung selbst vornehmen (BayObLGZ 1982, 159/164). Diese Auslegung führt zu dem Ergebnis, daß der Erbvertrag den durch § 25 Abs. 2 RAG-DDR erfaßten Teil des Vermögens der Erblasserin nicht umfaßt, so daß der Bruder der Erblasserin, wie im Vorbescheid ausgewiesen, insoweit alleiniger gesetzlicher Erbe geworden ist. Das Landgericht hat daher den Beschwerden der Beteiligten zu 4 bis 7 im Ergebnis zutreffend keine Folge gegeben. Jedoch ist seine Entscheidung dahin abzuändern, daß die Beschwerden der Beteiligten zu 5 bis 7 nicht als unzulässig verworfen, sondern zurückgewiesen werden.

a) Gegen die Zulässigkeit des Vorbescheids bestehen im Ergebnis keine Bedenken.

...

b) Die Erblasserin hat letztwillig nicht über das Vermögen verfügt, das gem. § 25 Abs. 2 RAG-DDR dem Erbstatut der DDR unterlag. Zwar stand ihr auch nach dem Recht der ehemaligen DDR die Möglichkeit offen, über diesen Nachlaß durch letztwillige Verfügung zu bestimmen und dadurch eine andere als die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen (§ 362

Abs. 1 ZGB-DDR; vgl. *Herrmann*, Erbrecht und Nachlaßverfahren in der DDR, S. 14 f.). Jedoch hat sie eine solche Verfügung nicht getroffen. Der Erbvertrag vom 16.7.1976 erfaßte dieses Vermögen gerade nicht.

aa) Zwar stünde der Umstand, daß die Erbeinsetzung in einem Erbvertrag enthalten ist, ihrer Wirksamkeit hinsichtlich des durch § 25 Abs. 2 RAG-DDR erfaßten Nachlaßteils nicht entgegen. Allerdings kennt das Zivilgesetzbuch der DDR den Erbvertrag nicht mehr. Jedoch gilt die in § 25 Abs. 2 RAG-DDR angeordnete Anwendung des Erbrechts der DDR nur für die erbrechtlichen Verhältnisse im Sinn dieser Norm. Hierzu zählt nicht die in § 26 RAG-DDR gesondert geregelte Rechtsmaterie. Nach dieser Vorschrift bestimmen sich die zulässigen Arten testamentarischer Verfügungen, deren Anfechtung sowie die Rechtsfolgen von Erklärungsmängeln bei ihrer Errichtung nach dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments seinen Wohnsitz hatte. In der ehemaligen DDR wurden letztwillige Verfügungen, die ein Erblasser mit Wohnsitz in der Bundesrepublik in einem formgerecht beurkundeten Erbvertrag getroffen hatte, als testamentarische Verfügungen im Sinne von § 26 RAG-DDR angesehen und daher hinsichtlich ihrer Form und Bindung als wirksam erachtet, soweit sie (wie hier die Erbeinsetzung) einen mit dem Zivilgesetzbuch vereinbaren Inhalt hatten. Dies galt auch, soweit Vermögen betroffen war, für das im Hinblick auf § 25 Abs. 2 RAG im übrigen das Erbrecht der DDR galt (*Schotten/Johnen*, DtZ 1991, 225/228 unter Berufung auf *Kosewähr*, Kommentar zum RAG-DDR § 26 Anm.1; vgl. *Wähler*, ROW 1992, 103/110 Fn. 39 sowie *Köster*, Rpfleger 1991, 97/98). Dem ist auch Rechnung zu tragen, soweit das Erbrecht der ehemaligen DDR weiterhin anzuwenden ist. Eine solche Auslegung des § 26 RAG-DDR widerspricht auch nicht der Zielsetzung der erbrechtlichen Regelungen des Zivilgesetzbuchs. Denn das Institut des Erbvertrages wurde dort nicht mehr aufgenommen, weil man hierfür keinen Bedarf sah, nicht aber, weil eine zu Lebzeiten übernommene Bindung an eine letztwillige Verfügung generell untersagt werden sollte (OLG Jena FamRZ 1994, 786/787). Aus der Sicht des Rechts der ehemaligen DDR gab es unter diesen Umständen keinen Grund, einer nach dem Wohnsitzrecht des Erblassers gültigen letztwilligen Verfügung allein deshalb die Wirksamkeit zu versagen, weil sie Bestandteil eines Erbvertrages war. Die Frage einer Umdeutung (vgl. dazu OLG Jena a.a.O) stellt sich unter diesen Umständen nicht mehr.

bb) Die Auslegung der erbvertraglichen Verfügung ergibt jedoch, daß die Erbeinsetzung das in der ehemaligen DDR gelegene Vermögen der Erblasserin nicht erfaßt, soweit dieses infolge der Nachlaßspaltung als gesonderter Nachlaß zu behandeln ist.

(1) Im Fall einer Nachlaßspaltung ist jeder der Nachlaßteile als selbständiges Sondervermögen anzusehen und deshalb so zu behandeln, als ob er der gesamte Nachlaß wäre (BayObLG FamRZ 1994, 723/724 m.w.N. [= DNotZ 1994, 394 = MittBayNot 1994, 152]). Deshalb ist die Erbfolge hinsichtlich der verschiedenen Nachlaßteile je für sich zu beurteilen. Der Erblasser kann hinsichtlich der einzelnen Teile die Erbfolge verschieden regeln und hinsichtlich des einen Teils kraft Gesetzes, hinsichtlich des anderen Teils kraft letztwilliger Verfügung beerbt werden (MünchKomm-BGB/*Birk*, 2. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr.132; *Staudinger/Firsching*, BGB, Vorbem. zu Art. 24 bis 26 EGBGB a.F., Rdnr. 361 und 366). Hat er Erben eingesetzt ohne nähere Bestimmung, ob sich diese Einsetzung nur auf einen Nachlaßteil oder auf das gesamte Vermögen beziehen soll, so ist der Inhalt einer solchen Verfügung durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BayObLG a.a.O. und *Sandweg* BWNotZ 1992, 45/52). Dabei richtet sich die Auslegung in bezug auf den abgespaltenen Nachlaßteil nach dem dafür geltenden Erbstatut (OLG Köln FamRZ 1994, 591).

(2) Im vorliegenden Fall richtet sich die Auslegung, da es insoweit um die dem Erbrecht der ehemaligen DDR unterliegenden Vermögensbestandteile geht, gem. § 25 Abs. 2 RAG-DDR nach diesem Recht als dem Erbstatut (vgl. *Palandt/Heldrich*, BGB, Art. 25 EGBGB Rdnr. 12). Die Ausnahmeregelung des § 26 RAG-DDR erfaßt schon nach ihrem Wortlaut nicht die Auslegung der letztwilligen Verfügung.

(3) Setzt der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung ausdrücklich Erben ein, ohne eine nähere Bestimmung über den Umfang der Einsetzung zu treffen, so ist auch im Fall einer Nachlaßspaltung regelmäßig davon auszugehen, daß er mit dieser Verfügung sein gesamtes Vermögen und damit auch die verschiedenen Erbstatuten unterliegenden Nachlaßteile insgesamt erfassen will, sofern nicht im Einzelfall das auf einen der Teile anwendbare Recht entgegensteht (*Gottwald* FamRZ 1994, 726). Das gilt auch dann, wenn sich der Erblasser nicht darüber im klaren sein sollte, daß er über die einzelnen Nachlaßteile selbständig verfügen kann. Jedoch kann sich aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ein anderer Wille des Erblassers ergeben. Dies wird insbesondere naheliegen, wenn mit der Zuwendung ein bestimmter Zweck verfolgt wird, der sich nur auf einen der Nachlaßteile bezieht (vgl. auch *Bestelmeyer* Rpfleger 1992, 321/326). Die Bedenken, die sich gegen eine ergänzende Auslegung aus dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge ergeben könnten (vgl. dazu *Grunewald* NJW 1991, 1208/1210), greifen bei einer Nachlaßspaltung nicht durch.

(4) Solche besonderen Umstände liegen hier vor.

Die Erblasserin hatte im März 1976 einen Kaufvertrag über das später von ihr und dem Beteiligten zu 4 gemeinsam erworbene Grundstück abgeschlossen, um auf diesem Grundstück, auch gestützt auf die regelmäßigen Renteneinkünfte ihrer Mutter, eine Fremdenpension zu errichten und zu betreiben. Nachdem ihre Mutter schon im Mai 1976 verstarb, war sie finanziell nicht mehr in der Lage, diese Pläne allein zu verwirklichen, und suchte daher nach einem Geldgeber. Diesen fand sie in der Person des Beteiligten zu 4, eines Maklers, den sie aus einem früheren Geschäft kannte. Allein aus diesen geschäftlichen Gründen kam es zu den beiden notariellen Verträgen vom 16.7.1976. Zum einen erwarben die Erblasserin und der Beteiligte zu 4 das für die Fremdenpension vorgesehene Grundstück nunmehr, abweichend von dem ursprünglichen Kaufvertrag, zu hälftigem Miteigentum. Zum anderen schlossen sie den Erbvertrag, in dem die Erblasserin den Beteiligten zu 4 zum Alleinerben einsetzte. Dabei war beiden Parteien klar, daß das wesentliche Vermögen der Erblasserin künftig in dem Miteigentumsanteil an dem Grundstück bestehen würde. Über etwaiges Vermögen in der DDR wurde nicht gesprochen. Es hätte im Hinblick auf die damalige politische Situation auch keine Rolle gespielt. Dieser Sachverhalt ist zwischen den Beteiligten nicht umstritten.

Aus diesen Umständen, die zum Abschluß des Erbvertrages führten, ergibt sich bei unbefangener Betrachtung ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den beiden abgeschlossenen Geschäften. Der Beteiligte zu 4 sollte durch den Erbvertrag dahin abgesichert werden, daß ihm bei Tod der Erblasserin auch deren Miteigentumsanteil an dem

Grundstück zufiel, insbesondere wohl auch deshalb, weil die von ihm zu erbringenden Zahlungen in dieses Grundstück investiert werden sollten. Gleichzeitig erhielt er dadurch eine gewisse Sicherheit für die von ihm einzusetzenden Vermögenswerte. Auf dieses Ziel war der Wille der Vertragsschließenden, also auch der Erblasserin, gerichtet. Dies wird auch durch spätere Äußerungen der Erblasserin bestätigt. (...)

Über etwaiges Grundvermögen der Erblasserin in der DDR wurde damals nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten zwischen den Vertragsparteien nicht gesprochen. Dieses Vermögen war im Hinblick auf die politische Situation im Jahr 1976 praktisch wertlos und im übrigen auch nicht verwertbar. Denn die Erblasserin war Erbin eines Anteils an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft. Die eventuell vorhandenen Vermögenswerte unterlagen daher einer gesamthänderischen Bindung. Es hätte zunächst einer Auseinandersetzung mit den anderen, dem Beteiligten zu 4 völlig fremden Familienmitgliedern bedurft. Unter diesen Umständen hätte es der wirtschaftlichen Vernunft widersprochen, wenn die Vertragsparteien angesichts des von ihnen angestrebten Ziels diesen Nachlaßbestandteil in ihre geschäftlichen Überlegungen einbezogen hätten. Ihr Ziel war es vielmehr, dem Beteiligten zu 4 die Erbenstellung hinsichtlich der verfügbaren Vermögensbestandteile der Erblasserin, insbesondere des im Jahr 1976 erworbenen Grundstücks, zu sichern. Der Senat ist daher davon überzeugt, daß es dem (mutmaßlichen) Willen der Erblasserin entsprach, dem Beteiligten zu 4 durch den Erbvertrag lediglich den Nachlaß zu verschaffen, der nicht den besonderen Regeln und Einschränkungen des Rechts der DDR unterlag. Etwaige Streitigkeiten zwischen der Erblasserin und ihrer Familie, die zum damaligen Zeitpunkt bestanden haben mögen, waren in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da die Erblasserin das nicht erfaßte Vermögen offensichtlich für wertlos hielt und ihm jedenfalls für die finanzielle Sicherung des Beteiligten zu 4 keine Bedeutung beimaß.

(5) Nach bundesdeutschem Recht muß nach ständiger Rechtsprechung das Ergebnis der Auslegung eine wenn auch noch so geringe Grundlage in der formgültigen Erklärung des Erblassers finden (sogenannte Andeutungstheorie; vgl. nur BGHZ 86, 41/47 [= DNotZ 1984, 38] und BayObLGZ 1981, 79/82). Es kann dahinstehen, ob dieser Grundsatz auch im Rahmen der Auslegung einer letztwilligen Verfügung gem. § 372 ZGB-DDR Geltung beansprucht (vgl. dazu OG-DDR NJ 1989, 81 und *Hildebrandt/Janke* NJ 1985, 441/444). Denn jedenfalls steht er dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Durch diesen Grundsatz soll im Hinblick auf den für letztwillige Verfügungen geltenden Formzwang verhindert werden, daß durch die Auslegung ein Wille in die letztwillige Verfügung hineingetragen wird, der darin nicht irgendwie, sei es auch nur andeutungsweise, zum Ausdruck gekommen ist (BayObLG a. a. O.). Darum geht es hier jedoch nicht. Es steht fest, daß die Erblasserin eine letztwillige Verfügung getroffen hat, in der der Wille, den Beteiligten zu 4 zum Erben einzusetzen, formwirksam zum Ausdruck kommt. Zweifelhaft ist lediglich die Tragweite dieses Willens. Sie ist allein durch Auslegung zu bestimmen, wobei der gesamte Inhalt der Erklärungen einschließlich aller Lebensumstände, auch solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen, zu würdigen ist (BGH NJW 1993, 256; BayObLGZ 1981, 79/82). An den Wortlaut einer scheinbar eindeutigen Erklärung ist das auslegende Gericht nicht gebunden (vgl. BGHZ 86, 41/46 [= DNotZ 1984, 38]). Die Frage der Formbedürftigkeit spielt insoweit keine Rolle.

c) Da eine letztwillige Verfügung über das durch § 25 Abs. 2 RAG-DDR erfaßte Vermögen der Erblasserin nicht vorliegt, ist gesetzliche Erbfolge eingetreten. Die Erblasserin war kinderlos und nicht verheiratet. Ihre Eltern sind vor dem Erbfall verstorben. Daher ist der Bruder der Erblasserin als einziger weiterer Nachkomme der Eltern als alleiniger gesetzlicher Erbe berufen (§ 364 Abs. 1 und 2, § 367 Abs. 3 ZGB-DDR). Die Ausschlagung, die er am 25.1.1986 erklärt hat, ist, wie bereits ausführlich begründet, hinsichtlich des hier fraglichen Nachlaßteils nicht wirksam geworden, da sie nicht einem Staatlichen Notariat der ehemaligen DDR zugegangen ist (§ 403 Abs. 2 Satz 1 ZGB-DDR).

d) Dem als Erbeserbe antragsberechtigten (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2353 Rdnr. 12) Beteiligten zu 1 ist daher, wie im Vorbescheid angekündigt, ein auf das von § 25 Abs. 2 RAG-DDR erfaßte Vermögen beschränkter Erbschein (vgl. *Palandt/Edenhofer* a. a. O. Rdnr. 7 und BayObLG FamRZ 1994, 723/724 [= DNotZ 1994, 394 = MittBayNot 1994, 152]) zu erteilen, der den Bruder der Erblasserin als Alleinerben kraft Gesetzes ausweist.

---

22. BGB § 133, § 158, § 2074, § 2358; FGG § 12 *(Testamentserrichtung als maßgeblicher Zeitpunkt für Auslegung des Erblasserwillens)*

1. **Für die Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist der Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung maßgebend. Daher gebietet die Amtsermittlungspflicht es im Regelfall nicht, der Frage nachzugehen, ob sich die Beziehungen des Erblassers zu den bedachten Personen nach Testamentserrichtung verschlechtert haben.**
2. **Zur Auslegung eines vor Antritt einer längeren Autofahrt errichteten Testaments, in dem der Erblasser in erster Linie seine Ehefrau und für den Fall, daß „uns beiden etwas zustoßen sollte", Verwandte der Ehefrau zu Erben eingesetzt hat.**

BayObLG, Beschluß vom 13.4.1995 – 1 Z BR 32/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der im Alter von 79 Jahren verstorbene Erblasser war verwitwet und kinderlos. Die Beteiligte zu 8, seine Halbschwester, sowie die Beteiligten zu 9 bis 15, Abkömmlinge eines Bruders des Erblassers, kommen als gesetzliche Erben in Betracht. Der Erblasser hat ein eigenhändiges Testament vom 11.8.1972 hinterlassen, das folgenden Wortlaut hat:

> „Mein letzter Wille ist, daß nach meinem Ableben, meine Frau ... die allein Erbin ist. Sollte uns beiden etwas zustoßen, so sind die Alleinerben meine Schwägerin (Beteiligte zu 1) mit den 6 Kindern ..."

Die Beteiligten zu 2 bis 7 sind die in dem Testament erwähnten sechs Kinder der Beteiligten zu 1.

Das Nachlaßgericht hat einen Vorbescheid erlassen, in dem es die Erteilung eines Erbscheins angekündigt hat, der die Beteiligten zu 1 bis 7 entsprechend ihrem Antrag als Erben aufgrund Testaments

ausweisen soll. Gegen diese Entscheidung haben die Beteiligten zu 9 bis 13 Beschwerde eingelegt. Der Senat hat die dieses Rechtsmittel zurückweisende Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Landgericht hat zwei Zeugen vernommen und mit Beschluß vom 17.10.1994, berichtigt durch Beschluß vom 17.1.1995, die Beschwerden erneut zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 9.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die in dem Testament vom 11.8.1972 enthaltene letztwillige Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 1 bis 7 bedürfe im Hinblick auf die Formulierung „Sollte uns beiden etwas zustoßen" der Auslegung. Diese Auslegung ergebe, der Erblasser habe in dem Testament eine Regelung auch für den Fall treffen wollen, daß er seine Ehefrau überleben sollte. Die Verfügung habe weder unter der Bedingung gestanden, daß sie nur für den Fall gleichzeitigen Versterbens der Eheleute gelten solle, noch habe sie sich nur auf ein Versterben der Eheleute anläßlich der bei der Errichtung konkret bevorstehenden Autofahrt bezogen. Gemäß der Auslegungsregel des § 2091 BGB seien die Beteiligten zu 1 bis 7 zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt.

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

a) Das Landgericht hat seine Pflicht, den für die Entscheidung erheblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§ 2358 Abs. 1 BGB, § 12 FGG), nicht verletzt. Eine Aufklärungspflicht besteht nur insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten und der festgestellte Sachverhalt aufgrund der Tatbestandsvoraussetzungen des materiellen Rechts bei sorgfältiger Überlegung zu weiteren Ermittlungen Anlaß geben. Ist ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten, darf das Gericht seine Ermittlungen abschließen (BGHZ 40, 54/57). Nach diesen Grundsätzen war es nicht erforderlich, die weitere Entwicklung der Beziehungen zwischen dem Erblasser und den Beteiligten zu 1 bis 7 nach der Testamentserrichtung aufzuklären. Denn bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist der Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu erforschen (vgl. BGHZ 112, 229/233; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 2. Aufl., § 2084 Rdnr. 21). Hierbei sind zwar auch außerhalb der Verfügung liegende Umstände heranzuziehen (BayObLGZ 1982, 159/164). Voraussetzung ist jedoch, daß diese Umstände der Aufdeckung des Erblasserwillens dienlich sein können (vgl. BGH FamRZ 1987, 475/476), also Rückschlüsse auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zulassen. Aus Veränderungen in den Beziehungen zwischen dem Erblasser und den Beteiligten zu 1 bis 7 nach Testamentserrichtung allein könnten hier jedoch solche Schlüsse nicht gezogen werden. Das gilt auch unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Testamentsauslegung. Denn dafür, daß der Erblasser die Erbeinsetzung in dem Testament vom Fortbestand guter Beziehungen zu den Beteiligten zu 1 bis 7 abhängig gemacht hätte, findet sich in der Testamentsurkunde kein Anhalt (zu dieser Voraussetzung einer ergänzenden Auslegung vgl. BayObLGZ 1988, 165 [=DNotZ 1989, 176]). Sollte der Erblasser später seinen Willen aufgrund einer Verschlechterung der Beziehungen geändert haben, ohne dies in der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form zu erklären, so wäre dies für die Auslegung des Testaments ohne Bedeutung (MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 48).

...

b) Das Landgericht hat den hier entscheidenden zweiten Satz des Testaments dahin ausgelegt, der Erblasser habe die Beteiligten zu 1 bis 7 auch für den Fall zu seinen Erben einsetzen wollen, daß er seine Ehefrau überleben sollte. Es hat dabei die verschiedenen Möglichkeiten, die sich für eine Auslegung bieten, in seine Überlegungen einbezogen und ist zu dem Schluß gekommen, daß die Worte „Sollte uns beiden etwas zustoßen" nicht als echte Bedingung zu verstehen sind. Diese Feststellung kann im Verfahren der Rechtsbeschwerde nur auf Rechtsfehler und damit in eingeschränktem Umfang überprüft werden. Die Schlußfolgerungen des Tatrichters müssen nicht zwingend sein. Es genügt und ist mit der Rechtsbeschwerde nicht angreifbar, wenn sie möglich sind (BayObLGZ 1984, 246/250). Daher kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, daß auch andere Schlußfolgerungen in Betracht gekommen wären (BayObLG FamRZ 1990, 1399/1400). Die Auslegung des Landgerichts ist möglich und verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen Erfahrungssätze.

aa) Der vom Erblasser gewählte Ausdruck ist mehrdeutig (vgl. BayObLGZ 1981, 79/82) und muß daher nicht im Sinn einer Bedingung verstanden werden etwa des Inhalts, daß den Eheleuten gemeinsam etwas zustoßen sollte. Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang in seiner ersten Entscheidung zu Recht darauf hingewiesen, daß der Fall eines gleichzeitigen Versterbens praktisch höchst selten vorkommt. Für den Fall, daß er vor seiner Ehefrau versterben sollte, hat der Erblasser in Satz 1 des Testaments ausdrücklich seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt. Es liegt daher nahe, daß er in Satz 2 eine abschließende Regelung treffen und seine Erben nicht nur für den seltenen Fall des gleichzeitigen Ablebens beider Eheleute bestimmen wollte, sondern auch für den Fall, daß er nach seiner Ehefrau versterben sollte (vgl. BayObLG a. a. O. S. 83). Dies gilt auch für die von der Rechtsbeschwerde nunmehr angeführte Möglichkeit, der Erblasser habe nur für den Fall testieren wollen, daß beide Ehegatten durch ein plötzliches Ereignis versterben sollten. Daraus, daß eine der Zeuginnen den Erblasser zur Abfassung des Testaments drängte, weil sie die Schlüssel für die Wohnung der Eheleute in Verwahrung hatte und befürchtete, bei einem unfallbedingten Ableben beider Eheleute insoweit Schwierigkeiten zu bekommen, folgt keineswegs zwingend, daß der Erblasser eine Verfügung nur für diesen von der Zeugin befürchteten Fall treffen wollte. Das Landgericht hat die Angaben der Zeugin berücksichtigt und dahin gewertet, daß deren Drängen nur Auslöser und Anlaß für die Testamentserrichtung gewesen sei. Mit ihren Ausführungen versucht die Rechtsbeschwerde, ihre eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen. Damit kann sie im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben (BayObLGZ 1993, 248/252 [= DNotZ 1994, 388]).

bb) In der umstrittenen Formulierung des Testaments könnte auch der Wille des Erblassers zum Ausdruck kommen, die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 7 nur für den Fall gelten zu lassen, daß den Eheleuten auf der bevorstehenden Autofahrt etwas zustoßen sollte. Das Landgericht hat sich mit dieser Auslegungsmöglichkeit auseinandergesetzt und damit auch die von der Rechtsbeschwerde hervorgehobene „Situationsbezogenheit" des Testaments in seine Überlegungen einbezogen. Es hat einen dahingehenden Willen des Erblassers

verneint. Dabei ist es auch auf den Gesichtspunkt eingegangen, daß der Erblasser sich später nicht mehr ausdrücklich um das – im übrigen in durchaus ordentlicher Form abgefaßte – Testament gekümmert hat. Die Schlußfolgerungen des Landgerichts sind weder widersinnig noch mit den Denkgesetzen unvereinbar, wie die Rechtsbeschwerde meint. Auch insoweit setzt der Rechtsbeschwerdeführer lediglich seine eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts. Dies gilt auch, soweit er die Würdigung einzelner Zeugenaussagen durch das Landgericht angreift. Denn auch diese ist der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich entzogen (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BayObLG FamRZ 1992, 1206/1207).

...

---

23. BGB § 2255 *(Aufhebung eines Testaments bei Änderungen an einer durch Kohlepapier gefertigten Durchschrift)*

Hat der Erblasser bei Errichtung eines eigenhändigen Testaments mittels Kohlepapier eine Durchschrift gefertigt, die ebenfalls als eigenhändiges Testament anzusehen ist, und nimmt der Erblasser nur an der Durchschrift Änderungen im Sinne von § 2255 Satz 1 BGB vor, gilt nicht die gesetzliche Vermutung, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe (§ 2255 Satz 2 BGB). Vielmehr ist ein Widerruf nur anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als feststehend zu erachten ist, daß die Änderung in Absicht der Aufhebung des Testaments vorgenommen ist.

Kammergericht, Beschluß vom 6.1.1995 – 1 W 7563/93 –

Aus dem Tatbestand:

Die im Dezember 1989 verstorbene Erblasserin hatte am 14.2.1989 ein eigenhändiges Testament sowie mittels Kohlepapier eine Durchschrift gefertigt und darin ihren Sohn, den Beteiligten zu 1., zum Alleinerben eingesetzt. Unter Vorlage dieses Testaments beantragte der Beteiligte zu 1. die Erteilung eines Erbscheins. Im Erbscheinverfahren legte die Tochter der Erblasserin, die Beteiligte 2., die Durchschrift dieses Testaments vor, auf der ein Schreibfehler verbessert und der Name des Beteiligten zu 1. durchgestrichen ist. Im unteren Teil der Durchschrift befindet sich ein angedeutetes gemaltes Gesicht. Gegen den Vorbescheid des Nachlaßgerichts, wonach der beantragte Erbschein dem Beteiligten zu 1. erteilt werden soll, hat die Beteiligte zu 2. Beschwerde eingelegt.

Die Beschwerde ist vom Landgericht zurückgewiesen worden. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2. mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist unbegründet.

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht das eigenhändige Testament der Erblasserin vom 14.2.1989, nach dessen Inhalt der Beteiligte zu 1. Alleinerbe werden sollte, als wirksam errichtet angesehen (§ 2247 BGB), da Anhaltspunkte für eine fehlende oder eingeschränkte Testierfähigkeit nicht ersichtlich sind. Soweit die Erblasserin dabei eine Vorlage des Beteiligten zu 1. wörtlich übernommen hat, läßt dies ihren ernsthaften Testierwillen unberührt.

Mit Rücksicht auf die Änderungen in der Durchschrift des Testaments ist das Landgericht mit Recht der Frage nachgegangen, ob darin ein Widerruf des Testaments zu sehen ist. Das Landgericht hat dies verneint. Die dabei von dem Erstbeschwerdegericht angestellten Erwägungen halten im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung stand. Nach der Vorschrift des § 2255 BGB kann ein Testament auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Hat der Erblasser „die Testamentsurkunde" vernichtet oder in der bezeichneten Weise verändert, so wird vermutet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe.

Das Landgericht hat in erster Linie angenommen, es stehe nicht fest, daß die Veränderungen auf der Durchschrift von der Hand der Erblasserin herrührten. Ob diese Annahme ohne Durchführung weiterer Ermittlungen, etwa dem Vergleich des Gesichtssymbols mit sonstigen von der Erblasserin verwendeten Markierungen dieser Art und gegebenenfalls der Einholung von Sachverständigengutachten zur Identität der Durchstreichungen mit dem erwähnten Symbol verfahrensrechtlichen Bestand hat, kann dahingestellt bleiben. Von weiteren Ermittlungen in dieser Hinsicht konnte das Landgericht schon deshalb ohne Rechtsverstoß absehen, weil es die Veränderungen an der Testamentsdurchschrift – eine Urheberschaft der Erblasserin insoweit unterstellt – im Ergebnis rechtsfehlerfrei nicht als ausreichend für die Annahme eines Widerrufs des Testaments angesehen hat.

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht in diesem Zusammenhang zunächst dargelegt, daß die mittels Kohlepapier hergestellte Durchschrift eines eigenhändigen Testaments ihrerseits ein formgültiges Testament sein kann, weil der Erblasser die durchgepausten Schriftzüge selbst geformt hat und daher die individuellen Merkmale seiner Handschrift hinreichend hervortreten (vgl. BGHZ 47, 68; *Soergel/Harder*, BGB, 11. Aufl., § 2247 Rdnr. 17 mit Nachweisen). Aber nicht jede so gefertigte Durchschrift wird als Testamentsurkunde gelten können, dies etwa dann nicht, wenn der Erblasser damit nur eine Testamentsabschrift herstellen wollte (BGH, a.a.O., S. 73). Wenn nur eine solche Abschrift vorliegt, genügen bloße Änderungen an dieser Abschrift im Sinne des § 2255 Satz 1 BGB nicht, um eine Änderung des nur in einer anderen Urkunde verkörperten Testaments anzunehmen. Im vorliegenden Fall steht nicht einmal fest, ob die Erblasserin mit der Anfertigung der Durchschrift, wofür die Verkehrsauffassung spricht, nicht nur eine Abschrift in dem erwähnten Sinne fertigen wollte mit der Folge, daß die Änderungen auf dieser Abschrift keine Auswirkungen auf den Inhalt des Testaments haben würden. Aber auch wenn man davon ausgeht, daß die Erblasserin mit der Herstellung der Durchschrift – etwa zur Vermeidung einer Verlustgefahr – zwei Schriftstücke schaffen wollte, die nebeneinander gleichwertig als Testamentsurschriften (Erst- und Zweitausfertigung) gelten sollten (vgl. BGH, a.a.O.), wäre hier nicht die Feststellung gerechtfertigt, die Erblasserin habe mit den Änderungen auf der Durchschrift das Testament geändert. Die Vorschrift des § 2255 Satz 1 BGB geht davon aus, daß der Erblasser „die" Testamentsurkunde vernichtet oder an „der" Testamentsurkunde Veränderungen vornimmt. Wenn nun beim Vorhandensein mehrerer gleichlautender Urkunden eines Testaments nur eine

Urkunde vernichtet oder nur an ihr Veränderungen vorgenommen werden, so greift der Tatbestand des § 2255 Satz 1 BGB schon dem Wortlaut nach nicht ein. Damit kann auch nicht die gesetzliche Vermutung des § 2255 Satz 2 BGB für einen Aufhebungs- oder Änderungswillen gelten. Vielmehr wird bei solcher Sachlage ein Widerruf nur anzunehmen sein, wenn nach den Umständen des Falles kein Zweifel über den Aufhebungswillen des Erblassers gehegt werden kann (*Staudinger/Firsching*, BGB, 12. Aufl., § 2255 Rdnr. 12). Es ist daher im erwähnten Falle Sache freier, durch § 2255 Satz 2 BGB nicht gebundener Beurteilung, ob der Erblasser mit der Vernichtung der einen Urschrift (Durchschrift) die Absicht verfolgt hat, das Testament selbst zu widerrufen (vgl. KG Recht 1914 Nr. 943; KG JR 1925 Nr. 1529, 1530; KG JFG 14, 280/283; *Soergel/Harder*, BGB, § 2255 Rdnr. 12; *Staudinger/Firsching*, BGB, § 2255 Rdnr. 12; RGRK/*Kregel*, BGB, 12. Aufl., § 2255 Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/*Burkart*, 2. Aufl., § 2255 Rdnr. 9).

Soweit das Landgericht angenommen hat, eine Aufhebungsabsicht der geschilderten Art sei in der Regel nicht anzunehmen, wenn der Erblasser nur an einer der ihm „zur Verfügung stehenden" Urkunden Änderungen vornimmt, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. *Staudinger/Firsching* a.a.O.). Der Aufhebungswille kommt nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, wenn der Erblasser nur an einer von mehreren ihm vorliegenden Testamentsurkunden Änderungen vornimmt. Der Aufhebungswille – richtig verstanden – muß ernsthaft und eindeutig erklärt werden und unmißverständlich zum Ausdruck kommen. Wird die angebliche Widerrufsabsicht – wie hier – nicht ausdrücklich erklärt, etwa durch ein Widerrufstestament (§ 2254 BGB), das auch auf eine vorhandene Testamentsurkunde gesetzt werden kann, sondern soll sich diese aus Änderungen im Text (Streichungen) ergeben, müssen diese Änderungen regelmäßig an sämtlichen vorliegenden Urkunden vorgenommen werden.

Das Landgericht hat allerdings die Möglichkeit nicht in Betracht gezogen, daß die Erblasserin – unterstellt, sie hätte die Änderungen vorgenommen – bei Vornahme der Änderungen an der Durchschrift nicht im Besitz des anderen Exemplars des Testaments gewesen sein könnte. Dies war nach dem dem Landgericht vorliegenden Sachverhalt nicht auszuschließen. (...) Dies führt indessen nicht zum Erfolg der weiteren Beschwerde, weil der erforderliche Aufhebungswille hier selbst dann nicht festgestellt werden kann. Anhaltspunkte für die Annahme, die Erblasserin sei davon ausgegangen, die andere Urkunde bestehe nicht mehr, sind nicht ersichtlich. Die Erblasserin mußte hiernach vielmehr davon ausgehen, daß die andere Testamentsurkunde noch vorhanden war. In diesem Fall hätte sie – wäre es ihr mit der Änderung des Testaments ernst gewesen – in eindeutiger Weise zum Ausdruck bringen müssen, daß sie an dem früheren Testament nicht mehr festhalten will. Die diffusen Streichungen des Namens des Beteiligten sowie die Verbesserung eines Rechtschreibfehlers reichen unter diesen Umständen für die Annahme eines Aufhebungswillens nicht aus. ...

---

24. BGB §§ 134, 166 Abs. 1; HeimG § 14 Abs. 1 *(Nichtigkeit eines Testaments zugunsten eines Heimträgers bei Kenntnis des Heimleiters von der Verfügung)*

Ein Testament, in dem der Träger eines Alten- und Pflegeheims zum Alleinerben eingesetzt wird, ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig, wenn es in Anwesenheit des Heimleiters beurkundet wird. Die Kenntnis des Heimleiters von der Verfügung ist entsprechend § 166 Abs. 1 BGB dem Heimträger zuzurechnen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluß vom 22.6.1992 – 16 T 23 380/91 –

Aus dem Tatbestand:

Am 9.11.1989 verstarb in einem Münchner Krankenhaus nach einem im August 1989 erlittenen Unfall die verwitwete A. Sie hinterließ keine Abkömmlinge. Die Beteiligten zu 2 mit 4 sind Verwandte, die dem Kreis der gesetzlichen Erben zweiter Ordnung angehören: Die Beteiligte zu 2 ist die Schwester der Erblasserin, die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder einer zweiten, vorverstorbenen Schwester der Erblasserin. Bei Annahme der gesetzlichen Erbfolge wären die Beteiligte zu 2 Miterbin zu 1/2 und die Beteiligten zu 3 und 4 jeweils zu 1/4.

Die Erblasserin kam im Januar 1989 in das Alten- und Pflegeheim der Beteiligten zu 1. In diesem Heim, das 318 Plätze/203 Appartements im Altenheim und 111 Plätze in den Pflegeabteilungen hat und vom Heimleiter X. geleitet wird, wohnte die A. in der Zeit vom 28.1.1989 bis zu ihrem Unfall am 15.8.1989.

Möglicherweise auf Grund entsprechender Hinweise Dritter oder aber auf Grund eigener Überlegungen brachte die Erblasserin am 20.2.1989, also wenige Wochen nach ihrem Einzug in das Heim, ein von ihr selbst geschriebenes und unterschriebenes Schriftstück zum Heimleiter. Dieses hat folgenden Wortlaut:

„München, 20. Februar 1989

Mein Testament

Nach meinem Ableben ist die (Bet. zu 1) als meine letzte Betreuerin berechtigt all mein Hab und Gut für den Verein zu verwenden.

München am 20. Februar 1989"

Dieses Schriftstück bezeichnete die Erblasserin gegenüber dem Heimleiter ausdrücklich als „Entwurf" eines Testaments, sie bitte die Heimleitung um die Vermittlung eines Notars, damit das Testament „rechtsgültig" verfaßt werden könne.

Auf Vermittlung des Heimleiters erschien 3 Tage später Notarassessor Dr. Y als amtlich bestellter Vertreter des Notars Dr. Z/München. Im Beisein der Erblasserin, des Heimleiters, dessen Ehefrau und eines Altenklubleiters protokollierte Notarassessor Dr. Y in einem Raum des Altenheims ein notarielles Testament, das im wesentlichen eine Alleinerbeinsetzung der Beteiligten zu 1. enthielt.

Mit Schreiben vom 5.12.1989 nahm die Beteiligte zu 1 die Erbschaft (auf Grund notariellen Testaments vom 23.2.1989) an.

Die Beteiligten zu 2 mit 4 beantragten demgegenüber einen Erbschein, der die Beteiligte zu 2 als Miterbin zu 1/2, die Beteiligten zu 3 und 4 als Miterben zu je 1/4 auswies. Das Amtsgericht lehnte die Erbscheinserteilung ab. Dagegen erhoben die Beteiligten zu 2 mit 4 Beschwerde.

Aus den Gründen:

...

Das Rechtsmittel ist begründet. Die Beteiligten zu 2 mit 4 haben einen Anspruch darauf, daß ihnen antragsgemäß ein (gemeinschaftlicher) Erbschein erteilt wird. Die Beteiligte zu 2 ist als gesetzliche Erbin gem. §§ 1924 Abs. 2, 1925 Abs. 1, Abs. 3 BGB Erbin zur Hälfte, die Beteiligten zu 3 und 4 sind gem. §§ 1925 Abs. 1, Abs. 3, 1524 Abs. 3, Abs. 4 BGB gesetzliche Miterben zu je 1/4. Die letztwillige Verfügung der Erblasserin in Form des notariellen Testaments

(§ 2231 Ziff. 1 BGB) vom 23.2.1989 ist wegen eines Verstoßes gegen § 14 des Gesetzes über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige (HeimG) gem. § 134 BGB nichtig. Die Beteiligte zu 1 kann auch aus dem handschriftlichen „Testament" vom 20.2.1989 keine Rechte, insbesondere ihre Alleinerbenstellung, ableiten.

a) Gem. § 14 Abs. 1 HeimG in der bis 31.7.1990 und damit zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments und auch des Todes (9.11.1989) geltenden Fassung ist es dem Träger eines Altenheimes untersagt, sich über das für die Unterbringung, Beköstigung und Pflege des Bewohners vereinbarte Entgelt hinaus Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich nicht um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt und sofern nicht die zuständige Behörde eine Ausnahme zuläßt. Es handelt sich bei dieser Vorschrift um ein dem Schutz des Heimbewohners dienendes Verbotsgesetz, der dem Heimpersonal die Annahme von Vermögensvorteilen untersagt (vgl. BVerwG, NJW 1990, 2268; BGHZ 110, 235/240 [= MittBayNot 1990, 300]).

Dieses Verbotsgesetz dient gerade dem Schutz des Heimbewohners (BHGZ 89, 369/373). Die Vorschrift soll nach dem Zweck des Heimgesetzes (vgl. § 2 Abs. 1 HeimG a.F.) verhindern, daß unterschiedliche Vermögensverhältnisse der Bewohner mit unterschiedlicher Behandlung und Beachtung sowie sonstiger Bevorzugung oder Benachteiligung verknüpft werden. Die Heimbewohner sollen von dem Zwang befreit sein, für die Aufnahme in ein Heim und die ordnungsgemäße Betreuung zusätzlich zu dem Entgelt weitere Vermögensvorteile zu gewähren, um Benachteiligungen zu entgehen. Dieser Schutz ist wegen der vielfältigen Möglichkeiten, die Heimträger und Heimpersonal haben, um auf die Lebenssituation des Heimbewohners Einfluß zu nehmen, notwendig (BGHZ 110, 239 = NJW 1990, 1603 m.w.N [= MittBayNot 1990, 300]).

b) § 14 HeimG gilt nicht nur für Verträge, sondern grundsätzlich auch für einseitige Rechtsgeschäfte wie die letztwillige Verfügung durch Testament. Allerdings bedarf der sowohl in § 14 Abs. 1 als auch in § 14 Abs. 2 HeimG a.F. verwendete Begriff „sich gewähren lassen" der Auslegung.

Die Kammer schließt sich insoweit der fast einhellig vertretenen Meinung und obergerichtlichen Rechtsprechung an, wonach eine einseitige letztwillige Verfügung nur dann wegen eines Verstoßes gegen § 14 HeimG nichtig ist, wenn „der Heimträger" zu Lebzeiten des Testierenden gewußt hat, daß er als Erbe (oder Vermächtnisnehmer) bedacht worden ist. In diesem Fall könnte sich nämlich der Heimbewohner gehindert fühlen, später anderweitig zu verfügen. Ist von einer Erbeinsetzung des Heimträgers zu Lebzeiten des Testierenden nichts bekannt, so können auch andere Heimbewohner nicht befürchten, im Verhältnis zum Testierenden benachteiligt zu werden, was ebenfalls vom Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG mitumfaßt ist (vgl. hierzu die zuletzt ergangene Entscheidung des BayObLG vom 28.6.1991 in NJW 1992, 55/57 = DNotZ 1992 S. 258/261 [= MittBayNot 1991, 265]).

c) Problematisch und fraglich ist nach diesen hier anzuwendenden Rechtsgrundsätzen allein, ob die – unstreitige – Kenntnis des Heimleiters der Kenntnis „des Heimträgers" gleichzusetzen bzw. über § 166 Abs. 1 BGB analog diesem zuzurechnen ist.

Die Kammer bejaht dies im hier zu beurteilenden Fall auf Grund der Zusammenschau mehrerer tatsächlicher und rechtlicher Anknüpfungspunkte. Die oben aufgeführte Entscheidung des BayObLG vom 28.6.1991 (NJW 1992, 57 [= DNotZ 1992, 258 = MittBayNot 1991, 265]) führt insoweit (nur) aus, daß für die Kenntnis des Heimträgers von der Erbeinsetzung schon zu Lebzeiten der Erblasserin „die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters maßgebend wäre (§ 166 Abs. 1 BGB), wobei eine Kenntnis der im Altenheim tätigen Schwestern nicht ausreichen würde; ob eine (dem Heimträger) zurechenbare Kenntnis vorgelegen habe, müsse ... geklärt werden." Dieser Entscheidung ist damit zumindest zu entnehmen, daß in geeigneten Fällen durchaus eine Wissenszurechnung in analoger Anwendung zu § 166 Abs. 1 BGB angezeigt ist. Die Kammer schließt sich dieser Auffassung an, denn nur so kann insbesondere bei sehr großen Heimträgern eine dem Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG entsprechende und dem jeweiligen Einzelfall gerecht werdende Lösung gefunden werden. *(Wird ausgeführt.)*

d) Nach der Stellungnahme des Heimleiters betrachteten die Erblasserin selbst wie auch er das handschriftliche Testament" vom 20.2.1989 nur als einen Entwurf, der dem nachfolgenden notariellen Testament zur Grundlage dienen sollte. Dementsprechend fehlt es bezüglich dieses Schriftstücks bereits am erforderlichen Erklärungs- und Rechtsbindungswillen der Erblasserin, d.h. das Schreiben vom 20.2.1989 kann nicht als Rechtswirkungen entfaltendes Testament angesehen werden.

Im übrigen führten selbst bei anzunehmendem Rechtsbindungswillen die oben angeführten Gesichtspunkte zur Nichtigkeit gem. § 134 BGB im Hinblick auf § 14 Abs. 1 HeimG.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zum Problem auch die Entscheidungen des BayObLG vom 28.6.1991 [= DNotZ 1992, 258 = MittBayNot 1991, 265] und vom 24.11.1992 [= DNotZ 1993, 453 = MittBayNot 1993, 218] sowie den Aufsatz von *Dubischar*, DNotZ 1993, 419.

Gesellschaftsrecht

25. HGB § 230; GmbHG § 43 Abs. 1 *(Kostenansatz für Geschäftsführung einer auf die Aufnahme stiller Gesellschafter gerichteten Publikumsgesellschaft)*

1. **Der Maßstab, an dem die Tätigkeit einer GmbH zu messen ist, welche die Geschäfte einer auf die Beteiligung einer unbestimmten Vielzahl stiller Gesellschafter ausgerichteten Publikumsgesellschaft führt, ist der eines ordentlichen Kaufmanns.**
2. **Die GmbH darf deshalb für ihre Geschäftsführertätigkeit nur solche Kosten in Ansatz bringen, die sie für erforderlich halten kann.**
3. **In einem solchen Fall kann sich der Schutzbereich des zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Dienstverhältnisses auch auf die stillen Gesellschafter erstrecken.**

BGH, Urteil vom 14.11.1994 – II ZR 160/93 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

26. GmbHG § 33; BGB § 101 Nr. 2 2. Halbsatz *(Stimmrechte und Gewinnbezugsrechte für von GmbH gehaltene eigene Anteile)*

1. **Die Mitgliedschaftsrechte für einen eigenen Anteil der GmbH ruhen. Bei der Entscheidung über die Gewinnfeststellung und -verwendung hat die Gesellschaft deswegen kein Stimmrecht und kann auszuschüttende Gewinne nicht beziehen.**
2. **Der auf den eigenen Anteil der Gesellschaft rechnerisch entfallende Gewinn ist nicht in die Rücklage einzustellen, sondern kann unter den übrigen Gesellschaftern sofort nach Gesetz und Satzung verteilt werden. Ihnen steht der Gewinnanspruch aus ihrem eigenen Mitgliedschaftsrecht, nicht aus von der Gesellschaft abgeleitetem Recht zu.**
3. **Mangels abweichender Abreden hat der seinen Geschäftsanteil veräußernde Gesellschafter einen schuldrechtlichen Anspruch nach § 101 Nr. 2 2. Halbsatz BGB gegen den Erwerber auf den während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entfallenden anteiligen Gewinn, sofern er ausgeschüttet wird. Dies gilt nicht, wenn die Gesellschaft selbst den Anteil erwirbt.**

BGH, Urteil vom 30.1.1995 – II ZR 45/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 2.7.1990 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der H. GmbH. Der Beklagte und S. waren mit Geschäftsanteilen von 51.000,– DM bzw. 49.000,– DM Gesellschafter dieser GmbH gewesen. Ende des Jahres 1989 waren zwischen den Gesellschaftern Streitigkeiten entstanden, die dazu führten, daß S. aus wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen, daß sein Geschäftsanteil eingezogen wurde und daß S., der mit den gegen ihn ergangenen Maßnahmen nicht einverstanden war, selbst den Austritt aus der Gesellschaft zum 31.12.1989 erklärte und den mit ihm bestehenden Anstellungsvertrag kündigte. In den wegen der Abberufung und der Einziehung geführten Gerichtsverfahren (einstweilige Verfügung und Hauptsacheklage) wurden unter Beitritt des Beklagten gerichtliche Vergleiche geschlossen, nach denen S. mit Ablauf des 31.12.1989 aus der Gesellschaft ausscheidet, sein Geschäftsanteil der GmbH „anwächst" und diese aus den die Abberufung und die Einziehung betreffenden Beschlüssen keine Rechte herleiten, vielmehr für ihre Aufhebung sorgen wird.

Der Beklagte als alleiniger Gesellschafter stellte im März 1990 die Jahresbilanzen für 1988 und 1989 fest und beschloß, die Gewinne – nach Abzug der Kapitalertragsteuer handelt es sich um einen Betrag von insgesamt 907.500,– DM – an sich selbst auszuschütten. Der Kläger beansprucht aus eigenem und aus abgetretenem Recht des früheren Gesellschafters Auszahlung des auf S. entfallenden Gewinnanteils von 49% (444.675,– DM). Das Landgericht hat seine Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr entsprochen. Auf die Revision des Beklagten ist das klageabweisene erstinstanzliche Urteil wiederhergestellt worden.

Aus den Gründen:

Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch weder aus eigenem Recht der Gemeinschuldnerin noch aufgrund der von dem früheren Gesellschafter S. erklärten Abtretung zu.

1. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, daß S. seinen Geschäftsanteil mit dem zugehörigen Gewinnstammrecht durch gerichtlichen Vergleich wirksam auf die spätere Gemeinschuldnerin übertragen hat und deswegen mit Ablauf des 31.12.1989 nicht mehr Gesellschafter der GmbH war. Diese ihm günstige, rechtlich mögliche Auslegung des gerichtlichen Vergleichs greift der Beklagte mit der Revision nicht an. Folgerichtig und ohne Rechtsfehler hat danach das Oberlandesgericht die von dem Kläger in den Vorinstanzen vertretene Auffassung verworfen, der Beklagte sei als alleiniger Gesellschafter der GmbH nicht befugt gewesen, ohne Mitwirkung von S. die Beschlüsse über die Feststellung und die Verwendung des Gewinns der Geschäftsjahre 1988 und 1989 zu treffen. Bei dieser Beschlußfassung mußte, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend entschieden hat, auch die Gesellschaft selbst nicht mitstimmen. Nach allgemeiner Meinung ruhen nämlich die Mitgliedschaftsrechte für die eigenen Anteile der Gesellschaft (*Hachenburg/Hohner*, GmbHG, 8. Aufl., § 33 Rdnr. 50 ff.; *Scholz/Westermann*, GmbHG, 8. Aufl., § 33 Rdnr. 32 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 33 Rdnr. 9; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 33 Rdnr. 18; *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl., § 33 Rdnr. 28) und gewähren insbesondere kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung (RGZ 103, 64, 66 f.; *Hachenburg/Hohner*, a.a.O. Rdnr. 58; *Scholz/Westermann*, a.a.O. Rdnr. 37; *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. Rdnr. 9; *Baumbach/Hueck*, a.a.O. Rdnr. 19; a.A. zu Unrecht *Grothus* GmbHR 1958, 17, 19 f.).

2. Zu Unrecht hat der Kläger in den Vorinstanzen ferner geltend gemacht, der Beklagte sei jedenfalls materiell nicht befugt gewesen, die gesamten für die beiden Jahre 1988 und 1989 festgestellten Gewinne an sich selbst als den alleinigen Gesellschafter der GmbH auszuschütten. Da das Gewinnstammrecht zusammen mit dem Geschäftsanteil auf die GmbH übertragen worden war, ohne daß die Beteiligten über die dingliche Rechtsübertragung hinaus irgendwelche schuldrechtlichen Abreden getroffen hätten (wg. abweichender Gestaltungen vgl. *Hachenburg/Hohner* a.a.O. § 33 Rdnr. 54; *Rowedder* a.a.O. § 33 Rdnr. 28), konnte der frühere Gesellschafter S. nicht mehr originär gewinnbezugsberechtigt sein. Das auf die eigenen Geschäftsanteile der Gesellschaft entfallende Gewinnbezugsrecht ruhte hingegen ebenso wie die übrigen Mitgliedschaftsrechte. Dies entspricht allgemeiner Auffassung im Schrifttum (*Scholz/Westermann*, a.a.O. § 33 Rdnr. 32 f.; *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. § 33 Rdnr. 9; *Hachenburg/Hohner*, a.a.O. § 33 Rdnr. 52 f.; *Baumbach/Hueck*, a.a.O. § 33 Rdnr. 20; *Rowedder*, a.a.O. § 33 Rdnr. 28). Streit besteht allein über die Frage, ob die verbleibenden Gesellschafter den auf die eigenen Geschäftsanteile der GmbH entfallenden Teil des Jahresgewinns in die Rücklagen einzustellen haben und ihn erst mit dem Überschuß des folgenden Jahres an sich ausschütten dürfen oder ob es dieses Umwegs nicht bedarf, und sie sogleich den gesamten Jahresgewinn unter sich verteilen dürfen. Die im älteren Schrifttum vertretene erstgenannte Auffassung (vgl. *Hachenburg*, GmbHG, 6. Aufl., § 33 Anm. 15; *Brodmann*, GmbHG, § 33 Anm. 2; *Feine Ehrenbergs* Handbuch, 3. Bd., Teil III, S. 416 ff., 419) wird von der heute h.M. (*Lutter/Hommelhoff* a.a.O. § 33 Rdnr. 9; *Hachenburg/Hohner* a.a.O. § 33 Rdnr. 52 f.; *Scholz/Westermann* a.a.O. § 33 Rdnr. 34 je m.w.N.; *Roth*, GmbHG, 2. Aufl. § 33 Anm. 3.3.2) mit Recht abgelehnt, die – soweit an dem Gewinnbezugsrecht nicht vorher ein Nießbrauch bestellt, ein Pfandrecht entstanden oder das Recht selbst abgetreten war – dem Konfusionsgedanken entscheidendes Gewicht beimißt: Da ein etwa entstandener Anspruch sich in diesem Fall gegen die Gesellschaft selbst richten würde, niemand aber gleichzeitig Gläubiger und Schuldner derselben Forderung sein kann, gelangt der Anspruch auf den anteiligen Gewinn nicht zur Entstehung. Dadurch wird der von der älteren, ein eigenständiges Recht der Gesellschaft auf Ausschüttung des Gewinns ebenfalls verneinenden Auffassung für erforderlich erachtete Umweg vermieden, den auf die eigenen Anteile der GmbH entfallenden Teil des Jahresgewinns zunächst in die

Rücklagen einzustellen und ihn erst im darauf folgenden Jahr im Rahmen des dann zu verteilenden Gewinns an die Gesellschafter auszuschütten.

Wenn der Beklagte als einziger verbliebener Gesellschafter – dem für die spätere Gemeinschuldnerin noch geltenden Vollausschüttungsgebot folgend – den Beschluß faßte, die gesamten Jahresgewinne an sich auszuschütten, entzog er entgegen der Meinung des Klägers weder seinem früheren Mitgesellschafter S. noch der GmbH einen ihnen zustehenden Anteil des Gewinns der Gesellschaft.

3. Ist danach das von dem Beklagten eingeschlagene Verfahren formell und materiell ordnungsgemäß, kommt es entscheidend darauf an, ob der frühere Gesellschafter S., auch wenn er kein originäres Gewinnbezugsrecht besaß und im Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Gewinnfeststellung und -verwendung nicht mehr Gesellschafter war, von der GmbH oder dem Beklagten schuldrechtlich einen Teil des Jahresgewinns fordern konnte. Gegen die dem angefochtenen Urteil zugrundeliegende – wegen Fehlens irgendwelcher anläßlich der Geschäftsanteilsübertragung getroffener schuldrechtlicher Abreden allein in Betracht zu ziehende – Annahme, daß dies mit Rücksicht auf § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB der Fall ist, wendet sich die Revision mit Recht.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings, daß das Berufungsgericht auf das Verhältnis zwischen dem seinen Geschäftsanteil veräußernden und dem denselben erwerbenden Gesellschafter § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB anwenden will. Dies entspricht nicht nur der Handhabung im Steuerrecht (vgl. BFHE 147, 44 ff., 48 f.; BFHE 140, 221, 227; BFHE 111, 72, 75; *Meyer-Arndt*, GmbHR 1980, 277 f.; *Sommer*, GmbHR 1985, 224, 230; a. A. *Voß*, Betrieb 1985, 1159 f.), sondern auch allgemeiner Auffassung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum (*Baumbach/Hueck*, a. a. O. § 29 Rdnr. 59; *Scholz/Emmerich*, a. a. O. § 29 Rdnr. 44; *Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller*, a. a. O. § 29 Rdnr. 12 je m. w. N.) und betrifft nicht allein einen Gesellschafterwechsel während des Geschäftsjahres (so aber *Scholz/Emmerich*, § 29 Rdnr. 44), sondern gilt für alle Fälle, in denen ein Gewinnverwendungsbeschluß für abgelaufene Geschäftsjahre noch nicht gefaßt worden ist (*Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller*, § 29 Rdnr. 12).

b) Da die Vorschrift dispositiv ist, ist Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit freilich, daß die Beteiligten keine abweichenden Abreden zugunsten des Übernehmenden oder zugunsten des Übertragenden getroffen haben.

Nicht einmal der Kläger hat behauptet, es sei zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters S. – stillschweigend – eine von § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB abweichende Vereinbarung getroffen worden, daß die Jahresgewinne auszuschütten sind und ihm der künftige Anspruch auf Auszahlung des anteiligen Gewinns zurückabgetreten wird (vgl. RGZ 98, 318, 320; *Hachenburg/Goerdeler/Welf Müller*, § 29 Rdnr. 91; *Scholz/Emmerich*, § 29 Rdnr. 45 f.; *Baumbach/Hueck*, § 29 Rdnr. 59).

Soweit das Revisionsvorbringen dahin verstanden werden könnte, S. habe bei Abschluß der gerichtlichen Vergleiche jedenfalls stillschweigend auf einen etwa bestehenden Anspruch nach § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB verzichtet, wäre dem nicht zu folgen. Das Berufungsgericht hat sich zwar ausdrücklich nur zur Frage einer Übertragung auch dieses schuldrechtlichen Anspruchs auf die Gesellschaft geäußert; der Sache nach enthalten die entsprechenden Ausführungen des Berufungsurteils, daß S. Inhaber dieses Anspruchs geblieben ist, jedoch auch die Feststellung, daß eine – hier nur als stillschweigend zustandegekommen denkbare – Verzichtsvereinbarung nicht getroffen wurde. Dem steht nicht entgegen, daß nach dem zumindest für die Revisionsinstanz zu seinen Gunsten als richtig zu unterstellenden Vorbringen des Beklagten S. in jedem Fall mit Ablauf des 31.12.1989 aus der GmbH ausscheiden wollte, um ohne die Beschränkungen des in der Satzung verankerten Wettbewerbsverbots seine bereits seit längerer Zeit vorbereitete Konkurrenztätigkeit aufnehmen zu können. Dieses Ziel des früheren Mitgesellschafters erklärt allein, daß der Weg der Geschäftsanteilsübertragung gewählt wurde und S. sich gegen die – sein endgültiges Ausscheiden aus der GmbH u. U. wegen der Verbindung mit der Abfindungsfrage verzögernde (vgl. BGHZ 9, 157, 173; *Hachenburg/Ulmer*, § 34 Rdnr. 59 f. m. w. N.) – Zwangseinziehung gewandt hat. Aus den zu den beigezogenen Akten eingereichten außergerichtlichen Schreiben der Parteien und auch aus der Kostenregelung des am 31.1.1990 geschlossenen Vergleichs (sog. Hauptsacheverfahren – 23 O 138/89 LG Hannover) durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler entnehmen, daß eine endgültige Erledigung des Streits der früheren Mitgesellschafter um die Teilhabe an dem Gewinn der Geschäftsjahre 1988 und 1989 und hinsichtlich einer etwa S. zu zahlenden Abfindung durch den Vergleich nicht herbeigeführt worden war.

c) Haben die Beteiligten danach keine von § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB abweichenden Vereinbarungen getroffen, scheitert die von dem Berufungsgericht angenommene Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Regelung an den Besonderheiten des vorliegenden Falles, in dem nicht eine andere Person, sondern die GmbH selbst den Geschäftsanteil des Gesellschafters S. erworben hat.

§ 101 BGB, der als schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch konzipiert ist, setzt voraus, daß die Früchte – also auch die in Nr. 2, 2. Halbsatz genannten Gewinnanteile – tatsächlich erworben worden sind; wie schon das Reichsgericht entschieden hat, reicht es dagegen nicht aus, daß Früchte hätten gezogen werden können (RG JW 1913, 193 f. = Gruchot 57, 902, 905; vgl. ferner BFHE 147, 44, 49; *Planck/Strecker*, BGB, 4. Aufl., § 101 Anm. 3; *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 101 Rdnr. 1; *Soergel/Mühl*, BGB, 12. Aufl., § 101 Rdnr. 2; RGRK/*Kregel*, BGB, 12. Aufl., § 101 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Holch*, BGB, 3. Aufl., § 101 Rdnr. 2 f.). Deswegen besteht kein Anspruch nach § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB, wenn der Fruchtziehungsberechtigte die ihm zustehenden Früchte nicht gezogen (vgl. RG JW 1913, 193 f.), etwa den Gewinnanteil nicht ausgeschüttet, sondern in die Rücklagen eingestellt hat.

Erst recht kann ein Anspruch nach der genannten Vorschrift dann nicht von dem früheren Rechtsinhaber erhoben werden, wenn ein Fruchtziehungsrecht im Sinne von § 101 BGB nicht besteht. So liegt es bei der GmbH, die eigene Geschäftsanteile erworben hat. Sie kann – wie oben ausgeführt – die mit den eigenen Anteilen verbundenen mitgliedschaftlichen Rechte nicht ausüben, vor allem auch den Jahresgewinn nicht an sich selbst ausschütten (vgl. *Hachenburg/Hohner*, § 33 Rdnr. 52 f. m. w. N.; *Lutter/Hommelhoff*, § 33 Rdnr. 9) und damit auch nicht Schuldnerin des auf § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB gestützten obligatorischen Ausgleichsanspruchs sein, weil dieser nach der Konzeption des Gesetzes lediglich auf Teilhabe an den wirklich gezogenen Früchten geht. Die von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang gezogene Parallele zur Veräußerung des Geschäftsanteils an einen Dritten paßt nicht, weil sie nicht den Besonderheiten des Erwerbs eigener Anteile durch die GmbH Rechnung trägt; der

dritte Erwerber des Geschäftsanteils hätte nämlich, anders als die Gesellschaft, ein Gewinnbezugsrecht und müßte, falls aufgrund eines Gewinnverwendungsbeschlusses Beträge an ihn ausgeschüttet werden, hieran den früheren Gesellschafter beteiligen.

4. Der Beklagte haftet auch nicht unmittelbar nach § 101 Nr. 2, 2. Halbsatz BGB. Soweit er als alleiniger Gesellschafter der GmbH über die Gewinnverwendung Beschluß gefaßt und die Jahresgewinne für 1988 und 1989 an sich selbst ausgeschüttet hat, hat er nicht ein fremdes, eigentlich der Gesellschaft zustehendes Fruchtziehungsrecht, sondern sein eigenes, durch seinen Geschäftsanteil an der GmbH vermitteltes Gewinnbezugsrecht ausgeübt. Da die Gesellschaft für ihre eigenen Anteile nicht gewinnberechtigt ist, steht der gesamte Jahresgewinn zur Verteilung unter den verbliebenen Gesellschaftern nach Gesetz und Satzung (*Lutter/Hommelhoff*, § 33 Rdnr. 9; *Hachenburg/Hohner*, § 33 Rdnr. 52 f.; *Scholz/Westermann*, § 33 Rdnr. 33), wird also allein aufgrund des eigenen Mitgliedschaftsrechts bezogen.

Die Interessen des Gesellschafters, der seinen Geschäftsanteil auf die GmbH übertragen hat, werden hierdurch nicht in unangemessener Weise beeinträchtigt. Da es zu der Anteilsübertragung nur mit seiner Mitwirkung kommen kann, hat er es in der Hand, durch Vereinbarungen mit der Gesellschaft und den verbliebenen Gesellschaftern eine Regelung zu treffen, die seine Rechte wahrt, auch wenn erst nach seinem Ausscheiden der Gewinnverwendungsbeschluß für zurückliegende Perioden gefaßt wird. Soweit über die Gewinnverwendung schon vor der Anteilsübertragung befunden worden ist, behält der Veräußerer mangels abweichender Vereinbarungen den Gewinnauszahlungsanspruch ohnehin (*Hachenburg/Hohner*, § 33 Rdnr. 51; *Baumbach/Hueck*, § 29 Rdnr. 58).

5. Da danach der frühere Gesellschafter S. keinen Anspruch auf Beteiligung an den Gewinnen der Jahre 1988 und 1989 hat, ist die Klage, die sich auf einen in einen Zahlungsanspruch übergegangenen Befreiungsanspruch der Gemeinschuldnerin von dieser angeblichen Verbindlichkeit bzw. auf die Abtretung der angeblichen Ansprüche S.s stützt, unbegründet, ohne daß der Senat auf die übrigen gegen das Berufungsurteil erhobenen Rügen der Revision einzugehen hätte.

---

27. LwAnpG § 65 i.d.F. v. 3. Juli 1991; ZPO §§ 577 a, 548 *(Zulässigkeitsanforderungen von Klagen gegen Versammlungsbeschlüsse einer LPG oder ZGE)*

Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen gegen die nach der Wiedervereinigung gefaßten Beschlüsse der Mitgliederversammlung einer LPG oder der Bevollmächtigtenversammlung einer juristisch selbständigen ZGE sind keine Rechtsstreitigkeiten im Sinne von § 65 LwAnpG a.F. Sie beurteilen sich nach den Grundsätzen des Genossenschaftsrechts, ergänzend nach den aktienrechtlichen Vorschriften über Mängel von Hauptversammlungsbeschlüssen.

BGH, Beschluß vom 2.3.1995 – LwZB 9/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war als damalige LPG (T) N. einer der Trägerbetriebe, die 1965 die Beklagte, ZGE T. N., als kooperative Einrichtung gegründet hatten.

Am 6.2.1991 beschloß die Bevollmächtigtenversammlung der Beklagten deren Auflösung zum 1.7.1990 unter Übernahme der Rechtsgeschäfte und wirtschaftlichen Tätigkeit durch die Auffanggesellschaft T. N., ferner am 17.12.1991 deren Umwandlung in eine GmbH. Gleichzeitig wurde unter anderem festgestellt, daß die Klägerin aus der ZGE austrete. Mit Beschluß vom 11.11.1992 bestätigte die Beklagte den Austritt der Klägerin auf der Grundlage deren Antrags vom 7.5.1990. Am 21.9.1993 stellte die Beklagte durch Beschluß fest, daß die Klägerin ihre Kündigung zurückgezogen habe und damit Trägerbetrieb der Beklagten bleibe.

Die Klägerin hat im Wege der Klage die Feststellung beantragt, daß die Beschlüsse vom 6.2.1991 und vom 17.12.1991 sowie vom 11.11.1992 nichtig seien, hilfsweise hat sie gebeten, die Beschlüsse vom 6.2.1991 und vom 17.12.1991 für nichtig zu erklären. Die gegen die Verwerfung der Berufung der Klägerin eingelegte Beschwerde führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Nach Auffassung des Senats muß die Wirksamkeit der nach der Wiedervereinigung gefaßten Beschlüsse nach den Grundsätzen des Genossenschaftsrechts beurteilt werden, die ihrerseits ergänzend auf die aktienrechtlichen Vorschriften über Mängel von Hauptversammlungsbeschlüssen (§§ 241 ff. AktG) abstellen (vgl. dazu *Müller*, GenG, § 51 Rdnr. 1 m.w.N.; *Meyer/Meulenbergh/Beuthien*, GenG, 12. Aufl., § 51 Rdnr. 3 m.w.N.). Weder das bis zum 31.12.1991 weiter geltende LPG-Gesetz noch die Musterstatuten für die LPG (P) oder (T) sowie diejenigen für kooperative Einrichtungen in der LPG, GPG, VEG und andere sozialistische Betriebe der Land-, Forst- und Nahrungsgüterwirtschaft enthalten eine Regelung für Klagen gegen die Wirksamkeit von Beschlüssen der Mitgliederversammlung oder der Bevollmächtigtenversammlung. Wie der Senat im Beschluß vom 1.7.1994 (BLw 17/94, AgrarR 1994, 300 mit zustimmender Anm. v. *Schaffland*, EWiR 1994, 1099) näher dargelegt hat, entsprach es aber der Rechtspraxis der DDR, gerichtliche Verfahren auf der Grundlage von LPG-Vollversammlungsbeschlüssen, deren Wirksamkeit umstritten war, solange auszusetzen, bis der Rat des Kreises entschieden hatte, ob der gefaßte Beschluß aufrechterhalten bleibt. Diese Entscheidungszuständigkeit der staatlichen Verwaltungsbehörde entfiel spätestens (vgl. Senat a.a.O) mit dem Inkrafttreten der Kommunalverfassung vom 17.5.1990 (GBl I S. 255). Die bestehende Lücke zur gerichtlichen Wirksamkeitskontrolle von Vollversammlungsbeschlüssen kann mangels anderweitiger Sonderregelung im LPG-Recht (vgl. auch Senatsbeschl. v. 9.6.1993, BLw 63/92, AgrarR 1993, 261) mit Inkrafttreten des bundesrepublikanischen Rechts im Beitrittsgebiet (Art. 8 EV) nur durch eine entsprechende Anwendung genossenschaftsrechtlicher Grundsätze geschlossen werden, die ihrerseits ergänzend auf die §§ 251 ff. AktG abstellen (so auch *Nies*, LwAnpG, § 28 Rdnr. 2 bis 9; wohl auch *Schweizer*, Das Recht der landwirtschaftlichen Betriebe nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz, 2. Aufl., Rdnr. 257; dazu auch näher Senatsbeschl. v. 1.7.1994, a.a.O, m.w.N.). Was für die LPG gilt, muß auf eine ZGE jedenfalls dann entsprechend Anwendung finden, wenn diese – wie im vorliegenden Fall – durch Registrierung eine juristische Person mit eigener Rechtsfähigkeit ist (vgl. auch § 13 Abs. 3 LPG-Gesetz 1982). Die ZGE war nämlich ein genossenschaftlich strukturierter Zusammenschluß der entsprechenden Trägerbetriebe auf der Grundlage des LPG-Gesetzes (§ 13 LPG Gesetz 1982).

Das Berufungsgericht wird deshalb ohne Bindung an die verfehlte Entscheidung des Kreisgerichts zur Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde (vgl. auch Senatsbeschl. v. 21.1.1993, BLw 45/92, AgrarR 1993, 188) auf die zulässige Berufung der Klägerin prüfen müssen, ob die Klage gegen die Wirksamkeit der entsprechenden Beschlüsse der Bevollmächtigtenversammlung zulässig und begründet ist.

---

28. BGB § 738 *(Berücksichtigung des Werts mitgenommener Mandate beim Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters)*

Zur Frage, wie der Wert von Mandaten, die der aus einer Sozietät ausscheidende Gesellschafter im Einverständnis mit den verbleibenden Gesellschaftern mitnimmt, bei der Berechnung eines etwaigen Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Gesellschafters zu berücksichtigen ist.

BGH, Urteil vom 6.3.1995 – II ZR 97/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

---

29. BGB § 276; AktG 1965 §§ 302, 303 *(Keine persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Abtretung von Forderungen der GmbH an sich selbst zur Sicherung eigener Honoraransprüche)*

1. **Der Geschäftsführer einer Bauträger-GmbH haftet nicht deswegen persönlich für eine Werklohnschuld der Gesellschaft, weil er Forderungen, die dieser aus demselben Bauvorhaben gegen den Bauherren zustehen, an sich selbst zur Sicherung des Honoraranspruchs abgetreten hat, den er aus Architektenleistungen für das Bauvorhaben gegen die GmbH hat.**
2. **Einen die Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern auslösenden Rechtsmißbrauch stellt es nicht dar, wenn bestimmte im einzelnen feststehende Forderungen der abhängigen Gesellschaft an ein anderes Konzernunternehmen zur Sicherung von Ansprüchen abgetreten werden, die diesem seinerseits gegen die abhängige GmbH zustehen.**

BGH, Urteil vom 27.3.1995 – II ZR 136/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagten waren die alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer der 1987 gegründeten, inzwischen aufgelösten und im Jahre 1990 wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöschten S. GmbH. Für diese Gesellschaft, die sich als Bauträgerunternehmen betätigte, erbrachten die Beklagten als Gesellschafter einer zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts Architektenleistungen. Zur Sicherung von Honoraransprüchen in Höhe von rund 100.000,– DM trat die GmbH ab April 1988 ihr zustehende Werklohnforderungen von insgesamt etwa 2 Mio. DM an die Beklagten als Mitglieder der Architektengemeinschaft ab. Am 28.11.1988 trat die GmbH ihre Ansprüche gegen die Beklagten auf Einzahlung restlicher Einlagen in Höhe eines Betrages von 25.000,– DM – ebenfalls als Sicherheit – an die damaligen Prozeßbevollmächtigten der S. GmbH ab, die im jetzigen Rechtsstreit in den Vorinstanzen auch die Beklagten persönlich vertreten haben.

Am 14.2.1989 schloß die GmbH mit der Klägerin Verträge über von dieser zu liefernde und zu montierende Türen für verschiedene Bauvorhaben. Die Klägerin, die diese Leistungen erbrachte, konnte ihre Zahlungsansprüche gegen die GmbH in Höhe von 62.143,– DM nicht durchsetzen. Diese erlitt im Jahre 1989 einen Verlust von 710.000,– DM. Der von den Beklagten am 11.1.1990 gestellte Konkursantrag wurde am 19.4.1990 mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse zurückgewiesen. Die Klägerin macht ihren Forderungsausfall zuzüglich der ihr durch den Prozeß gegen die GmbH entstandenen Verfahrens- und Vollstreckungskosten von 12.254,43 DM als Schadensersatzanspruch und unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Haftung im qualifizierten faktischen Konzern gegen die Beklagten geltend.

Die Vorinstanzen haben der Klage im wesentlichen stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht der Klage stattgegeben hat, trägt die Entscheidung nicht.

1. Das Berufungsgericht hat die Haftung der Beklagten in erster Linie mit Verschulden beim Vertragsschluß begründet. Sie hätten, so hat es ausgeführt, die Klägerin darüber aufklären müssen, daß die GmbH deren Arbeiten nicht mehr würde bezahlen können; dafür hätten sie persönlich einzustehen, weil sie an dem Geschäft ein eigenes wirtschaftliches Interesse gehabt hätten. In beiden Punkten kann dem Berufungsgericht nicht zugestimmt werden.

a) Eine persönliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers für vertragliche Verbindlichkeiten unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigeninteresses kommt nach der Entscheidung des Senats vom 6.6.1994 (ZIP 1994, 1103, 1105 f. [=MittBayNot 1994, 451], zum Abdruck in BGHZ 126, 181 bestimmt) in aller Regel wegen des sich dabei ergebenden Wertungswiderspruchs zu § 13 Abs. 2 GmbHG nicht in Betracht. Der Senat hat dies dort allerdings – abgesehen davon, daß die mitgliedschaftliche Beteiligung des Geschäftsführers an der GmbH als solche nach heute einhelliger Meinung nicht haftungsbegründend wirkt –, nur für den Fall ausgesprochen, daß der Geschäftsführer zugunsten der Gesellschaft persönliche oder dingliche Sicherheiten gestellt hat. Nach einem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 23.10.1985 soll ein zur persönlichen Haftung führendes wirtschaftliches Interesse des Geschäftsführers vorliegen, wenn er bei Abschluß des Vertrages die Absicht hat, die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung nicht ordnungsgemäß an die vertretene Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zum eigenen Nutzen von ihm selbst bestimmten Zwecken zuzuführen (ZIP 1986, 26, 30). Das Berufungsgericht hat, möglicherweise auf dieser Grundlage, gemeint, die Beklagten seien wirtschaftlich gleichsam in eigener Sache tätig geworden, weil sie als Geschäftsführer der GmbH den Werklohnanspruch gegen die

Bauherren der Bauvorhaben, für die die Klägerin tätig werden sollte, an sich selbst als Mitglieder der Architektengemeinschaft zur Sicherung ihrer eigenen Forderungen gegen die GmbH abgetreten hatten; sie seien aus diesem Grunde daran interessiert gewesen, daß jene Werklohnansprüche durch die Tätigkeit der Klägerin als bauausführender Unternehmerin werthaltig und einziehbar gemacht würden.

Ein solches Interesse ist auch nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats nicht haftungsbegründend. Die GmbH mußte freilich, um die mit den Beklagten geschlossenen Architektenverträge erfüllen zu können, dafür sorgen, daß die Bauvorhaben tatsächlich durchgeführt wurden und sie selbst ihr Geld von den Bauherren erhielt. Das sich daraus ergebende Interesse der Beklagten ist jedoch nur ein mittelbares und reicht nicht aus, die persönliche Haftung der Beklagten zu begründen (vgl. Sen.Urt.WM 1992, 735 m.w.N. [= DNotZ 1993, 185]). Ob jene Forderungsabtretungen an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt wirksam oder wegen Übersicherung unwirksam waren (s. dazu auch unten b), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

b) Das Berufungsgericht hat die Feststellung, die Beklagten hätten zumindest damit rechnen müssen, daß die GmbH die Werklohnforderungen der Klägerin nicht mehr vollständig werde erfüllen können, – allein – darauf gestützt, daß die Gesellschaft wegen der Abtretung ihrer eigenen Ansprüche gegen die Bauherren damals so gut wie kein eigenes Vermögen gehabt habe. Auch diese Beurteilung ist rechtlich unzutreffend.

Die Forderungen waren an die BGB-Gesellschaft der Beklagten nur zur Sicherung der Honoraransprüche aus den Architektenleistungen abgetreten. Die GmbH konnte deshalb, obwohl die Abtretungsverträge nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Freigabeklauseln enthielten, insoweit teilweise Rückabtretung verlangen, sobald eine endgültige Übersicherung der Beklagten eingetreten war (BGHZ 124, 371 = ZIP 1994, 309, 311 [= DNotZ 1994, 467]; BGHZ 124, 380 = ZIP 1994, 305, 306f., jeweils m.w.N.; ferner BGH WM 1994, 1161, 1162 [= MittBayNot 1994, 315]). Ob darüber hinaus Sicherungsabtretungsverträge ohne Freigabeklausel und zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze, wie die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs annimmt, nichtig sind (anders aber bei Sicherungsübereignungen von bestimmten Gegenständen oder einer feststehenden Sachgesamtheit: BGHZ 124, 371 m.w.N. [= DNotZ 1994, 467]; insgesamt zweifelnd BGH ZIP 1994, 1010, 1011), ist auch insoweit für die Entscheidung ohne Bedeutung. Es kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, daß die GmbH gerade infolge der Abtretung jener Forderungen nahezu vermögenslos gewesen wäre. Daß sich im übrigen die Gesellschaft bereits bei Abschluß der Verträge mit der Klägerin in einer schwierigen finanziellen Lage befunden hätte, ist weder festgestellt noch auch nur substantiiert vorgetragen worden.

2. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten zusätzlich auf die Haftungsgrundsätze im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern gestützt. Auch insoweit greift die Revision das Berufungsurteil zu Recht an.

a) Das Berufungsgericht hat die jeweils im gleichen Verhältnis an der GmbH wie an der die gemeinsame Architektentätigkeit betreibenden BGB-Gesellschaft beteiligten Beklagten als die GmbH beherrschende Unternehmen im Sinne des § 17 AktG angesehen. Das ist insoweit nicht zu beanstanden, als auch eine freiberufliche Tätigkeit die Unternehmenseigenschaft begründen und ein beherrschender Einfluß auch von mehreren gleichgeordneten Unternehmen ausgehen kann (BGH ZIP 1994, 1690, 1692 [= MittBayNot 1995, 61]). Die Revision meint aber, von einem Unternehmen im Sinne des Konzernrechts könne im Fall der Beklagten deswegen nicht gesprochen werden, weil diese ihre im Rahmen der BGB-Gesellschaft ausgeübte Architektentätigkeit auf die GmbH als Auftraggeberin beschränkt hätten; zu einem die Anwendung von Konzernrechtsregeln rechtfertigenden Interessengegensatz zwischen den Beklagten und der von ihnen abhängigen GmbH habe es aus diesem Grund nicht kommen können. Daran ist richtig, daß die Beklagten auch als Architekten ein Interesse daran haben mußten, die GmbH als ihre Auftraggeberin zu erhalten. Der jetzige Fall liegt in diesem Punkt anders als der durch BGH ZIP 1994, 1690, 1692 entschiedene, in dem die dortigen Beklagten die Architektenverträge mit den jeweiligen Bauherren selbst abgeschlossen hatten. Ob dieser Unterschied eine andere Beurteilung der Unternehmenseigenschaft rechtfertigt, erscheint zweifelhaft, ist indessen aus den nachfolgenden Gründen hier nicht zu entscheiden.

b) Das Berufungsgericht hat die Grundlage der von ihm angenommenen persönlichen Haftung der Beklagten in den Abtretungen verschiedener Werklohnforderungen der Gesellschaft an sie selbst zur Sicherung ihrer der Höhe nach weit niedrigeren Architektenhonoraransprüche sowie der restlichen Einlageforderungen an ihre Prozeßbevollmächtigten zur Sicherung von deren Gebührenansprüchen gesehen. Auch diese Begründung trägt die Entscheidung nicht.

Im faktischen GmbH-Konzern haftet das herrschende Unternehmen entsprechend den §§ 302, 303 AktG wegen objektiven Mißbrauchs seiner Gesellschafterstellung, wenn es keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der dieser insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe (BGHZ 122, 123, 130). Einen solchen Rechtsmißbrauch stellt es nicht dar, wenn bestimmte, im einzelnen feststehende Forderungen der abhängigen Gesellschaft an ein anderes Konzernunternehmen zur Sicherung von Ansprüchen abgetreten werden, die diesem seinerseits gegen die abhängige GmbH zustehen. Dies gilt auch, wenn dadurch eine Übersicherung eintritt. Die sich hieraus nach allgemeinen Regeln ergebenden Rechtsfolgen – sei es die Nichtigkeit der Sicherungsgeschäfte, sei es ein Anspruch der GmbH auf Rückübertragung der nicht benötigten Sicherheiten – reichen aus, einen bleibenden Rechtsnachteil der Gesellschaft nicht erst entstehen zu lassen. Ein etwaiger zwischenzeitlicher Wertverlust der abgetretenen Forderungen ist gegebenenfalls nach den §§ 30, 31 GmbHG auszugleichen (BGHZ 122, 333, 338f.). Damit sind die Interessen der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger hinreichend gewahrt; ein Bedürfnis für darüber hinausgehende Ansprüche gegen das herrschende Unternehmen auf Übernahme der bei der beherrschten Gesellschaft eingetretenen Verluste sowie seitens der Gesellschaftsgläubiger selbst ist daneben nicht anzuerkennen. Entsprechendes gilt für die Abtretung der Einlageforderungen an die damaligen Prozeßbevollmächtigten der GmbH.

Anders wäre es nur dann, wenn es Umstände gäbe, die die Annahme nahelegten, daß der GmbH Nachteile zugefügt worden sind, die sich in dem – nach den genannten Regeln auszugleichenden – zeitweiligen Entzug des für den Sicherungszweck nicht benötigten Teils der abgetretenen Forderungen nicht erschöpfen. Dafür finden sich indessen im vorgetragenen Prozeßstoff keine Anhaltspunkte. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, daß durch die Aufgliederung der Bau-

trägergeschäfte und der Architektentätigkeit auf zwei verschiedene Gesellschaften und durch die Art und Weise der Gestaltung der Verträge mit den Bauherren das mit der gesamten unternehmerischen Betätigung verbundene Risiko einseitig auf die nur mit einem beschränkten Haftungsfonds ausgestattete GmbH verlagert worden wäre. Die Beklagten haben ihrerseits behauptet, zum Zusammenbruch der GmbH sei es deswegen gekommen, weil zwei mit den Arbeiten für zwei bestimmte Bauvorhaben beauftragte Bauunternehmen in Konkurs gegangen seien. Die Beklagten selbst wollen mit Honorarforderungen aus Architektenleistungen in Höhe von 95.000,– DM ausgefallen sein.

Soweit wegen der Forderungsabtretungen an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Ansprüche der GmbH gegen die Beklagten nach § 31 GmbHG bestehen sollten, hat die Klägerin diese aufgrund des Titels, den sie gegen die GmbH erlangt hat, pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen (Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 17.10.1990). Derartige Ansprüche sind aber nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits. Die Beklagten haben im übrigen – soweit ersichtlich, unwidersprochen – vorgetragen, auf die abgetretenen Forderungen sei wegen von den Bauherren behaupteter mangelhafter Bauleistungen nichts gezahlt worden.

...

---

30. GmbHG §§ 30, 31; BGB § 276 *(Verjährungsfristen für Ansprüche gegen Gesellschafter einer GmbH & Co. KG)*

1. **Die Verjährungsfrist für Ansprüche gegen „Nur-Kommanditisten", die vor Bekanntwerden des Urteils des Senats vom 19.2.1990 (BGHZ 110, 342) Leistungen aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG zu Lasten des Stammkapitals der Komplementär-GmbH erhalten haben, kann sich nicht wegen „böslicher Handlungsweise" von fünf auf 30 Jahre verlängern.**
2. **Für Ansprüche auf der Grundlage der vom Senat im Urteil vom 10.12.1984 (BGHZ 93, 146) angenommenen Haftung eines Gesellschafters wegen schuldhafter Mitwirkung an einer an einen Mitgesellschafter geleisteten Auszahlung aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen oder bereits überschuldeten Gesellschaftsvermögen gilt die Verjährungsregelung des § 31 Abs. 5 GmbHG entsprechend.**

BGH, Urteil vom 27.3.1995 – II ZR 30/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

---

31. GmbHG §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 *(Bestellung eines Ausländers zum GmbH-Geschäftsführer)*

1. **Ein im Ausland wohnhafter Ausländer kann zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden, sofern sichergestellt ist, daß er seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt.**
2. **Das Registergericht ist nicht befugt, eine Versicherung des Geschäftsführers dahin zu verlangen, daß Verurteilungen ausländischer Gerichte wegen einer Konkursstraftat oder Berufsverbote ausländischer Behörden nicht vorliegen.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

(LG Köln, Beschluß vom 6.1.1995 – 87 T 38/94 –)

Aus dem Tatbestand:

Zur Eintragung in das Handelsregister ist u.a. angemeldet, daß Herr X zum Geschäftsführer bestellt worden ist. Ausweislich des Gesellschafterbeschlusses vom 29.9.1994 wohnt dieser in Großbritannien. In seiner Anmeldung versichert der Geschäftsführer, daß er in den letzten 5 Jahren nicht rechtskräfig wegen einer Straftat nach den §§ 283 – 283 d StGB verurteilt worden ist und ihm weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufes, eines Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagt worden ist.

Der Rechtspfleger hat folgende Beanstandungen erhoben :

1. Da es sich möglicherweise bei dem Geschäftsführer um einen ausländischen Staatsangehörigen handle, sei gegebenenfalls die Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG dahingehend zu ergänzen, daß einschlägige Bestrafungen oder Berufsverbote durch ausländische Gerichte oder Behörden nicht vorliegen.

2. Für den Fall, daß es sich bei dem Geschäftsführer um einen Ausländer aus einem „Nicht-EG-Land" handeln sollte, sei weiter ein Negativattest der zuständigen Ausländerbehörde beizubringen, daß gegen die Bestellung zum Geschäftsführer keine ausländerrechtlichen Bedenken bestehen.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung des Antragstellers vom 24.11. 1994, welcher Rpfleger und Registerrichter nicht abgeholfen haben; sie gilt daher als Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Mit Recht hebt die Beschwerde hervor, daß eine Erweiterung der Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 GmbHG nur dann verlangt werden kann, wenn entsprechende Verurteilungen durch ausländische Gerichte oder Berufsverbote ausländischer Behörden unter den Ausschlußtatbestand des § 6 Abs. 2 GmbHG fallen. Das ist aber nicht der Fall.

Hinsichtlich der Verurteilung wegen einer Konkursstraftat ergibt sich dies schon aus dem Wortlaut des Gesetzes. Danach ist die Verurteilung „wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283 d) StGB" erforderlich. Dem entspricht eine Verurteilung wegen entsprechender Strafrechtsbestimmungen anderer Staaten nicht. Insoweit lehnt die Kammer auch eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 2 GmbHG ab.

Richtig ist zwar die von der Gegenmeinung angeführte Zielsetzung des Gesetzgebers, bestimmte unzulässige und damit für den Geschäftsverkehr gefährliche Personen von der Geschäftsführung auszuschließen (vgl. *Bartl/Henkes/Schlarb*, GmbHG, 3. Aufl. zu § 6 Rdnr. 126; *Scholz-Schneider*, GmbHG, 8. Aufl. zu § 6 Rdnr. 20). Gleichwohl hat der Gesetz-

geber den Ausschlußtatbestand auf die im Gesetz genau bezeichneten Konkursstraftaten eng begrenzt. Andere Verurteilungen etwa wegen Betruges oder Unterschlagung reichen nach wohl einhelliger Meinung für einen Ausschluß nicht aus, obwohl auch hieraus Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit dieser Personen gezogen werden könnten.

Im übrigen ist eine Verurteilung im Ausland „wegen vergleichbarer Tatbestände" nur schwer nachprüfbar. Mit Recht hebt die Beschwerde hierzu hervor, daß Rechtsvergleiche mit ausländischen Konkurstatbeständen recht problematisch sein können.

Mit derart schwierigen internationalen Rechtsfragen sollte das deutsche Registerrecht nicht überfrachtet werden. Auch die Rechtssicherheit verlangt wegen der drastischen Folgen (Nichtigkeit der Bestellung) einen genau abgrenzbaren Tatbestand, dem mit „vergleichbaren Delikten" nicht gerecht zu werden ist. Die Kammer sieht bei einem Analogieverbot auch keine Privilegierung von Ausländern im Geltungsbereich unserer Gesetze. Denn § 6 Abs. 2 GmbHG stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit des Geschäftsführers ab, sondern allein auf eine Verurteilung nach den §§ 283 – 283 d StGB.

Nicht anders verhält es sich mit Berufsverboten ausländischer Gerichte und Behörden. Allerdings ließe hier der Wortlaut des Gesetzes durchaus die Einbeziehung der Verbote ausländischer Organe zu. Im Ergebnis führte dies aber zu einer automatischen Anerkennung der ausländischen Entscheidungen jedenfalls im Rahmen des Registerrechts. Das kann aber nicht hingenommen werden. Zum einen ist nicht in allen fremden Staaten gewährleistet, daß die dort ergangenen Entscheidungen der Gerichte und insbesondere der Behörden rechtsstaatlichen Mindestanforderungen entsprechen. Zum anderen richten sich diese ausländischen Entscheidungen oder Anordnungen nach fremdem Recht. Es müßte deshalb jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob das Berufsverbot auch nach deutschem Recht aufgrund eines vergleichbaren Tatbestandes vertretbar erscheint. Das ist aber aus denselben Gründen abzulehnen wie die Prüfung eines vergleichbaren Konkursstraftatbestandes.

Schließlich kann die Kammer auch nicht der letzten Beanstandung des Registergerichts folgen, soweit sie an eine Staatsangehörigkeit des Geschäftsführers außerhalb des EG-Bereichs anknüpft. Jedwede Staatsangehörigkeit ist als Zulässigkeitsvoraussetzung ohne Bedeutung.

Nach herrschender Lehre können auch Ausländer zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden. Sie können auch im Ausland wohnen, jedenfalls solange sichergestellt ist, daß sie von dort aus ihren gesetzlichen Verpflichtungen gerecht werden. Davon ist bei einem Wohnsitz innerhalb der EG auszugehen. Der Antragsteller hat im vorliegenden Fall seine in Großbritannien gelegene Anschrift angegeben. Sollten gegen die Richtigkeit dieser Adresse als Wohnsitz Bedenken seitens des Amtsgerichts nicht bestehen, entfällt auch die Berechtigung, ein Negativattest der zuständigen Ausländerbehörde anzufordern. Die Kammer verweigert in ständiger Rechtsprechung die Eintragung eines ausländischen Geschäftsführers nur dann, wenn er im Inland wohnt und weder eine Aufenthaltsgenehmigung noch ein Negativattest der Ausländerbehörde bezüglich eines evtl. Arbeitsverbots vorlegen kann. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht

32. ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 *(Bestimmtheit des Zahlungsanspruchs aus vollstreckbarer Urkunde)*

Der Zahlungsanspruch aus einer vollstreckbaren Urkunde ist hinreichend bestimmt, wenn die Berechnung mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Grundbuch ersichtlicher Daten möglich ist.

BGH, Urteil vom 15.12.1994 – IX ZR 255/93 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D. und *Dr. Wolfgang Reinl*, Notar in München

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Kaufvertrag vom 5.10.1990, den der Streithelfer der Beklagten (im folgenden: Streithelfer) beurkundete, kaufte die Klägerin von Frau Dr. O. (der früheren Beklagten zu 2) und 12 weiteren Verkäufern die Teilerbbau- und Sondererbbaurechte an einem Grundstück. Der – später erhöhte – Kaufpreis betrug 28 Mio DM nebst 14% Mehrwertsteuer. Er war am 2.1.1991 auf Anderkonto des Streithelfers zu hinterlegen. Dieser wurde angewiesen, aus dem hinterlegten Kaufpreis, der den Verkäufern im Verhältnis ihrer „Miteigentumsanteile" zustehen sollte, zunächst Pfandlasten abzulösen, eine Provision auszuzahlen und den verbleibenden Betrag sodann auf die Verkäufer zu verteilen. In fünf Nachträgen, die ebenfalls der Streithelfer oder sein amtlich bestellter Vertreter beurkundete, wurden einzelne Bestimmungen geändert.

Am 31. 1.1991 ließ sich Frau Dr. O. eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 5.10.1990 „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung hinsichtlich ihrer Barkaufpreisforderung in Höhe von zunächst DM 1.519.638,28 ... (Kaufpreisteil)" erteilen. Später wurde auf Antrag der Verkäuferin eine Zwangssicherungshypothek über den genannten Betrag in das Grundbuch eingetragen. Inzwischen war der Kaufpreis hinterlegt worden. Die Verkäufer machten jedoch weitere Ansprüche geltend. Frau Dr. O. trat ihre angeblichen Ansprüche gegen die Klägerin aus dem Kaufvertrag nebst Nachträgen an die Beklagte ab. Diese wurde im Grundbuch als neue Hypothekengläubigerin eingetragen.

Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage von der Beklagten die Bewilligung, die Zwangssicherungshypothek im Grundbuch zu löschen, und die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Urkunde. Hilfsweise hat die Klägerin in der Berufungsinstanz beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 5.10.1990 in Höhe des Betrages von 1.519.638,28 DM für unzulässig zu erklären. Die Vorinstanzen haben der Klage mit ihren Hauptanträgen stattgegeben. Dagegen wenden sich die Beklagte und ihr Streithelfer mit ihrer Revision.

Aus den Gründen:

I. ...

II. In Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Landgerichts hat das Berufungsgericht gemeint, die Urkunde über den Kaufvertrag vom 5.10.1990 stelle trotz der darin enthaltenen Unterwerfungsklausel keinen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel dar, weil sie für den einzelnen Verkäufer – insbesondere die Rechtsvorgängerin der Beklagten – keinen bestimmten Zahlungsanspruch ausweise. Dieser lasse sich anhand der Angaben in dem Kaufvertrag und seinen Nachträgen nicht berechnen. Im übrigen habe der Streithelfer die Urkunde keinesfalls in Höhe eines Kaufpreisanteils auf Auszahlung an die Gläubigerin für vollstreckbar erklären dürfen, weil der Titel nur auf Hinterlegung gelautet habe.

Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die von dem Streithelfer am 5.10.1990 aufgenommene Urkunde ist ein geeigneter Vollstreckungstitel im Sinne von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Dafür ist unter anderem Voraussetzung, daß die Urkunde über einen Anspruch errichtet wird, der die Zahlung einer „bestimmten" Geldsumme (oder die Leistung einer „bestimmten" Menge anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere) zum Gegenstand hat. Der zu vollstreckende Zahlungsanspruch ist schon dann hinreichend bestimmt, wenn er betragsmäßig festgelegt ist oder sich aus der Urkunde ohne weiteres errechnen läßt (BGHZ 22, 54, 56 [= DNotZ 1957, 200]; 88, 62, 65 [= DNotZ 1983, 679]; WM 1981, 189, 191 unter b). Es genügt, wenn die Berechnung mit Hilfe offenkundiger, insbesondere aus dem Bundesgesetzblatt oder dem Grundbuch ersichtlicher Umstände möglich ist (vgl. BGHZ 22, 54, 61; BGH, WM 1981, 189, 191 l. Sp. [= DNotZ 1981, 738]; OLG Düsseldorf NJW 1971, 436, 437; OLG Stuttgart Justiz 1973, 176, 178 f; OLG Karlsruhe OLGZ 1991, 227, 228; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO 20. Aufl. § 794 Rdnr. 86; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 227; *Wieczorek/Schütze*, ZPO 2. Aufl. § 794 Rdnr. H IV a 1; *Zöller/Stöber*, ZPO 18. Aufl. § 794 Rdnr. 26; *Stürner/Münch* JZ 1987, 178, 182 f; *Opalka*, JW 1991, 1796, 1797; offengelassen von BGH NJW-RR 1989, 318, 319). Sollen mehrere Gläubiger berechtigt sein und hilft die Regel des § 420 BGB nicht weiter, muß die Urkunde Angaben dazu enthalten, wie sich die Berechtigungen zueinander verhalten (BGHZ 11, 181, 184; *Stein/Jonas/Münzberg*, vor § 704 ZPO Rdnr. 28; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 724 Rdnr. 33).

Im vorliegenden Fall waren der Kaufpreis und der auf die Rechtsvorgängerin der Beklagten entfallende Anteil hinreichend bestimmt. Gemäß Abschnitt II 5a der notariellen Urkunde vom 5.10.1990 betrug der Kaufpreis zuzüglich Mehrwertsteuer 31.920.000 DM. In Abschnitt II 5 c der notariellen Urkunde war festgelegt, daß der Kaufpreis den Verkäufern „im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile" (gemeint waren die Anteile am Erbbaurecht nebst den damit verbundenen Sondererbbaurechten) zustand. Die Klägerin hatte eine Abschrift der Teilungserklärung, aus der die „Miteigentumsanteile" genau hervorgingen, von den Verkäufern erhalten (Abschnitt II 8 der notariellen Urkunde v. 5.10.1990). Obendrein waren die „Miteigentumsanteile" aus den Teilerbbaugrundbüchern ersichtlich. Deren Inhalt war offenkundig. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten verkaufte $^{60,53}/_{1000}$ Anteile, so daß ihr von dem Gesamtkaufpreis ein entsprechender Anteil von 1.932.117,60 DM zustand.

2. Daß sich die Rechtsvorgängerin der Beklagten die vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde nicht für diesen Betrag, sondern für eine „Barkaufpreisforderung in Höhe von zunächst 1.519.638,28 DM" erteilen ließ, ist unerheblich. Es kommt auch nicht darauf an, ob die vollstreckbare Ausfertigung nur die am 5.10.1990 aufgenommene Urkunde umfaßte oder auch die bis zum 31.1.1991 beurkundeten Nachträge, mit deren Hilfe sich die Berechnung des niedrigeren Betrages hätte nachvollziehen lassen (vgl. Nachtrag II v. 20.12.1990). Der Titelgläubiger kann sich nämlich eine vollstreckbare Ausfertigung auch nur für einen (bestimmten) Teil des titulierten Anspruchs erteilen lassen (MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 724 Rdnr. 22; *Wieczorek/Schütze*, § 724 ZPO, Rdnr. A II b; *Zöller/Stöber*, § 724 ZPO Rdnr. 12; *Thomas/Putzo*, ZPO, 18. Aufl., § 724 Rdnr. 10; *Brambring* DNotZ 1977, 572, 573). Das ist im vorliegenden Fall geschehen. Die Beschränkung ist, wie es sich gehört (vgl. *Zöller/Stöber*, a. a. O), in der vollstreckbaren Ausfertigung zum Ausdruck gebracht worden. Zum einen heißt es darin, die vollstreckbare Ausfertigung werde hinsichtlich einer „Barkaufpreisforderung in Höhe von zunächst ... DM" erteilt; zum anderen ist der Betrag ausdrücklich als „Kaufpreisteil" gekennzeichnet.

Das Landgericht hatte darauf abgestellt, daß die Auflagen, die der Streithelfer aus dem bei ihm hinterlegten Kaufpreis zunächst „wegfertigen" sollte, bevor er die den Verkäufern im Verhältnis ihrer „Miteigentumsanteile" zustehenden Beträge ausschüttete, aus der Urkunde nicht beziffert werden konnten. Das ist jedoch ebenfalls unschädlich. Die Urkunde war über den Anspruch gegen die Klägerin errichtet worden, nicht über den Betrag, der für die Verkäufer nach „Wegfertigung" der sie treffenden Unkosten übrigblieb.

3. Die – nunmehr für die Beklagte eingetragene – Zwangssicherungshypothek hält sich auch im Rahmen des Titels.

Eingetragen ist die Hypothek nach den Feststellungen des Berufungsgerichts „gemäß vollstreckbarer Urkunde vom 5.10.1990". Der Vollstreckungsklausel ist – entgegen der Meinung des Berufungsgerichts – nicht zu entnehmen, daß die Gläubigerin Auszahlung an sich verlangen kann. Die Klausel ist untrennbarer Bestandteil der notariellen Urkunde vom 5.10.1990, auf die in einwandfreier Weise Bezug genommen wird („Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird hiermit ... zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ... erteilt"). Danach kann die Gläubigerin von der Klägerin grundsätzlich nur diejenige Leistung fordern, die im Kaufvertrag vereinbart ist. Vereinbart wurde die Hinterlegung des Kaufpreises auf Anderkonto des Streithelfers (Abschnitt II 5 b). Anlaß für das Mißverständnis des Berufungsgerichts war möglicherweise die Charakterisierung der Teilforderung, für die die Vollstreckungsklausel beantragt worden ist, als „Barkaufpreisforderung". Damit sollte indes – wie sich dem Nachtrag II v. 20.12.1990 (Abschnitt III 3) entnehmen läßt – nur der Teil der Forderung umschrieben werden, den die Klägerin nicht durch Übernahme von Verbindlichkeiten der Verkäufer erbringen, vielmehr auf Anderkonto des Streithelfers einzahlen sollte.

III. Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO).

1. An einem Titel würde es allerdings fehlen – mit der Folge, daß die Zwangssicherungshypothek nichtig wäre (vgl. BGHZ 121, 98, 101) –, falls sich der für vollstreckbar erklärten Urkunde überhaupt kein Anspruch der einzelnen Verkäufer, sondern nur der Verkäufer-Gemeinschaft entnehmen ließe. Das hat die Klägerin in den Vorinstanzen geltend gemacht. Landgericht und Oberlandesgericht sind darauf nicht eingegangen.

Der Ansicht der Klägerin ist indessen nicht zu folgen. Sie hat den Fall vor Augen, daß mehrere Teilhaber eine Sache verkaufen und ihre anteilige Berechtigung sich auf die Kaufpreisforderung erstreckt. Diese Forderung ist wegen der gemeinschaftlichen Empfangszuständigkeit im Sinne von § 432 Abs. 1 BGB unteilbar (BGHZ 115, 253, 258; BGH, NJW 1983, 2020; NJW 1984, 1356, 1357, insoweit in BGHZ 89, 349 n. abgedr.; MünchKomm-BGB/*Selb*, 3. Aufl. § 432 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 53. Aufl., § 420 Rdnr. 3 u. § 432 Rdnr. 2). Jeder Gläubiger kann nur verlangen, daß der Schuldner an die Gemeinschaft leistet. Dementsprechend darf nur eine Ausfertigung für alle Gläubiger erteilt werden (*Zöller/Stöber*, § 724 ZPO Rdnr. 12; *Thomas/Putzo*, § 724 ZPO Rdnr. 12).

Im vorliegenden Fall verhält es sich anders. Die Verkäufer verkauften keinen ihnen gemeinsam gehörenden Gegenstand, sondern jeweils ihnen selbst allein zustehende Rechte. Damit war der Gesamtkaufpreis im Rechtssinne teilbar. Es liegt kein einheitlicher Kaufvertrag mit einer Verkäufergemeinschaft

vor, sondern eine Zusammenfassung von selbständigen Kaufverträgen mit mehreren Verkäufern. Der Fall liegt genauso, wie wenn sämtliche Eigentümer einer Wohnungseigentumsanlage ihr jeweiliges Wohnungseigentum (Miteigentum am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an bestimmten Wohnungen) verkaufen. Das kann einzeln geschehen oder – wenn der Käufer jeweils derselbe ist – in miteinander verbundenen Verträgen. Wird im zuletzt genannten Fall ein Gesamtkaufpreis mit einer anteiligen Berechtigung eines jeden Gläubigers vereinbart, ist jedem eine vollstreckbare Ausfertigung für seinen Anteil zu erteilen (*Zöller/Stöber*, § 724 ZPO Rdnr. 12).

2. Die Einwendung, der durch die Zwangssicherungshypothek gesicherte Anspruch sei vollständig erfüllt, ist im Wege der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 1988, 828, 829). Solange für die Zwangssicherungshypothek ein vollstreckungsfähiger Titel besteht, ist das Grundbuch nicht unrichtig. Ein Titel, der nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und zudem mit der Vollstreckungsklausel versehen ist, ist vollstreckungsfähig, auch wenn er aus materiell-rechtlichen Gründen (hier: wegen der strengen Akzessorietät der Sicherungshypothek) möglicherweise unwirksam ist (BGHZ 118, 229, 233 f. [= DNotZ 1993, 235 = MittBayNot 1992, 322]).

...

---

33. GesO § 7 Abs. 3 Satz 1 *(Wirkung der Eröffnung der Gesamtvollstreckung)*

Mit Eröffnung der Gesamtvollstreckung verlieren zuvor gegen den Schuldner eingeleitete, aber nicht abgeschlossene Vollstreckungsmaßnahmen zugunsten einzelner Gläubiger ihre Wirksamkeit selbst dann, wenn sie bereits zu einem Pfändungspfandrecht geführt haben.

BGH, Urteil vom 26.1.1995 – IX ZR 99/94 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a.D.

Aus dem Tatbestand:

Das klagende Land erließ unter dem 19.2.1993 wegen angeblicher Steuerforderungen in Höhe von 277.788,88 DM eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung gegen die K. GmbH P. (im folgenden: Schuldnerin). Gepfändet wurde unter anderem ein Guthaben der Schuldnerin bei der Streithelferin des klagenden Landes. Dieser wurde die Verfügung am 24.2.1993 zugestellt. Am 30.4.1993 wurde nach vorangegangener Sequestration das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Zum Verwalter wurde der Beklagte bestellt. Dieser lehnte unter Hinweis auf § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO eine Auszahlung des Kontoguthabens durch die Streithelferin an das klagende Land ab. Dessen Klage auf Freigabe des Guthabens gab das Landgericht statt. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Sprungrevision. Das klagende Land hat dem Übergehen der Berufungsinstanz zugestimmt. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Landgericht hat die Verurteilung auf die Erwägung gestützt, bei der Pfändungs- und Einziehungsverfügung habe es sich nicht um eine „eingeleitete Vollstreckungsmaßnahme" im Sinne von § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO gehandelt. Mit Entstehen des Pfändungspfandrechts sei die Vollstreckungsmaßnahme abgeschlossen gewesen. Eine derartige Sicherung, die gemäß § 12 GesO zur „Absonderung" berechtige, bleibe nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wirksam, auch wenn der Gläubiger bis dahin nicht vollständig befriedigt worden sei.

II. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Die Tragweite der genannten Vorschrift ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Die Meinung des Landgerichts wird vom OLG Dresden (EWiR 1995, 59), *Hess/Binz/Wienberg* (GesO 2. Aufl., § 7 Rdnr. 31) und – soweit es sich um vor dem Eröffnungsantrag erlangte Pfändungspfandrechte handelt – *Braun/Bußhardt* (ZIP 1992, 902, 905) geteilt. Im entgegengesetzten Sinne hat das Landgericht Dresden entschieden (ZIP 1994, 1710). Dieser Ansicht folgen auch *Kilger/K. Schmidt* (KO 16. Aufl. § 7 GesO Anm. 3 a), *Gottwald/Gerhardt* (Nachtrag GesO zum Insolvenzrechtshandbuch 1993, Kap. III 4. Abschn. B I Rdnr. 13), *Zeuner* (in: *Smid/Zeuner*, GesO § 7 Rdnr. 28), *Haarmeyer/Wutzke/Förster* (GesO 2. Aufl., § 7 Rdnr. 27), *Smid* (Gesamtvollstreckung, 1992, S. 75), *Lübchen/Landfermann* (ZIP 1990, 829, 833 u. Fußn. 29), *Obermüller* (WM 1994, 1869, 1870); *Pape/Voigt* (WiB 1994, 631, 633 f.) und *Pape* (EWiR 1995, 59, 60).

2. Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug.

a) Das Landgericht hat für seine Ansicht in erster Linie den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit angeführt. Wann ein Pfändungspfandrecht entstehe, könne unschwer festgestellt werden; demgegenüber sei die Überprüfung der vollständigen Befriedigung mit Unsicherheiten behaftet. Das Landgericht hat hierbei an die Meinung angeknüpft, „eingeleitet" sei eine Vollstreckungsmaßnahme so lange, als sie noch nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt habe (so *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 7 GesO Anm. 3 a; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 7 Rdnr. 27; *Zeuner*, in: *Smid/Zeuner*, GesO, § 7 Rdnr. 28; *Smid*, Gesamtvollstreckung, S. 75). Diese Meinung ist unzutreffend. Eine Einzelvollstreckungsmaßnahme endet, wenn sie vollständig durchgeführt ist; sie braucht nicht notwendig Erfolg gehabt und zu einer Befriedigung des Gläubigers geführt zu haben (*Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 20. Aufl., vor § 704 Rdnr. 114; *Thomas/Putzo*, ZPO, 18. Aufl., Vorbem. § 704 Rdnr. 29). Wann eine einzelne Vollstreckungsmaßnahme durchgeführt und somit beendet ist, kann ohne weiteres festgestellt werden. Derartige Feststellungen sind häufig zu treffen, so zum Beispiel um zu prüfen, ob von den nur in der Zwangsvollstreckung zulässigen Rechtsbehelfen noch Gebrauch gemacht werden kann. Im übrigen bleibt eine Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahme, die bis zur Eröffnung der Gesamtvollstreckung nicht zur vollständigen, wohl aber zur teilweisen Befriedigung des Gläubigers geführt hat, im Umfang der Teilbefriedigung wirksam (wohl ebenso *Gottwald/Gerhardt*, Nachtrag GesO zum Insolvenzrechtshandbuch 1993, Kap. III 4. Abschn. B I Rdnr. 14).

Weiter hat das Landgericht seine Entscheidung darauf gestützt, die Gegenansicht führe zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger je nachdem, ob das Insolvenzverfahren der Gesamtvollstreckungsordnung oder der Konkursordnung unterliege. Über drei Jahre nach der Wiedervereinigung sei

eine „Berechtigung der Ungleichbehandlung nicht mehr ohne weiteres ersichtlich". Dabei hat das Landgericht außer acht gelassen, daß die Fortgeltung der Gesamtvollstreckungsordnung im Beitrittsgebiet – bis zum Inkrafttreten einer bundeseinheitlichen Neuregelung – aus triftigen Sachgründen (vgl. dazu *Kilger/K. Schmidt*, KO, Allgemeines Anm. 1 vor § 1 GesO) im Einigungsvertrag vereinbart (Art. 8 i.V.m. Anl. I Kap. III Sachgeb. A Abschn. I Nr. 2 u. 3, Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Anl. II Kap. III Sachgeb. A Abschn. II Nr. 1) und vom Gesetzgeber sanktioniert worden ist (Einigungsgesetz v. 23.9.1990 BGBl II, 885). Da inzwischen bereits eine bundeseinheitliche Insolvenzordnung verabschiedet worden ist, die am 1.1.1999 in Kraft treten soll (BGBl 1994 I, 2866), ist gewährleistet, daß das Nebeneinander zweier unterschiedlicher Konkursgesetze nur eine beschränkte Übergangszeit dauern wird. Das ist verfassungsrechtlich unbedenklich.

b) Die Auffassung, daß § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO lediglich § 14 KO entspreche und somit für ein bereits vor Eröffnung des Verfahrens erlangtes Pfändungspfandrecht den Gläubigern ein Recht zur abgesonderten Befriedigung gewähre, ist mit dem Wortlaut der Vorschrift kaum vereinbar. Da sich diese auf alle „eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen" bezieht, sind umgekehrt nur solche auszunehmen, die im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung abgeschlossen sind. Die Zwangsvollstreckung in eine Forderung ist mit dem Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses (hier: der entsprechenden Verfügung) im allgemeinen nicht beendet, solange nicht der – leistungsfähige – Drittschuldner an den Gläubiger geleistet hat (MünchKomm/ZPO-*K. Schmidt*, § 766 Rdnr. 45; vgl. auch BGHZ 72, 334, 337).

c) Gegen die Meinung des Landgerichts spricht auch der Sinn und Zweck des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO. Die Vorschriften der §§ 2 Abs. 4, 7 Abs. 3 Satz 1 GesO, von denen die zweite wörtlich aus der Gesamtvollstreckungsverordnung der DDR aus dem Jahre 1975 übernommen wurde, sollen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung stärker zur Geltung bringen als dies in der Konkursordnung der Fall ist (*Gottwald/Gerhardt,* Nachtrag GesO zum Insolvenzrechtshandbuch 1993, Kap. III 4. Abschn. B I Rdnr. 1; *Zeuner*, in: *Smid/Zeuner*, § 7 GesO Rdnr. 21; *Haarmeyer/Wutzke/Förster,* § 7 GesO Rdnr. 24; *Lübchen/Landfermann*, ZIP 1990, 829, 833 u. Fußn. 29; *Braun/Bußhardt* ZIP 1992, 902, 903). Während § 14 KO lediglich Beginn und Fortführung der Einzelzwangsvollstreckung für die Dauer des Konkursverfahrens verbietet, erstreckt § 2 Abs. 4 GesO das Verbot auf die Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Verfahrenseröffnung; § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO läßt vor dem Eröffnungsantrag eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen mit der Verfahrenseröffnung ihre Wirksamkeit verlieren, wenn die Vollstreckung bis dahin nicht abgeschlossen ist. Die zuletzt genannte Vorschrift soll außerdem verhindern, daß vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens eingeleitete Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung fortgesetzt werden und deren Abwicklung stören.

d) Für diese Auslegung des § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO spricht schließlich, daß der Gesetzgeber der DDR bei der Prüfung der Frage, wie der Einführung der sozialen Marktwirtschaft auf dem Gebiet des Insolvenzrechts Rechnung getragen werden sollte, auf die damals in der Bundesrepublik Deutschland laufenden Reformarbeiten Rücksicht genommen hat (*Lübchen/Landfermann* ZIP 1990, 829, 830). Damals lag bereits der Referentenentwurf einer Insolvenzordnung vor, der in Anlehnung an die §§ 28 Abs. 1, 87, 104 VerglO eine objektive Rückschlagsperre vorsah (§ 94). Dem § 94 des Referentenentwurfs entspricht § 88 der inzwischen verabschiedeten Insolvenzordnung. Danach wird eine Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners, die ein Insolvenzgläubiger nicht früher als einen Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Zwangsvollstreckung erlangt, mit der Eröffnung des Verfahrens unwirksam. § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO unterscheidet sich von § 88 InsO nur insoweit, als diese Vorschrift eine zeitlich begrenzte Rückschlagsperre begründet, wohingegen § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO zeitlich unbegrenzt zurückwirkt. Man mag es bedauern, daß § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO deshalb auch vollstreckungsrechtlichen Rechtserwerb erfaßt, der lange vor der Krise erfolgte (so auch *Gottwald/Gerhardt,* Nachtrag GesO zum Insolvenzrechtshandbuch 1993, Kap. III 4. Abschn. B I Rdnr. 1). Diese Wirkung ist jedoch vom Gesetzgeber gewollt.

Die Meinung, für Vollstreckungsmaßnahmen, die bis zur Eröffnung des Verfahrens nicht beendet worden seien, hätte kein Regelungsbedarf bestanden, § 7 Abs. 3 GesO müsse sich also auf nach Antragstellung, aber vor Eröffnung eingeleitete und vollständig beendete Vollstreckungsmaßnahmen beziehen (so *Braun/Bußhardt*, ZIP 1992, S. 905; dagegen jedoch *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 7 GesO Anm. 3 a), ist unzutreffend. Zwar kann eine vor Eröffnung des Verfahrens nicht wirksam gewordene Pfändungsmaßnahme danach nicht mehr wirksam werden. Das schließt aber Regelungsbedarf nicht aus, wenn man die Erlangung eines wirksamen Pfändungspfandrechts nicht mit dem Ende der Zwangsvollstreckung gleichsetzt. Im übrigen liefe § 7 Abs. 3 GesO, bezöge er sich allein auf nach dem Eröffnungsantrag eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen, wegen § 2 Abs. 4 GesO weitgehend leer (diese Gefahr sehen auch *Braun/Bußhardt*, ZIP 1992, S. 906).

3. Die Zwangsvollstreckung durch das klagende Land könnte allerdings bereits vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens beendet gewesen und folglich gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO wirksam geblieben sein, wenn die gepfändete Forderung gegen die Streithelferin an Zahlungs Statt überwiesen worden wäre (vgl. *Bley/Mohrbutter*, § 28 VerglO Rdnr. 28 a.E.: MünchKomm/ZPO-*K. Schmidt*, § 766 Rdnr. 45 m.w.N.). Die Einziehungsverfügung gem. § 314 AO 1977 entspricht jedoch im allgemeinen der Überweisung zur Einziehung nach § 835 ZPO (*Klein/Orlopp*, AO, 4. Aufl., § 314 Anm. 1).

4. Ob die Unwirksamkeit des von der Beklagten erlangten Pfändungspfandrechts ein vollständiges Erlöschen oder nur ein relatives Verwertungsverbot gegenüber der Masse bedeutet (dazu *Kilger/K. Schmidt*, a.a.O; *Pape/Voigt* WiB 1994, 631, 634), wird erst dann erheblich, wenn das Verfahren beendet wird, ohne daß der betroffene Gegenstand verwertet und der Verwertungserlös verteilt wurde. Für die vorliegende Auseinandersetzung zwischen Vollstreckungsgläubiger und Insolvenzmasse ist die Frage ohne Bedeutung.

III. Hat die Pfändungs- und Einziehungsverfügung gem. § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO jedenfalls der Masse gegenüber ihre Wirksamkeit verloren, steht dem klagenden Land ein Recht gemäß § 12 GesO nicht zu. Die Klage auf Freigabe des Guthabens ist somit nicht gerechtfertigt. Das kann der Senat auf der Grundlage der getroffenen und nicht ergänzungsbedürftigen Feststellungen selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

34. ZPO § 322 Abs. 1 *(Rechtskraftwirkung einer aus Sachgründen abgewiesenen negativen Feststellungsklage)*

Bei einer aus Sachgründen abgewiesenen negativen Feststellungsklage ist Folge der Rechtskraftwirkung die Präklusion aller Einwendungen gegen den bekämpften Anspruch, unabhängig davon, ob sie der Kläger seinerzeit vorgetragen hat oder nicht und ob das Gericht sich damit auseinandergesetzt hat, sofern die Einwendungen denselben Streitgegenstand betreffen.

BGH, Urteil vom 17.3.1995 – V ZR 178/93 –, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH a. D.

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte ist Eigentümer eines landwirtschaftlichen, mit einem Kotten bebauten Grundbesitzes in S. Mit notariellem Vertrag vom 6.12.1974 pachtete der Kläger einen Teil dieses Grundstücks zu einem vom Beklagten bereits angepachteten Besitz hinzu. Die Pachtzeit war bis zum 30.9.1992 befristet. Mit weiterem notariellem Vertrag vom selben Tage räumte der Beklagte dem Kläger an einem Teil der gepachteten Fläche, nämlich an dem Kotten und dem umliegenden Land in einer Größe von etwa 2.500 qm, ein Ankaufsrecht ein. Dieser Teil war nicht durch Grundbuch- oder Katasterbezeichnungen festgelegt, sondern wurde auf einer als Anlage zu den notariellen Verträgen genommenen Flurkarte schraffiert und rot dargestellt. Der Ankaufspreis wurde mit 16.000 DM vereinbart. Das Ankaufsrecht konnte nicht vor dem 1.1.1992 ausgeübt werden und war bis zum 31.12.1992 befristet. Schließlich schlossen die Parteien am selben Tage einen privatschriftlichen, notariell beglaubigten Vertrag, nach dem der Kläger dem Beklagten ein bis zum 30.9.1992 unkündbares, verzinsliches Darlehen in Höhe von 16.000 DM gewährte, das bereits ausgezahlt worden war.

Der Beklagte wollte sich später wegen einer von ihm behaupteten Schwarzgeldabrede von der Vereinbarung über das Ankaufsrecht lösen. Seine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Ankaufsrechts wurde jedoch durch Urteil des Landgerichts Münster vom 27.12.1983 rechtskräftig abgewiesen.

Mit Schreiben vom 7.5.1992 übte der Kläger das Ankaufsrecht gegenüber dem Beklagten aus. Er verlangt Übereignung der entsprechenden Grundstücke, die nach seiner Behauptung im Flurbereinigungsverfahren die Bezeichnung Gemarkung F., Flur 141 Nr. 54 und 53 erhalten hätten, und zwar Zug um Zug gegen Zahlung von 16.000 DM. Ferner begehrt er die Feststellung, daß sich der Kläger hinsichtlich des Kaufpreises in Annahmeverzug befinde.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I. ...

II. 1. Die Frage, ob der Darlehensvertrag der notariellen Beurkundung bedurfte und welche rechtlichen Folgen gegebenenfalls die Nichtbeachtung der Form hat, stellt sich hier nicht. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist durch das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Münster vom 27.12.1983 mit bindender Wirkung festgestellt, daß das Ankaufsrecht wirksam begründet worden ist.

a) Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil insoweit der Rechtskraft fähig, als darin über den durch Klage- und Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 93, 287, 288 f.; 123, 137, 139 ff.) und der herrschenden Meinung im Schrifttum (s. nur MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rdnr. 9 ff.; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 19. Aufl., vor § 322 Rdnr. 19 m.w.N.) bedeutet dies zum einen, daß eine erneute Klage mit identischem Streitgegenstand unzulässig ist. Ist die in einem Vorprozeß entschiedene Rechtsfolge nur Vorfrage für die Entscheidung des nachfolgenden Rechtsstreits, so besteht die Rechtskraftwirkung in einer Bindungswirkung (BGH, NJW 1993, 3204 f.; *Zöller/Vollkommer*, a.a.O). Dabei ist eine Identität der Streitgegenstände nicht nur dann anzunehmen, wenn der nämliche Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht wird. Vielmehr sind die Streitgegenstände auch identisch, wenn im Zweitprozeß der Ausspruch des „kontradiktorischen Gegenteils" begehrt wird (BGHZ 123, 137, 139). Infolgedessen hat ein Urteil, das eine negative Feststellungsklage aus sachlichen Gründen abweist, dieselbe Rechtskraftwirkung wie ein Urteil, das das Gegenteil dessen, was mit der negativen Feststellungsklage begehrt wird, positiv feststellt (BGH, NJW 1986, 2508 m.w.N.). Daher hat das Landgericht Münster durch Abweisung der auf Negation des Ankaufsrechts gerichteten Feststellungsklage zugleich positiv mit Rechtskraftwirkung festgestellt, daß das Ankaufsrecht besteht. Da dies eine Vorfrage für die Entscheidung des vorliegenden Prozesses darstellt, besteht insoweit eine Bindungswirkung.

b) Das Berufungsgericht geht allerdings zu Recht davon aus, daß die Bindungswirkung auf den Streitgegenstand des früheren Rechtsstreits beschränkt ist. Dieser erschließt sich bei einem klageabweisenden Urteil, dessen Urteilsformel keine Aufschlüsse zuläßt, stets erst aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen einschließlich des Parteivorbringens (BGH, NJW 1986, 2508; NJW 1990, 1795, 1796). Das bedeutet jedoch nicht, daß die Parteien den Streitgegenstand durch die Gestaltung ihres Vortrages willkürlich begrenzen könnten (vgl. MünchKomm-ZPO/*Gottwald*, § 322 Rdnr. 107). Der Streitgegenstand wird vielmehr durch den prozessualen Anspruch und den ihm zugrundeliegenden Lebenssachverhalt bestimmt, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht. Infolgedessen gehört zu den Rechtskraftwirkungen die Präklusion nicht nur der im ersten Prozeß vorgetragenen Tatsachen, sondern auch der nicht vorgetragenen Tatsachen, sofern sie nicht erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Prozeß entstanden sind (st. Rspr., vgl. BGHZ 98, 353, 358; NJW 1993, 3204).

Das hat folgende Auswirkungen: Ein Sachurteil, das eine Leistungsklage abweist, stellt grundsätzlich fest, daß die begehrte Rechtsfolge aus dem Lebenssachverhalt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt hergeleitet werden kann, und zwar auch dann, wenn das Gericht nicht alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen ins Auge gefaßt hat (BGH, NJW 1990, 1795, 1796). Entsprechendes gilt für ein Urteil, das einer Feststellungsklage stattgibt. Der Beklagte ist in einem späteren Prozeß mit Einwendungen, die das Bestehen des rechtskräftig festgestellten Anspruchs betreffen, ausgeschlossen, sofern diese schon zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß bestanden haben. Dabei ist es unerheblich, ob die Einwendungen vorgetragen aber nicht berücksichtigt worden sind oder ob sie vom Beklagten in den Prozeß nicht eingeführt worden sind (BGHR ZPO § 322 Abs. 1 – Feststellungsurteil 1 m.w.N.). Schließlich bedeutet dies für den vorliegenden Fall der aus Sachgründen abgewiesenen negativen Feststellungsklage eine Präklusion hinsichtlich aller Einwendungen gegen den

bekämpften Anspruch, unabhängig davon, ob sie der Kläger vorgetragen hat oder nicht und ob das Gericht sich damit auseinandergesetzt hat (st. Rspr. schon des Reichsgerichts, der sich der Senat anschließt, vgl. RGZ 78, 389, 396 f.; JW 1935, 2814).

Nach allem könnte das Berufungsurteil nur dann Bestand haben, wenn die Frage, ob das Ankaufsrecht wegen unterlassener Beurkundung des damit in Zusammenhang stehenden Darlehensvertrages unwirksam ist, einen anderen Lebenssachverhalt beträfe als der seinerzeit vorgetragene Tatsachenkomplex, das Ankaufsrecht sei wegen Vereinbarung einer Schwarzgeldzahlung nichtig. Das ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu verneinen. Der Lebenssachverhalt wird hier gekennzeichnet durch die Gesamtumstände, die der Vereinbarung des Ankaufsrechts zugrunde lagen. Dazu zählt die vom Beklagten im Vorprozeß geltend gemachte Schwarzgeldabrede ebenso wie die Beurkundung des Pachtvertrages und die am selben Tage vereinbarte Darlehenshingabe. Wenn letztere – wie der Beklagte selbst vorträgt – in enger Beziehung zum Ankaufsrecht stand, gehört sie auch zu demselben Lebenssachverhalt, zu den Umständen nämlich, die zu dem notariellen Vertrag vom 6.12.1974 geführt haben. Das wird insbesondere auch dadurch deutlich, daß es in beiden Fällen um dieselbe Frage geht, ob dem Vertragswerk wegen unvollständiger Beurkundung die Wirksamkeit zu versagen ist.

c) An der Präklusionswirkung ändert sich auch dadurch nichts, daß der Beklagte im Vorprozeß nur deswegen unterlegen ist, weil er den von ihm behaupteten Unwirksamkeitsgrund nicht beweisen konnte. Dies hat auf die Rechtskraftwirkung keinen Einfluß (BGH, NJW 1983, 2032).

2. Die Hilfserwägungen des Berufungsgerichts, das Ankaufsrecht sei möglicherweise mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam, tragen die Klageabweisung ebenfalls nicht. Auch diese Einwendung gegen die wirksame Begründung des Ankaufsrechts wird von der Präklusion des rechtskräftig entschiedenen Vorprozesses erfaßt. Sie gründet sich auf denselben Lebenssachverhalt und hätte in dem damaligen Prozeß vorgebracht werden können.

III. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 565 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

Ausgehend davon, daß das vom Kläger innerhalb des vorgesehenen Zeitraumes wirksam ausgeübte Ankaufsrecht besteht, ist der darauf gestützte Anspruch auf Übertragung des Grundstücksteils nur gegeben, wenn die von dem Ankaufsrecht erfaßte Grundstücksfläche (im Plan schraffiert und rot dargestellt, in einer Größe von ca. 2.500 qm) mit den im Klageantrag bezeichneten Flurstücken identisch ist. Das ist zwischen den Parteien streitig und bedarf der weiteren Aufklärung durch das Berufungsgericht. Dabei werden die handschriftlichen Markierungen auf der Flurkarte nicht als maßstabsgerecht angesehen werden können, so daß die Vorstellungen der Parteien bei Begründung des Ankaufsrechts sowie die damaligen örtlichen Verhältnisse zur Konkretisierung mitzuberücksichtigen sein werden.

Kostenrecht

35. KostO § 30 Abs. 1 *(Bewertung eines Grundstücks mit abbruchreifem Gebäude)*

Bewertung eines Grundstücks, wenn das darauf befindliche Anwesen nach den unwidersprochenen Angaben eines Beteiligten dem für die Wohnnutzung maßgeblichen Standard nicht entspricht und daher ohne Einfluß auf den Verkehrswert ist.

BayObLG, Beschluß vom 11.5.1995 – 1 Z BR 3/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus den Gründen:

Für die Ermittlung des Wertes des Grundstücks zieht der Senat in ständiger Rechtsprechung (vgl. BayObLGZ 1993, 115/118 m.w.N.) den Bodenwert und den Gebäudewert heran. Für den Boden ergibt sich bei einer Grundstücksgröße von 820 Quadratmetern auf der Grundlage des durch den Gutachterausschuß mitgeteilten Bodenrichtwertes und unter Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags von 25% ein Wert von 258.300 DM. Für den Gebäudewert ist zwar grundsätzlich vom Brandversicherungswert (Basiswert 1914 x Richtzahl) auszugehen. Jedoch kommt nach der Rechtsprechung auch den Angaben der Beteiligten besondere Bedeutung zu (BayObLGZ 1993, 173/176 [= MittBayNot 1993, 230]). Hier trägt die Beteiligte zu 2 unwidersprochen vor, bei dem Gebäude handle es sich um eine Art Behelfsheim, das den heutigen Ansprüchen an eine Wohnungsnutzung nicht mehr entspreche und voraussichtlich abgerissen werden müsse. Aus den von ihr vorgelegten Unterlagen ergibt sich nichts, was diesen Angaben widerspräche. Der Senat sieht daher davon ab, den Gebäudewert in wesentlichem Umfang werterhöhend zu berücksichtigen und geht von einem Gesamtwert des Grundstücks in Höhe von 260.000 DM aus.

---

36. KostO §§ 30, 60, 67 *(Eintragung der BGB-Gesellschafter als Eigentümer statt ursprünglich eingetragener KG ist bloße Namensberichtigung)*

1. **Die kostenrechtliche Bewertung einer Grundbucheintragung (hier nach § 60 oder § 67 KostO) richtet sich grundsätzlich nach dem äußeren Erscheinungsbild der Eintragung.**
2. **Werden statt der ursprünglich eingetragenen KG alle Gesellschafter unter ihrem Namen als BGB-Gesellschafter eingetragen, so liegt darin der Sache nach nur eine unter § 67 KostO fallende Richtigstellung tatsächlicher Angaben (Namensberichtigung).**
3. **Der nach § 30 Abs. 1, § 67 Abs. 3 KostO zu ermittelnde Geschäftswert bemißt sich nach einem Bruchteil des Grundstückswerts zur Zeit der Eintragung (hier ein Zehntel).**

BayObLG, Beschluß vom 1.6.1995 – 3 Z BR 93/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Grundbuch ... war die Firma A. & Söhne KG mit dem Sitz in ... als Eigentümerin des dort vorgetragenen Grundbesitzes einge-

tragen. Mit notarieller Urkunde vom 21.4.1993 wurde festgestellt, daß die alleinigen Gesellschafter der KG, die Beteiligten zu 1 und 2, mit Erklärung vom 25.6.1990 mitgeteilt haben, daß der Geschäftsbetrieb der KG dauernd auf den Umfang eines minderkaufmännischen Betriebs gesunken sei und daß die Gesellschaft in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts fortgeführt werde; die KG sei im Handelsregister am 2.8.1990 gelöscht worden. Gleichzeitig beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 die Berichtigung des Grundbuchs durch ihre Eintragung als Gesellschafter bürgerlichen Rechts anstelle der eingetragenen Kommanditgesellschaft zufolge Erlöschens der Firma dieser Gesellschaft.

Im Grundbuch wurde daraufhin die in Spalte 1 der ersten Abteilung unter lfd. Nr. 1 eingetragene KG gerötet. Unter der lfd. Nr. 2a und b wurden die Beteiligten zu 1 und 2 als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen. In Spalte 4 wurde am 21.9.1993 als Grundlage der Eintragung die „Berichtigungsbewilligung vom 21.4.1993" vermerkt. Die in dieser Spalte als Grundlage der Eintragung der KG enthaltene vorgängige Eintragung „Auflassung vom 30.11.1987; eingetragen am 24.8.1988" wurde nicht gerötet.

2. Mit amtsgerichtlicher Kostenrechnung vom 20.9.1993 wurde von der Beteiligten zu 1 wegen der „Namensberichtigung" aus einem Geschäftswert von 746 939 DM eine Viertelgebühr von 312,50 DM gefordert.

Auf Veranlassung des Bezirksrevisors wurden mit neuer Kostenrechnung vom 20.9.1994 Gebühren für die „Eigentumsumschreibung §§ 60, 61 KostO" und die Fortführung des Liegenschaftskatasters in Höhe von 14 729 DM angesetzt und ein Betrag von 14416,50 DM nachgefordert. In der Kostenrechnung wurde vom vollen Grundstückswert in Höhe von 7469394 DM als Geschäftswert ausgegangen.

Gegen den Kostenansatz vom 20.9.1994 erhoben die Beteiligten zu 1 und 2 Erinnerungen, da es sich bei der Angelegenheit nicht um eine Eigentumsumschreibung, sondern lediglich um eine Namensänderung handle.

Die Erinnerungen wurden zurückgewiesen. Den neuerlichen Erinnerungen halfen Rechtspfleger und Grundbuchrichter nicht ab. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 als unbegründet zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen die landgerichtliche Entscheidung richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2. Die Rechtsmittel hatten Erfolg.

Aus den Gründen:

Ob für die vorgenommene Eintragung in der ersten Abteilung des Grundbuchs die volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO oder nur eine Viertelgebühr gem. § 67 Abs. 1 KostO zu erheben war, hängt davon ab, ob ein neuer Eigentümer oder nur eine andere Bezeichnung des eingetragenen Eigentümers eingetragen worden ist. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob ein Eigentumsübergang auf einer Auflassung beruht oder kraft Gesetzes eingetreten ist (*Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., Rdnr. 2, 2a, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO, 12. Aufl., Rdnr. 1, je zu § 60).

a) In Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt die Art des tatsächlich vorgenommenen Geschäfts, welche Gebühr anfällt. Von der Rechtsauffassung des Richters oder Rechtspflegers, der das die Gebühren auslösende Geschäft vorgenommen hat, ist für den Kostenansatz auszugehen. Würde diese Rechtsauffassung allerdings zum Ansatz von Gebühren führen, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, so sind diese Gebühren nach § 16 KostO nicht zu erheben (BayObLGZ 1979, 176/181; vgl. auch BayObLG JurBüro 1983, 427 f.; KG Rpfleger 1989, 98; SchlHOLG JurBüro 1991, 1363/1364; a. A. *Korintenberg*, § 60 Rdnr. 4 und *Lappe* in KostRsp, § 60 KostO Nr. 79).

b) Der Grundbuchrechtspfleger hat nach dem äußeren Erscheinungsbild der gebührenauslösenden Eintragung keine neuen Eigentümer eingetragen, sondern nur die Bezeichnung der identisch gebliebenen Eigentümer richtiggestellt. Der Senat verkennt nicht, daß die Beteiligten zu 1 und 2 wie neue Eigentümer unter einer neuen lfd. Nr. in Spalte 1 der ersten Abteilung des Grundbuchs eingetragen worden sind (vgl. § 9 Buchst. a GBVerf) und auch die Verwendung der Bezeichnung „Berichtigungs*bewilligung*" in Spalte 4 auf eine Rechtsänderung hindeutet, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen hat. Entscheidend ist jedoch, daß die nach § 16 GBVerf bei der Eintragung eines neuen Eigentümers vorgeschriebene Rötung der Vermerke in den Spalten 1 bis 4 der ersten Abteilung. die sich auf den bisher eingetragenen Eigentümer beziehen, nur in Spalte 1 und 2, nicht jedoch auch in Spalte 4 („Grundlage der Eintragung") vorgenommen worden ist. Mangels eines sonstigen gegenteiligen Vermerks in Spalte 4 ist damit Eintragungsgrundlage des Eigentumserwerbs der Beteiligten zu 1 und 2 nach wie vor die Auflassung vom 30.11.1987 an die Firma A. & Söhne KG. Eintragungsgrundlage für die Namen der Beteiligten zu 1 und 2 in Spalte 1 kann somit nur die Richtigstellung der Bezeichnung des weiterhin Berechtigten sein, was auch in dem Wortteil „Berichtigung" in Spalte 4 zum Ausdruck kommt.

c) Darüber hinaus hat vorliegend nicht nur nach dem äußeren Erscheinungsbild, sondern auch materiellrechtlich kein Eigentümerwechsel stattgefunden, so daß selbst bei einer anderen Bewertung der vom Grundbuchrechtspfleger vorgenommenen Eintragungen die volle Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung gem. § 16 KostO nicht zu erheben ware.

Die ursprünglich eingetragene KG ist keine juristische Person. Träger der namens der KG begründeten Rechte und Pflichten ist nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, sondern sind die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter (BGHZ 34, 293/296; 110, 127/128; *Baumbach/Hopt*, HGB, 29. Aufl., § 124 Rdnr. 1). Werden nun statt der Personenhandelsgesellschaft alle Gesellschafter unter ihrem Namen als BGB-Gesellschafter eingetragen (ohne daß ein Gesellschafter hinzukommt oder wegfällt), so ist darin mit der h. M. der Sache nach kein Eigentümerwechsel, sondern lediglich eine unter § 67 KostO fallende Richtigstellung tatsächlicher Angaben (Namensberichtigung) zu sehen (BayObLGZ 1948–1951, 426/430 [DNotZ 1951, 430]; KG, SchlHOLG a. a. O.; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 22 Rdnr. 23; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 60 Rdnr. 5; *Göttlich/Mümmler*, KostO, 11. Aufl. Stichwort „Eigentümer" S. 298; *Mümmler*, JurBüro 1987, 833/838; *Hartmann*, Kostengesetze, 26. Aufl., § 60 KostO Rdnr. 7; a. A. Korintenberg § 60 Rdnr. 12 und § 61 Rdnr. 14).

(...)

Im Rahmen der Wertbestimmung nach § 30 Abs. 1 KostO dient der Wert des Grundstücks als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Schätzung, wobei allerdings angesichts der Bedeutung der Eintragung nur ein Bruchteil des Grundstückswerts als Geschäftswert in Betracht kommt (vgl. *Rohs/Wedewer*, § 67 Rdnr. 27). Der Senat nimmt den Geschäftswert mit 10 v. H. des Grundstückwerts zur Zeit der Eintragung von unstreitig 7469394 DM, also mit 746939 DM an (vgl. BayObLGZ 1993, 314/316 f. [= MittBayNot 1994, 248]).

Da die bloße Namensberichtigung keine Veränderung in den Eigentumsverhältnissen darstellt, läßt sie keine Katasterfortführungsgebühr anfallen (BayObLGZ 1979, 176).

---

37. KostO §§ 20 Abs. 1 S. 1, 23 Abs. 1 *(Bewertung der Vorauszahlung auf Erschließungskosten)*

1. **Verkauft eine Gemeinde ein Baugrundstück und verpflichtet sich der Käufer zur Vorauszahlung eines bestimmten Betrages auf die anfallenden Erschließungskosten, so ist der Wert dieser Sicherungsverpflichtung als eine dem Käufer obliegende Leistung gem. § 20 Abs. 1 S. 1 KostO bei der Bestimmung des Geschäftswertes des Kaufvertrages werterhöhend zu berücksichtigen.**
2. **Der Geschäftswert für diese Sicherheitsleistung bestimmt sich nach § 23 Abs. 1 KostO und entspricht dem Wert des Gegenstandes der Sicherheit.**

OLG Hamm, Beschluß vom 15.12.1994 – 15 W 287/94 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) hat am 18.2.1993 einen Grundstückskaufvertrag mit Auflassung zwischen der zu 3) beteiligten Gemeinde als Verkäuferin und der Beteiligten zu 2) als Käuferin beurkundet.

Die §§ 3 und 4 des Vertrages lauten wie folgt:

§ 3
Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt 26,00 DM/qm, mithin ca. 21.840,00 DM.

Mehr- oder Minderflächen werden mit 26,00 DM/qm nach Vorliegen des Vermessungsergebnisses ausgeglichen. Auf die anteiligen Erschließungskosten sind folgende Abschläge zu zahlen:

a) Kanalanschlußbeitrag – Abschlag – 4.600,00 DM
b) Wasseranschlußbeitrag – Abschlag – 1.260,00 DM
c) Erschließungsbeitrag BauGB – Abschlag – 12.600,00 DM

§ 4
Fälligkeit

Der Grundstückskaufpreis und die Abschläge auf die Erschließungskosten, insgesamt also 40.300,00 DM, sind innerhalb von 4 Wochen nach Abschluß notariellen Vertrages fällig, mithin am 18.3.1993.

In § 6 a des Vertrages hat die Beteiligte zu 2) eine Verpflichtung zur Bebauung des Grundstückes übernommen und sich in § 7 wegen der Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen unterworfen.

Der zu 1) beteiligte Notar hat den Geschäftswert für diese Urkunde aus der Summe des Quadratmeterpreises für das Grundstück (21.840,00 DM) und den Abschlägen auf anteilige Erschließungskosten (18.460,00 DM) und 5.000,00 DM für die Bebauungsverpflichtung errechnet und mit insgesamt 45.300,00 DM angenommen. Von diesem Wert hat er die Gebühren gem. §§ 36 Abs. 2, 58 Abs. 1 Satz 1 KostO berechnet.

Die Präsidentin des Landgerichts hat die Kostenberechnung des Notars wegen des zugrunde liegenden Geschäftswertes beanstandet. Sie hat die Ansicht vertreten, die im oben genannten Vertrag vereinbarte Abschlagszahlung auf anteilige Erschließungskosten sei nicht geschäftswerterhöhend zu berücksichtigen.

Auf Anweisung der Präsidentin des Landgerichts hat der Notar Beschwerde erhoben, um wegen des Geschäftswertes die Entscheidung des Landgerichts über seine Kostenberechnung herbeizuführen (§ 156 Abs. 5 KostO). Das Landgericht hat die Präsidentin des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars und die Beteiligten gehört. Es hat sodann die Kostenberechnung des Notars unter Zugrundelegung des ausschließlich nach dem reinen Grundstückspreis bestimmten Geschäftswertes von 21.840,00 DM abgeändert.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Beteiligte zu 1) mit seiner vom Landgericht hinsichtlich des Geschäftswertes uneingeschränkt zugelassenen weiteren Beschwerde. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Verfahrensfehlerhaft war es, daß das Landgericht den vom Notar hinsichtlich der von der Beteiligten zu 2) in § 6 a des Vertrages übernommenen Bebauungsverpflichtung in Ansatz gebrachten Wert von 5.000,00 DM ohne Begründung in Abzug gebracht hat.

Abgesehen davon, daß es der Rechtsprechung des Senats entspricht, den Wert der gegenüber einer Gemeinde übernommenen Bebauungsverpflichtung als der Wahrung nicht-vermögensrechtlicher Interessen dienend nach § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO in Verbindung mit Abs. 2 dieser Vorschrift zu bestimmen und mangels weiterer Bewertungsgesichtspunkte mit dem Regelwert von 5.000,00 DM anzunehmen (vgl. Senat RPfleger 1982, 315 [= MittBayNot 1982, 198]), war dieser Punkt nicht Verfahrensgegenstand der Anweisungsbeschwerde. Im Verfahren der Anweisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 5 KostO unterliegen nur die in der Anweisung beanstandeten Punkte der Kostenberechnung des Notars der Nachprüfung durch das Gericht. Diese Verfügung steckt unter Mitberücksichtigung der späteren Stellungnahme der vorgesetzten Dienstbehörde bei der Auslegung der Anweisungsverfügung die Grenzen des gerichtlichen Verfahrens ab (vgl. Senat JurBüro 1967, 159). Gegenstand der Anweisung war vorliegend nur, ob die Abschlagszahlung auf anteilige Erschließungskosten geschäftswerterhöhend zu berücksichtigen war, nicht aber, ob die übernommene Bebauungsverpflichtung als gesonderte Gegenleistung zusätzlich zum Kaufpreis im Sinne von § 20 Abs. 1 KostO anzusehen sei, also wertmäßig dem Kaufpreis hinzugerechnet werden müsse, und somit bei dem Geschäftswert für die Beurkundung gem. §§ 36 Abs. 2, 39 KostO zu berücksichtigen sei. Soweit das Landgericht hierüber dennoch – möglicherweise irrtümlich – entschieden hat, war der Beschluß aufzuheben.

Aber auch soweit das Landgericht entschieden hat, die Abschlagszahlungen auf anteilige Erschließungskosten seien nicht geschäftswerterhöhend zu berücksichtigen, beruht die Entscheidung auf einem Rechtsfehler.

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, die in einem notariellen Grundstückskaufvertrag aufgenommene Verpflichtung des Käufers, zukünftig anfallende Erschließungskosten zu übernehmen, bliebe nach allgemeiner Ansicht bei der Bestimmung des Geschäftswertes gem. § 20 Abs. 1 KostO außer Betracht (vgl. *Göttlich/Mümmler*, KostO, 11. Aufl., Stichwort: Erschließungsbeiträge, Anm. 2; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 20 Rdnr. 10 j. m.w.N.).

Für den Senat als Rechtsbeschwerdegericht bindend ist die Auslegung der §§ 3 und 4 des Vertrages durch das Landgericht dahin, hinsichtlich der Übernahme der Aufschließungskosten solle keine von der öffentlich-rechtlichen Regelung völlig losgelöste Verpflichtung des Käufers begründet werden, die Regelung beinhalte vielmehr nur, daß die Beteiligte zu 2) zur Vorleistung auf die Erschließungsbeiträge zu einem früheren Zeitpunkt als nach den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen vorgesehen verpflichtet sei, während die Beteiligte zu 3) über die tatsächlich entstandenen bzw. anfallenden Erschließungsbeiträge noch abzurechnen habe. Diese Auslegung ist möglich und sogar naheliegend. Sie bindet das Rechtsbeschwerdegericht, da sie nach den Denkgesetzen und der feststehenden Erfahrung möglich ist – sie muß nicht zwingend sein –, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht und alle wesentlichen Tatsachen berücksichtigt (vgl. *Keidel/Kuntze*, FGG, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 48).

Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Landgerichts, die Vereinbarung sei nichtig, weil die Erschließungskosten und etwaige Vorleistungen hierauf nur unter den Voraussetzungen der Vorschriften des Baugesetzbuches eingefordert werden könnten, sodaß der insoweit beurkundete Wertvorteil für die Beteiligte zu 3) sich nicht auf die Notargebühren auswirken könne.

Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß gegen die Zulässigkeit von Vereinbarungen, die von den Gemeinden in Kaufverträgen über bislang gemeindeeigene Grundstücke mit dem Käufer dahin getroffen werden, der Erwerber habe Vorausleistungen auf die Erschließungskosten in bestimmter Höhe zu erbringen, dann keine Bedenken bestehen, wenn diese den ausdrücklichen oder sinngemäßen Vorbehalt enthalten, die endgültige Abrechnung erfolge durch einen Erschließungsbeitragsbescheid nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (vgl. BVerwGE 22, 138 (143) = ZMR 1966, 94 (95); OVG Münster DVBl. 1972, 799 (800); *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 3. Auflage, Rdnr. 783, 784; *Hans Schmidt*, Handbuch des Erschließungsrechts, 5. Aufl., Rdnr. 3673 ff.).

Bestehen somit angesichts der vom Landgericht nach dem Vertragsinhalt festgestellten Abrechnungspflicht der Beteiligten zu 3) über die tatsächlich entstandenen bzw. anfallenden Erschließungskosten keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung, die der veräußernden Gemeinde den Vorteil gewährt, daß die Käuferin sich zur Zahlung der Erschließungsbeiträge vor Fälligkeit verpflichtet hat, dieser also jetzt bereits die künftig fällig werdenden Anliegerbeiträge sicherstellt, so ist der Wert dieser Sicherungsverpflichtung als eine dem Käufer infolge der Veräußerung obliegende Leistung gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO bei der Bestimmung des Geschäftswerts des Kaufvertrages werterhöhend zu berücksichtigen (vgl. OLG Hamm (14. Zivilsenat), RPfleger 1958, 321; OLG Zweibrücken, RPfleger 1973, 448; *Göttlich/Mümmler*, KostO, Stichwort: Erschließungsbeiträge, nach Anm. 3; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 20 Rdnr. 10).

Den Geschäftswert für diese Sicherheitsleistung bestimmt der Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des früheren 14. Senats (a. a. O.) nach § 23 Abs. 1 KostO (ebenso *Rohs/Wedewer*, a. a. O.; anders OLG Zweibrücken, Rpfleger 1973, 448 und *Göttlich/Mümmler*, a. a. O., die § 30 Abs. 2 bzw. Abs. 1 KostO anwenden wollen).

Nach § 23 Abs. 1 KostO bestimmt sich der Wert einer Sicherheitsleistung nach dem Betrag der zu sichernden Forderung und, wenn der zur Sicherung dienende Gegenstand einen geringeren Wert hat, nach diesem. Im vorliegenden Fall ist die zu sichernde Forderung (der Anspruch auf Erschließungskosten) eine solche, die erst in Zukunft entstehen wird, deren Höhe zur Zeit also nicht feststellbar ist. In solchen Fällen ist der Wert des Gegenstandes der Sicherheit schlechthin maßgebend (vgl. OLG Hamm, 14. Senat, Rpfleger 1958, 321; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 20 Rdnr. 10 und § 23 Rdnr. 2). Gegenstand der Sicherheit ist im vorliegenden Fall ein Barbetrag von 18.460,00 DM.

Aus alledem folgt, daß die Wertannahme des Notars rechtlich nicht zu beanstanden ist.

---

38. KostO § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; PostUmwG § 10 Abs. 2 S. 2 *(Keine Gebührenermäßigung für die Deutsche Bundespost Telekom)*

1. **Die Deutsche Bundespost Telekom ist ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz KostO, dem Unternehmen steht deshalb eine Ermäßigung notarieller Gebühren nicht zu.**
2. **§ 10 Abs. 2 S. 2 PostUmwG vom 14.9.1994 gewährt den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost keine rückwirkende Gebührenermäßigung für bereits abgeschlossene Beurkundungsvorgänge. Die Vorschrift bezieht sich lediglich auf Amtsgeschäfte zum Vollzug der Postumwandlung.**

OLG Hamm, Beschluß vom 14.2.1995 – 15 W 364/94 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2) beurkundete am 28.4.1993 zu seiner UR-Nr. 207/93 einen Vertrag, durch den die C. eine näher bezeichnete Teilfläche eines Grundstücks an die Beteiligte zu 1) – die Deutsche Bundespost Telekom – verkaufte und aufließ. Als Kaufpreis wurde ein Betrag von 100,– DM pro qm und damit vorbehaltlich des Vermessungsergebnisses ein Betrag von 250.000,– DM vereinbart. Daneben übernahm die Beteiligte zu 1) von der Verkäuferin eine Investitionsverpflichtung zu einem Gesamtbetrag von 25.000.000,– DM, die diese ihrerseits bei dem Erwerb des Grundstücks eingegangen war. Der Grundstückserwerb durch die Beteiligte zu 1) diente der Errichtung eines Gebäudes mit einer digitalen Vermittlungsstelle. In dem von dem Beteiligten zu 2) ebenfalls am 28.4.1993 beurkundeten weiteren Vertrag (UR-Nr. 208/93) verpflichtete sich die Verkäuferin des Grundstücks, bestimmte Abrißarbeiten auf dem bezeichneten Grundstück durchzuführen, deren Kosten von der Beteiligten zu 1) bis zur Höhe bestimmter Beträge erstattet werden sollten.

Der Beteiligte zu 2) hat für seine Urkundstätigkeit der Beteiligten zu 1) Kostenberechnungen erteilt.

Die Beteiligte zu 1) hat Einwendungen gegen die Kostenberechnungen erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, ihr stehe nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO eine Gebührenermäßigung zu, die in den Kostenrechnungen nicht berücksichtigt worden sei.

Der Beteiligte zu 2) hat mit Schriftsatz vom 28.7.1993 bei dem Landgericht beantragt, über die Einwendungen der Beteiligten zu 1) zu entscheiden.

Durch Beschluß vom 30.8.1994 hat das Landgericht die angefochtenen Kostenberechnungen abgeändert und neu gefaßt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2).

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO). Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und Zurückweisung der Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1).

Der Senat vermag sich der Auffassung des Landgerichts, der Beteiligten zu 1) stehe eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO zu, nicht anzuschließen.

Im Ausgangspunkt ist unzweifelhaft, daß das Bundesunternehmen Deutsche Bundespost Telekom zu den nach § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO begünstigten Kostenschuldnern gehört. Denn die Deutsche Bundespost war nach § 2 Abs. 1 PostVerfG ein Sondervermögen des Bundes, wobei die Deutsche Bundespost Telekom ein Teilsondervermögen darstellte.

Unterschiedliche Auffassungen werden zu der Frage vertreten, ob die Telekom ein wirtschaftliches Unternehmen ist, für das dem Bund die Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz KostO nicht zusteht. Das Bayerische Oberste Landesgericht vertritt die Auffassung, die Deutsche Bundespost Telekom sei kein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne dieser Bestimmung (BayObLGZ 1992, 324 = MDR 1993, 585 [= MittBayNot 1993, 47]; ebenso *Otto* JurBüro 1989, 890, 895; *Mümmler*, JurBüro 1990, 694, 695; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 144 Rdnr. 4). Die Gegenauffassung wird vertreten von den Oberlandesgerichten Düsseldorf (DNotZ 1994, 131 = JurBüro 1994, 285 [= MittBayNot 1994, 252], Zweibrücken (MDR 1994, 214 [= DNotZ 1994, 710 = MittBayNot 1993, 254]) und Celle (Nds. Rpfleger 1993, 329 [= MittBayNot 1994, 252]) sowie in der Literatur von *Bengel* (in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 144 Rdnr. 9 und 16) und *Schmidt* (MittRhNotK 1989, 209, 210). Der letztgenannten Auffassung schließt sich der Senat aus den folgenden Erwägungen an:

Die von dem Bayerischen Obersten Landesgericht vertretene Auffassung beruht maßgebend auf der Annahme, der Begriff des „wirtschaftlichen Unternehmens" stamme aus dem Kommunalrecht. Kommunalrechtlich sei indessen eine solche wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden nicht als wirtschaftliches Unternehmen zu qualifizieren, zu deren Einrichtung und Unterhaltung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet sei. Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf das Bundesunternehmen Deutsche Bundespost Telekom sei für dessen rechtliche Einordnung als wirtschaftliches oder nicht wirtschaftliches Unternehmen des Bundes somit ausschlaggebend, daß es nach dem PostVerfG öffentlich-rechtlich zur Erbringung bestimmter Monopolaufgaben und Pflichtleistungen verpflichtet sei.

Diesen kommunalrechtlichen Ansatz hält der Senat schon im Ausgangspunkt nicht für tragend. Die Bestimmungen der Gemeindeordnung enthalten keine eigenständige Begriffsbildung des „wirtschaftlichen Unternehmens". So zählt etwa § 88 Abs. 2 GO NW im Sinne einer Negativabgrenzung lediglich diejenigen Unternehmen auf, die nicht als wirtschaftliche Unternehmen im Sinne der Gemeindeordnung gelten (*Kottenberg/Rehn*, GO NW, 10. Aufl. S. B VI 193). Dazu zählen insbesondere diejenigen Unternehmen, zu deren Errichtung und Unterhaltung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist. Die genannte Vorschrift beschränkt die Zulässigkeit der Führung wirtschaftlicher Unternehmen durch die Gemeinden und hat damit zugleich in erster Linie kommunalaufsichtsrechtliche Bedeutung. Diese entfällt jedoch gegenüber dem Bund, der im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz eigenständig entscheidet, in welcher Weise die nach Art. 87 Abs. 1 GG a.F. seiner bundeseigenen Verwaltung unterliegenden Angelegenheiten der Deutschen Bundespost wahrzunehmen sind. Die Qualifizierung eines Bundesunternehmens als „wirtschaftliches Unternehmen" im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz KostO muß deshalb maßgeblich auf die bundesrechtliche Regelung über die Art der Aufgabenerfüllung abstellen und darf nicht durch kommunalrechtliche Regelungen bestimmt werden, die auf den Bund nicht zutreffen (so zu Recht OLG Celle a. a.O. [= MittBayNot 1994, 252]).

Auf dieser Grundlage bestehen keine durchgreifenden Bedenken, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits anerkannte Begriffsbildung des wirtschaftlichen Unternehmens auch im Rahmen des Gebührenermäßigungstatbestandes des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO heranzuziehen (ebenso OLG Düsseldorf a. a.O.). Danach sind wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können und gelegentlich auch betrieben werden. Die gleichzeitige Erfüllung einer gemeinnützigen öffentlich-rechtlichen Aufgabe steht der Annahme eines wirtschaftlichen Unternehmens nicht entgegen, wenn nur ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird, der den Aufwand – wenn auch nur im bescheidenen Maße – übersteigt (BGHZ 95, 155, 157, 158). Die genannte Rechtsprechung des BGH ist zwar zum Begriff des Gewerbebetriebs im Sinne des § 196 BGB ergangen. Es besteht jedoch keine Veranlassung zu der Annahme, der Gesetzgeber habe bei der grundlegenden Neufassung des § 144 KostO durch das Gesetz zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger kostenrechtlicher Vorschriften vom 15.6.1989 den Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens des Bundes in einem anderen Sinne als in der damals bereits vorliegenden höchstrichterlichen Rechtsprechung verstehen wollen, zumal nach dem Bericht des Rechtsausschusses (BT-Drucksache 11/4393 S. 10) durch die Neuregelung sichergestellt werden sollte, daß eine Gebührenvergünstigung nur in einem engen, die Notare möglichst wenig belastenden Rahmen in Anspruch genommen werden könne.

Nach der Struktur, die das Postverfassungsgesetz vom 8.6.1989 den drei Unternehmen der Deutschen Bundespost gegeben hat, handelt es sich um privatwirtschaftliche Unternehmen, die ihre betrieblichen Aufgaben marktorientiert zur Befriedigung der Nachfrage nach Post-, Postbank- und Fernmeldedienstleistungen wahrzunehmen haben, und zwar nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen mit dem Ziel der Erwirtschaftung eines angemessenen Gewinns. Diese Bewertung ist insbesondere aus den §§ 4 Abs. 1 und 37 PostVerfG abzuleiten. Nach § 4 Abs. 1 PostVerfG haben die Unternehmen der Deutschen Bundespost die Nachfrage von Bürgern, Wirtschaft und Verwaltung nach Leistungen der Post-, Postbank- und Fernmeldedienste zu decken. Die Dienste sind unter Berücksichtigung der Markterfordernisse entsprechend der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung zu gestalten.

Darüber hinaus sind Infrastrukturdienste (Monopolaufgaben und Pflichtleistungen) und die notwendige Infrastruktur im Sinne der öffentlichen Aufgabenstellung, insbesondere der Daseinsvorsorge, nach den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik Deutschland zu sichern und der Entwicklung anzupassen. Dabei sind die Grenzen der wirtschaftlichen Möglichkeiten der Unternehmen zu beachten. In Wahrnehmung ihrer Aufgaben beteiligen sich die Unternehmen am Wettbewerb. Unter Berücksichtigung dieser Leitlinien sind die Unternehmen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. Nach § 37 Abs. 1 PostVerfG sind die Unternehmen so zu leiten, daß die Erträge die Aufwendungen decken. Darüber hinaus soll im Hinblick auf das nach § 41 PostVerfG erforderliche Eigenkapital ein angemessener Gewinn erwirtschaftet werden. Nach Absatz 2 der Vorschrift sollen die Unternehmen für die einzelnen Dienste in der Regel jeweils die vollen Kosten und einen angemessenen Gewinn erwirtschaften, wobei ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Diensten eines Unternehmens zulässig ist. Auch zwischen den drei Unternehmen der Deutschen Bundespost findet nach § 37 Abs. 3 PostVerfG ein Finanzausgleich statt. Schließlich

ist nach § 37 Abs. 4 PostVerfG ein Ausgleich zwischen den Diensten nach Abs. 2 oder zwischen den Unternehmen nach Abs. 3 aus Monopoldiensten zugunsten von Wettbewerbsdiensten – vorbehaltlich der folgenden näheren Regelung – zulässig.

Die Begründung zum Regierungsentwurf des Poststrukturgesetzes, als dessen Art. 1 das PostVerfG verkündet worden ist, stellt an mehreren Stellen als Ziel der Umstrukturierung heraus, die Leistungsfähigkeit der Unternehmen der Deutschen Bundespost als am Markt operierender und im Wettbewerb stehender moderner Wirtschaftsunternehmen zu entfalten. Dies gelte insbesondere für die sich stürmisch entwickelnden Märkte der Telekommunikation. Es werde bewußt nicht der ordnungspolitischen Konzeption gefolgt, die Aktivitätsmöglichkeiten öffentlicher Unternehmen ausschließlich auf Monopolbereiche zu beschränken. Solche Ansätze verschenkten im Telekommunikationsbereich das volkswirtschaftlich sinnvolle Ausschöpfen von Verbundvorteilen und entsprächen nicht der internationalen Entwicklung (BT-Drucksache 11/2854 S. 32, 33). Diesen in den Vordergrund gestellten ordnungspolitischen Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der Unternehmen der Deutschen Bundespost wird in der Begründung des Regierungsentwurfs die Erwägung zur Seite gestellt, der Bund habe weiterhin aufgrund seiner Verantwortung für das Gemeinwohl und das öffentliche Interesse zu gewährleisten, daß bei der Entwicklung dieses Wirtschaftszweiges Aspekte der Daseinsvorsorge hinreichend berücksichtigt würden. Im Rahmen „der neuen Arbeitsteilung" seien die Hoheitsaufgaben und die Wahrung des öffentlichen Interesses im Post- und Fernmeldewesen durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation wahrzunehmen, insbesondere durch die Vorbereitung von Rechtsverordnungen über die von den Unternehmen der Deutschen Post zu erbringenden Pflichtleistungen (vgl. § 25 PostVerfG). Den Unternehmen obliege es dann, diese Aufgaben nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu erfüllen und effizient für die Befriedigung der Nachfrage nach Post-, Postbank- und Fernmeldedienstleistungen zu sorgen (vgl. BT-Drucksache 11/2854 S. 33 f.). Die Begründung des Regierungsentwurfs zu dem jetzigen § 37 PostVerfG stellt schließlich den Grundsatz der Eigenwirtschaftlichkeit für jedes der drei Postunternehmen heraus. Die Erzielung eines angemessenen Gewinns sei zur Stärkung der Finanzkraft der Postunternehmen und zur Sicherung ihrer internationalen Wettbewerbskraft erforderlich. Diesem Ziel diene auch der in § 37 Abs. 4 PostVerfG zugelassene finanzielle Ausgleich zugunsten von Wettbewerbsdiensten aus den Monopoldiensten (BT-Drucksache 11/2854 S. 47). An anderer Stelle bringt schließlich die Begründung zum Regierungsentwurf (a. a. O. S. 38) zum Ausdruck, die Unternehmen der Deutschen Bundespost seien in dem Spannungsfeld zwischen öffentlicher Aufgabenstellung und gleichberechtigter Teilnahme am Marktgeschehen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. Daraus folgt, daß die Postunternehmen auch da, wo sie Pflichtleistungen zur öffentlichen Daseinsvorsorge zu erbringen haben, diese Aufgaben mit den Mitteln und mit der Zielsetzung eines privatwirtschaftlich orientierten Unternehmens zu erfüllen haben, ohne daß insoweit eine Trennung von den Wettbewerbsdiensten der Unternehmen erfolgt. Dieser Ausrichtung entspricht es, daß das Rechnungswesen der Unternehmen der Deutschen Bundespost nach § 39 Abs. 1 PostVerfG nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu gestalten ist und nach Abs. 2 der Vorschrift die Jahresabschlüsse nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufzustellen sind.

Die Dienstleistungen der Deutschen Bundespost Telekom können im Sinne der bereits herangezogenen Rechtsprechung des BGH auch von einem Privatunternehmen erbracht werden. Die Deutsche Bundespost Telekom steht in weiten Bereichen ihrer Geschäftstätigkeit im Wettbewerb mit privaten Unternehmen. Die der Deutschen Bundespost Telekom verbliebenen Monopolaufgaben stehen dieser Bewertung nicht entgegen, nachdem der Gesetzgeber dem Unternehmen eine erwerbswirtschaftliche, marktorientierte Gesamtstruktur gegeben hat, die eine Trennung zwischen den einzelnen Dienstleistungen nicht zuläßt.

An dieser Beurteilung, die die Deutsche Bundespost Telekom als wirtschaftliches Unternehmen des Bundes von der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KostO ausschließt, hat sich durch das PTNeuOG vom 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325) nichts geändert. Dabei ist zunächst von dem Grundsatz des § 161 S. 1 KostO auszugehen. Danach gilt für Kosten, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesänderung fällig geworden sind, das bisherige Recht. Abzustellen ist danach auf die zum Zeitpunkt der Vornahme der Beurkundung am 28.4.1993 geltenden Kostenvorschriften. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 des als Art. 3 PTNeuOG verkündeten PostUmwG gehen, soweit keine andere Regelung besteht oder getroffen wird, die in Vorschriften enthaltenen Rechte und Pflichten, Befugnisse und Zuständigkeiten der Unternehmen der Deutschen Bundespost bis zum Erlaß einer anders lautenden Regelung auf das jeweilige Nachfolgeunternehmen über. Aus dieser Vorschrift kann lediglich abgeleitet werden, daß die Umwandlung der Deutschen Bundespost in drei selbständige Aktiengesellschaften keinen Einfluß auf eine nach bisherigem Recht begründete Gebührenermäßigung der Deutschen Bundespost hat. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) läßt sich eine rückwirkende Begründung einer Gebührenermäßigung auch nicht aus § 10 PostUmwG ableiten (unklar insoweit *Hartmann* KostG, 26. Aufl., § 144 Rdnr. 4). Nach Abs. 1 der Vorschrift sind die drei durch Umwandlung entstandenen Aktiengesellschaften von Steuerpflichten befreit, die bei der Umwandlung der Teilsondervermögen entstehen würden. Nach Abs. 2 der Vorschrift sind Gerichtskosten für die im Zusammenhang mit dem Vollzug des Gesetzes stehenden Amtshandlungen nach dem ersten Teil der KostO nicht zu erheben. Notarkosten sind auch zugunsten der bisherigen Teilsondervermögen und der Aktiengesellschaften gem. § 144 KostO zu ermäßigen. Aus dem Zusammenhang, in dem § 10 Abs. 2 S. 2 PostUmwG steht, wird jedoch deutlich, daß die gewährte Gebührenermäßigung sich nur auf solche Rechtsvorgänge beziehen soll, die die Umwandlung der bisherigen Teilsondervermögen in die durch das PostUmwG geschaffenen Aktiengesellschaften als Nachfolgeunternehmen betreffen. Denn § 10 Abs. 2 PostUmwG bezieht sich (ebenso wie Abs. 1 der Vorschrift) nur auf die im Zusammenhang mit dem Vollzug dieses Gesetzes stehenden Amtshandlungen. Auch in der Begründung zum Regierungsentwurf für das PTNeuOG (BT-Drucksache 12/6718 S. 89) läßt sich kein Anhaltspunkt dafür finden, daß durch die Kostenvorschrift in § 6 des Entwurfs des PostUmwG (entspricht § 10 des Gesetzes in der verkündeten Fassung) eine rückwirkende Gebührenermäßigung für Rechtsgeschäfte begründet werden sollte, die für die früheren Unternehmen der Deutschen Bundespost zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits abgeschlossen waren. Die Begründung ergibt vielmehr, daß es sich insoweit lediglich um eine flankierende Maßnahme zu der in Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift angeordneten Befreiung von Gerichtskosten für Vorgänge zum Vollzug der Postumwandlung handeln soll. Lediglich zusätzlich

werde – wie es in der Begründung heißt – eine Ausdehnung des § 144 KostO vorgesehen, wobei zu berücksichtigen sei, daß bei der Umschreibung der Immobilien nach § 8 Abs. 6 des Gesetzes keine Notare eingeschaltet würden.

Notarrecht

39. BNotO § 15 Abs. 1 Satz 2; § 23, § 24 Abs. 1 Satz 1 *(Statthaftigkeit der Beschwerde gegen Auszahlungsankündigung des Notars im Hinterlegungsverfahren; Unbeachtlichkeit des einseitigen Widerrufs eines Hinterlegungsbeteiligten)*

1. **Der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist auch gegen den Bescheid eines Notars eröffnet, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt bzw. noch zu hinterlegen ist.**
2. **Zur grundsätzlichen Unbeachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs bei der Verwaltung eines Notar-Anderkontos nach Abtretung der über das Anderkonto abzuwickelnden Kaufpreisansprüche.**

BayObLG, Beschluß vom 1.6.1995 – 3 Z BR 49/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Firma A hat von der Firma B elf Sondereigentumseinheiten (Wohnungseigentum bzw. Teileigentum) gekauft und diese anschließend mit Preisaufschlägen weiterveräußert.

Gemäß dem zwischen beiden Firmen abgeschlossenen Bauträgervertrag sollte der von der Firma A zu entrichtende Gesamtkaufpreis von 3 192 723 DM innerhalb einer bestimmten Frist auf einem Notar-Anderkonto hinterlegt werden, wobei der beurkundende Notar gleichzeitig unwiderruflich angewiesen wurde, den hinterlegten Kaufpreis unter bestimmten Voraussetzungen in Teilbeträgen an die Firma B auszuzahlen.

Ferner wurde – mit einer Ausnahme – in den die Weiterveräußerung der Sondereigentumseinheiten betreffenden Kaufverträgen vereinbart, daß die Kaufpreise auf einem Anderkonto des Notars X zu hinterlegen und nach den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung auszuzahlen seien.

Nachdem die Firma A mit ihrer Zahlungsverpflichtung in Verzug geraten war, einigte sie sich mit der Firma B u.a. darauf, daß zu dem vereinbarten Gesamtkaufpreis als pauschaler Ersatz des eingetretenen Verzugsschadens ein Betrag von 280 000 DM hinzukomme. Ferner trat die Firma A sämtliche ihr aus der Weiterveräußerung der Sondereigentumseinheiten zustehenden Rechte und Ansprüche, „insbesondere den Anspruch auf vollständige Kaufpreiszahlung", an die Firma B ab und traf mit ihr hierzu folgende weitere Vereinbarung:

> Soweit die Firma B aufgrund der in dieser Urkunde enthaltenen Vereinbarungen und Abtretungen Kaufpreiszahlungen aus den ... genannten Kaufverträgen sowie aus den ... noch abzuschließenden Kaufverträgen in Höhe von mehr als DM 3.472.723,– vereinnahmen sollte, ist die Firma B verpflichtet, den DM 3.472.723,– übersteigenden Betrag an die Firma A hinauszuzahlen. Auf Sicherung und Aufrechnung wird insoweit verzichtet. Ein Zurückbehaltungsrecht kann nicht geltend gemacht werden. ... wird vereinbart, ... daß der Firma A Kaufpreiszahlungen erlassen werden, soweit der oben genannte Betrag von DM 3.472.723,– durch Zahlungen dritter Käufer oder der Firma A bereits B zugeflossen ist.

Die Abtretung wurde dem Hinterlegungsnotar von der Firma A angezeigt.

In der Folgezeit beschaffte die Firma B bei ihrer globalfinanzierenden Bank Bürgschaften nach § 7 MaBV, die von der Firma A an die Endkäufer übergeben wurden und nach denen die verbürgten Beträge (jeweils 86% des jeweiligen Kaufpreises) auf ein von der Bank angegebenes Konto der Firma B zu überweisen sind.

2. Die Firma A ist der Auffassung, die auf dem Notar-Anderkonto künftig eingehenden Gelder seien, soweit sie den Betrag von 3 472 723 DM übersteigen, direkt an sie auszuzahlen.

Als sie in diesem Sinne an Notar X herantrat, lehnte dieser mit Schreiben vom 11.10.1994 ein entsprechendes Vorgehen ab. Maßgeblich für Zahlungen aus dem Anderkonto seien die von der Firma A mit den Käufern der einzelnen Sondereigentumseinheiten abgeschlossenen Kaufverträge. Danach seien die Käufer aufgrund der für sie übernommenen Bürgschaften verpflichtet, den Kaufpreis auf dem Anderkonto zu hinterlegen und ihn, den Notar, zu dessen Auszahlung je nach Baufortschritt anzuweisen. So lange diese ihm erteilte Hinterlegungsanweisung nicht von den Firmen A und B einverständlich geändert werde, sei er gehalten, die weiteren Auszahlungen auch dann auf ein von der Firma B genanntes Konto vorzunehmen, wenn hierbei der Betrag von 3 472 723 DM überschritten werde. Soweit zwischen beiden Firmen vereinbart worden sei, daß die Firma B die diesen Betrag übersteigenden Gelder an die Firma A zurückzuzahlen habe, habe er sich um diese internen Abmachungen und Ansprüche nicht zu kümmern.

3. Daraufhin erhob die Firma A gegen den Notar Beschwerde mit dem Antrag,

- ihm zu untersagen, Auszahlungen an die Firma B vorzunehmen, die die Gesamtsumme von 3472723 DM übersteigen;
- ihn anzuweisen, die diesen Betrag übersteigenden Erwerberzahlungen an sie abzuführen, hilfsweise, sie zu hinterlegen.

Der Notar half der Beschwerde nicht ab. Bisher seien insgesamt 2 877 960,30 DM zur Auszahlung gekommen. Es stehe jedoch fest, daß im Zuge weiterer Auszahlungen der Betrag von 3 472 723 DM überschritten werde. Als Notar, der das Anderkonto verwalte, trage er Verantwortung gegenüber allen Beteiligten, d.h. gegenüber den Käufern, gegenüber der Firma A als der Zwischenkäuferin und gegenüber der Firma B. Für ihn sei allein entscheidend, in welchem Umfang die Firma A durch die ihm angezeigte Abtretung, die er zu beachten habe, über ihre Kaufpreisansprüche verfügt habe. Die Vertragsklausel, auf die sich die Firma A berufe, enthalte nach seiner Auslegung lediglich eine schuldrechtliche Ausgleichsverpflichtung. Hinzu komme, daß er mit Auszahlungen auf andere als die in den Bürgschaften bzw. in der Freistellungserklärung angegebenen Konten auch deshalb gegen die Hinterlegungsanweisung verstoßen würde, weil die Lastenfreistellung dann nicht mehr gesichert wäre.

4. Mit Beschluß vom 29.12.1994 wies das Landgericht die Beschwerde zurück. Die Firma A habe sämtliche Ansprüche, die ihr gegen die Käufer der von ihr vertriebenen Sondereigentumseinheiten zustanden, unter interner Begründung eines lediglich schuldrechtlichen Ausgleichsanspruchs in voller Höhe an die Firma B abgetreten. Eine Auszahlung bzw. Hinterlegung der auf dem Notar-Anderkonto einlaufenden, den Betrag von 3472723 DM übersteigenden Kaufpreisraten zugunsten der Firma A scheitere jedenfalls daran, daß die Firma B die an sie abgetretenen Ansprüche laut der Freistellungserklärung vom 25.10.1994 weiter an ihre globalfinanzierende Bank abgetreten habe. Würde der Notar den vereinbarten internen Schuldausgleich vollziehen, würde er damit auch in die ihm bekannten Rechte dieser Globalgläubigerin eingreifen.

5. Gegen diesen Beschluß wendet sich die Firma A mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Bayerische Oberste Landesgericht ist zur Entscheidung über die weitere Beschwerde zuständig (§ 28 Abs. 1, § 199 Abs. 1 FGG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 AGGVG).

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 27 Abs. 1 Satz 1 FGG, § 550 ZPO).

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO auch gegen die Weigerung eines Notars eröffnet ist, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt ist bzw. noch hinterlegt werden wird (BGH DNotZ 1991, 682; BGHZ 76, 9 [= DNotZ 1980, 496]; OLG Frankfurt DNotZ 1992, 61; OLG Hamm DNotZ 1994, 120/121 [= MittBayNot 1993, 244]; SchlHOLG DNotZ 1993, 67/68; *Bräu*, Die Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 270).

Die Ankündigung des Notars, die zu erwartenden weiteren Gelder auch dann an die Firma B auszuzahlen, wenn hierbei der Betrag von 3 472 723 DM überschritten werde, stellt hier eine anfechtbare Verfügung im Sinne des § 19 Abs. 1 FGG dar, weil sie sich nicht in einer lediglich unverbindlichen Mitteilung einer Rechtsansicht erschöpft, sondern den Bescheid des Notars enthält, in dieser Weise zu verfahren (*Seybold/Schippel/Reithmann*, BNotO, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 74 ff.)

Die Entscheidung des Landgerichts ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Das im Bescheid des Notars angekündigte Vorgehen ist nicht pflichtwidrig.

1. Der Notar ist nach § 23 BNotO zuständig, u.a. Geld „zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen". In diesen Fällen, in denen er als unparteiische Vertrauensperson eingeschaltet wird, stellt seine Tätigkeit eine „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege" im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO dar (*Volhard* DNotZ 1987, 523/525), und zwar eine „Amtstreuhänderschaft" (OLG Hamm WM 1984, 1289/1292 [= DNotZ 1985, 56]; *Zimmermann* DNotZ 1980, 451/458), bei der er gegenüber mehreren Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen Amtspflichten übernimmt (*Reithmann* WM 1991, 1493).

Erklärungen der an einem solchen Geschäft Beteiligten beurteilen sich als Weisungen bzw. Ersuchen an den Notar, seine Amtstätigkeit in bezug auf dieses einem bestimmten Zweck gewidmete Sondervermögen in bestimmter Weise auszuüben (OLG Hamm WM 1984, 1289/1292 [= DNotZ 1985, 56]; *Reithmann* WM 1991, 1493/1494 ff.).

Durch die Übernahme des Hinterlegungsansuchens wird der Notar verpflichtet, die Hinterlegungsanweisungen eigenverantwortlich und sorgfältig zu erledigen (vgl. BGH DNotZ 1987, 556 und 1978, 373/374; OLG Celle DNotZ 1989, 55; *Seybold/Schippel/Reithmann*, BNotO, § 23 Rdnr. 19).

2. Mit dem von ihm angekündigten Vorgehen wird der Notar dieser Verpflichtung gerecht.

a) Aufgrund der Hinterlegungsanweisungen, die ihm gemäß den von der Firma A mit den Endkäufern getroffenen Hinterlegungsvereinbarungen erteilt wurden, war er zunächst gehalten, die auf dem Anderkonto hinterlegten Kaufpreise nach den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung an die Firma A auszuzahlen.

b) Infolge der ihm angezeigten Abtretung der von der Firma A gegen die Endkäufer erworbenen Kaufpreisansprüche ist die Firma B insoweit in vollem Umfang an die Stelle der Firma A getreten. Mit der Anzeige der Abtretung wurde der Notar angewiesen, die von seiten der Endkäufer eingehenden Kaufpreiszahlungen unter Beachtung der in den Kaufverträgen getroffenen Vereinbarung nunmehr statt an die Firma A an die Firma B auszuzahlen (*Bräu* Rdnr. 266). Dazu, ob die Firma A damit aus dem Treuhandverhältnis ausgeschieden ist, hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen. Diese Frage muß der Senat nicht abschließend beantworten, da die weitere Beschwerde schon aus den nachfolgenden Gründen keinen Erfolg hat.

Die Auszahlungsanweisung bezog sich auf sämtliche Kaufpreisansprüche in ihrer vollen Höhe. Weder wurden einzelne Kaufpreisansprüche von der Abtretung ausgenommen noch wurde die Abtretung auf bestimmte Teilbeträge dieser Ansprüche beschränkt. Ferner wurde die Abtretung nicht unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen. Der Einwand der Firma A, die Regelung, daß ihr Kaufpreiszahlungen „erlassen werden", soweit der Firma B der Betrag von 3 472 723 DM durch Zahlungen dritter Käufer zugeflossen sei, könne nur bedeuten, daß seitens der Firma B auf die Abtretungen in überschießender Höhe „verzichtet" worden sei, greift nicht durch. Die gegenteilige Auslegung des Landgerichts, das einen automatischen Rückfall der abgetretenen Rechte mit dem Erlöschen der gesicherten Forderung verneint und einen lediglich schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch bejaht hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden (zur Revisibilität der Auslegung vgl. *Jansen*, FGG, 2. Aufl, § 27 Rdnr. 20; *Keidel/Kuntze*, FGG, 13. Aufl, § 27 Rdnr. 48).

Die Auszahlungsanweisung war nicht lediglich einseitig. Obgleich die Abtretung dem Notar nur von der Firma A angezeigt wurde, hatte die Anzeige eine gemeinsame Weisung beider Vertragsparteien zum Inhalt. Dies ergibt sich auch aus ihrem inneren Zusammenhang mit dem von beiden Firmen abgeschlossenen Bauträgervertrag und der darin enthaltenen, die gegenläufigen Sicherungsinteressen beider Vertragsteile berücksichtigenden einverständlichen Hinterlegungsanweisung.

Die Auszahlungsanweisung wurde von dem Notar als verbindlich anerkannt.

c) Der Notar verhält sich nicht pflichtwidrig, wenn er die betreffende Auszahlungsanweisung seiner Amtstätigkeit weiterhin zugrundelegt.

aa) Eine gemeinsame Anweisung der Firmen A und B dahin, auf dem Anderkonto eingehende Gelder statt an die Firma B an die Firma A auszukehren, sobald ersterer bereits insgesamt 3 472 723 DM zugeflossen sind, ist dem Notar nicht erteilt worden.

bb) Der in dem dahingehenden Begehren der Firma A liegende einseitige Widerruf der Auszahlungsanweisung ist für den Notar unbeachtlich.

Ein Notar, der es übernommen hat, im Rahmen der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags Geld für andere zu verwahren und unter bestimmten Voraussetzungen wieder herauszugeben, ist an die ihm erteilte Treuhandanweisung grundsätzlich gebunden, auch wenn ihr ein Vertragsteil nachträglich widerspricht (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48/49; OLG Frankfurt DNotZ 1969, 513/514; OLG Hamm DNotZ 1983, 702; KG DNotZ 1987, 577 und 1985, 51/53 ff.; SchlHOLG DNotZ 1993, 67/68; *Brambring* DNotZ 1990, 615/636 ff.; *Haug* EWiR 1987, 239/240 und DNotZ 1982, 592/594; *Reithmann* WM 1991, 1493/1495; *Zimmermann* DNotZ 1980, 451/465; a.A. *Volhard* DNotZ 1987, 523/526 ff. und ihm folgend *Bräu* Rdnr. 104 ff.). Dem steht das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21.12.1959 (DNotZ 1960, 265) nicht entgegen. Dort führt der Bundesgerichtshof zwar aus, daß der Notar als Amtsträger vorsorgender Rechtspflege einen von mehreren Beteiligten übernommenen Auftrag zum Vollzug eines von ihm beurkundeten Geschäfts grundsätzlich nicht mehr ausführen dürfe, wenn nur einer der mehreren Beteiligten seine Erklärung und damit den dem

Notar gemeinsam erteilten Vollzugsauftrag zurücknehme oder widerrufe. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich offengelassen, ob dieser Grundsatz auch für die Behandlung eines Geldbetrags anzuwenden sei, den ein Notar mit der Weisung erhalten hat, über ihn nach Maßgabe eines von ihm beurkundeten Vertrags zu verfügen. Es sei denkbar, daß die Beteiligten dem Notar hierbei eine Rechtsmacht verleihen wollen, die eine Abwicklung gemäß der beurkundeten Einigung unabhängig von späteren Widersprüchen ermöglichen soll.

Dies trifft in Fällen wie dem vorliegenden zu (vgl. SchlHOLG DNotZ 1993, 67/69).

Die von den Firmen A und B in dem Bauträgervertrag ausdrücklich vereinbarte Unwiderruflichkeit der Hinterlegungsvereinbarung erstreckt sich auch auf die nachfolgende, dem Notar mit der Anzeige der Forderungsabtretung erteilte Auszahlungsanweisung. Mit der Forderungsabtretung wurde das zwischen beiden Firmen begründete, gegenläufigen Interessen dienende Vertragsverhältnis dahin modifiziert, daß die Hinterlegung des Gesamtkaufpreises durch die Firma A erfüllungshalber durch die Hinterlegung der von den Endkäufern zu erbringenden Kaufpreise ersetzt wurde. Diese Ausgestaltung des schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses war einer einseitigen Abänderung durch einen der Vertragsteile nicht zugänglich. Unter diesen Umständen stellt der einseitige Widerruf der Firma A den aus Rechtsgründen erfolglosen Versuch dar, die Abtretung einseitig teilweise rückgängig zu machen (vgl. *Brambring* DNotZ 1990, 615/637).

cc) Ein den Grundsatz der Unbeachtlichkeit eines einseitigen Widerrufs durchbrechender Ausnahmefall liegt nicht vor.

Eine gänzliche oder teilweise anfängliche Unwirksamkeit der Forderungsabtretung wird nicht geltend gemacht (vgl. hierzu OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48/49; OLG Frankfurt DNotZ 1969, 513/515; KG DNotZ 1987, 577/579; SchlHOLG DNotZ 1993, 67/69 mit zustimmender Anmerkung von *Tönnies*).

Außer im Fall der Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts ist ein einseitiger Widerruf vom Notar ferner zu beachten, wenn

- er andernfalls an unerlaubten oder unredlichen Zwecken mitwirken würde (§ 14 Abs. 2 BNotO; BGH DNotZ 1987, 558; KG DNotZ 1987, 577/579 und 1985, 51/54; SchlHOLG DNotZ 1993, 67/69; *Reithmann* WM 1991, 1493/1496; *Volhard* DNotZ 1987, 523/524), bzw.
- dem Widerrufenden aufgrund zwischenzeitlich ersichtlich gewordener Umstände ein nicht wieder gutzumachender Schaden droht (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48/49; OLG Hamm DNotZ 1983, 702/703; SchlHOLG DNotZ 1993, 67/69; *Haug* EWiR 1987, 239/240 und DNotZ 1982, 592/595).

Diese Voraussetzungen müssen für den Notar allerdings klar erkennbar sein, da er keine Ermittlungsbefugnisse besitzt und es nicht seine Aufgabe ist, wie ein Richter zu entscheiden (vgl. BGH DNotZ 1978, 373/374; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 48/49; OLG Hamm DNotZ 1994, 120/122 und 1983, 702; *Brambring* DNotZ 1990, 615/640; *Haug* EWiR 1987, 239 und DNotZ 1982, 592/595; *Reithmann* WM 1991, 1493/1496; *Zimmermann* DNotZ 1980, 451/468).

Solche Fallgestaltungen liegen ersichtlich nicht vor. Die von der Firma A geltend gemachte Gefährdung der Realisierbarkeit ihres schuldrechtlichen Ausgleichsanspruchs war, auch für sie erkennbar, von Anfang an gegeben. Die von ihr nunmehr in die Rückzahlungsfähigkeit der Firma B gesetzten Zweifel erschöpfen sich in bloßen Vermutungen. Soweit die Rechtsbeschwerde insoweit neue Tatsachen vorträgt, dürfen diese nicht berücksichtigt werden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

dd) Zu Recht beruft sich der Notar ferner darauf, daß er auch die Interessen der an den Treuhandverhältnissen unmittelbar beteiligten Käufer zu wahren habe.

ee) Schließlich verhält sich der Notar nicht dadurch pflichtwidrig, daß er die streitigen Beträge nicht hinterlegt.

Zwar gilt der Grundgedanke des § 372 BGB sinngemäß auch für einen Notar (BGH DNotZ 1960, 265/268, 270; OLG Frankfurt DNotZ 1969, 513/514). Sind die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen für die Auszahlungsreife erfüllt, hat er bei Streit über die Empfangsberechtigung jedoch in eigener Verantwortung zu entscheiden, ob und an wen er das Guthaben auszahlt (OLG Hamm DNotZ 1983, 61/64; *Bräu* Rdnr. 287; *Brambring* DNotZ 1990, 615/648). Zum Mittel der Hinterlegung darf er allenfalls dann greifen, wenn er ohne Fahrlässigkeit nicht zu klären vermag, wer berechtigter Gläubiger ist (BGH DNotZ 1960, 265/270; OLG Hamm DNotZ 1983, 61/64; *Bräu* Rdnr. 287). Insoweit besteht für ihn jedoch gerade keine Ungewißheit.

3. Damit ist die von dem Notar angekündigte Sachbehandlung nicht pflichtwidrig. Allein hierüber ist im Verfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO zu befinden. Den Streit, wem die überschießenden Beträge unter welchen Voraussetzungen materiell-rechtlich zustehen, haben die Firmen A und B gegebenenfalls in einem Zivilprozeß auszutragen (*Brambring* DNotZ 1990, 615/649).

Steuerrecht

40. KStG 1977 § 8 Abs. 3 Satz 2; BGB § 125 Satz 2 *(Erhöhung des Geschäftsführergehalts ohne Einhaltung der im Anstellungsvertrag bestimmten Erfordernisse ist verdeckte Gewinnausschüttung)*

Ist im Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers für Vertragsänderungen die Schriftform und die ausdrückliche Einwilligung der Gesellschafterversammlung vorgesehen, so kann ein konkludenter Gesellschafterbeschluß weder zur Aufhebung des Schriftformerfordernisses noch zur Abgabe der Einwilligung führen. Eine Gehaltserhöhung aufgrund eines solchen konkludenten Beschlusses ist als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren.

Hessisches Finanzgericht, Urteil vom 15.3.1994 – 4 K 1135/91 –

(Leitsatz der Schriftleitung)

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Qualifizierung von Erhöhungen des Geschäftsführergehaltes als verdeckte Gewinnausschüttung.

Die Klägerin, eine GmbH, betreibt ein Unternehmen, das den Handel und die Produktion von Waren aller Art im Bereich des Freizeit- und Snackmarktes zum Gegenstand hat. Mehrheitsgesellschafter mit einem Gesellschaftsanteil von 75% am Stammkapital und alleiniger Geschäftsführer war in den Streitjahren X. Die verbleibenden Gesellschaftsanteile von 25% wurden von seiner Ehefrau Y gehalten. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Angaben über die Befreiung von

den Beschränkungen des § 181 BGB. Nach dem Anstellungsvertrag erhält X u.a. ein monatliches Gehalt von ... DM. In § 9 des Vertrages ist für Vertragsänderungen die Schriftform sowie die ausdrückliche Einwilligung der Gesellschafterversammlung vorgesehen.

Im Rahmen einer Außenprüfung stellte der Betriebsprüfer fest, daß die Klägerin 1987 ein um ... DM und 1988 ein um weitere ... DM erhöhtes Geschäftsführergehalt an X gezahlt und als Betriebsausgabe gewinnmindernd berücksichtigt hatte. Über die Erhöhung des Geschäftsführergehalts war weder eine schriftliche Vereinbarung noch ein ausdrücklicher mündlicher Gesellschafterbeschluß getroffen worden. Die erhöhten Geschäftsführergehälter waren an X laufend ausgezahlt und die darauf entfallende Lohnsteuer sowie die Sozialabgaben abgeführt worden. Einige Auszahlungsquittungen enthalten die Unterschrift von Y, die im Betrieb mitarbeitete.

Das Finanzamt qualifizierte die erhöhten Lohnzahlungen als verdeckte Gewinnausschüttung (vGa), da es diesbezüglich an einer klaren eindeutigen im voraus getroffenen zivilrechtlich wirksamen Vereinbarung über die Lohnerhöhungen fehle.

Aus den Gründen:

In Höhe der erhöhten Gehaltszahlungen an den beherrschenden Gesellschaftergeschäftsführer X hat das Finanzamt zutreffend eine verdecke Gewinnausschüttung angenommen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 Körperschaftsteuergesetz (KStG) ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (vgl. BFHE 156, 428, BStBl II 1989, 631). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der Bundesfinanzhof eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei der Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte. Ist der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender Gesellschafter, kann die Vermögensminderung auch in einem Entgelt bestehen, das die Gesellschaft an den Gesellschafter zahlt, bzw. zu zahlen hat, obwohl es hierfür an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehlt (vgl. BFH, BFHE 157, 168, BStBl II 1989, 800). Die getroffene Vereinbarung muß darüberhinaus zivilrechtlich wirksam sein (BFH BStBl II 1977, 15). Daran fehlt es im Streitfall. Ob das Verhalten der Eheleute XY als konkludenter Gesellschafterbeschluß zu würdigen ist oder bloß die Hinnahme der vom geschäftsführenden Gesellschafter X in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer verfügten Gehaltserhöhung durch Y bedeutet, kann dahinstehen; denn auch eine durch konkludenten Gesellschafterbeschluß vereinbarte Gehaltserhöhung wäre mangels Einhaltung der im Anstellungsvertrag vorgesehenen Erfordernisse (Schriftform, ausdrücklicher Gesellschafterbeschluß) unwirksam.

Zwar hat die Klägerin zutreffend darauf hingewiesen, daß eine von den Vertragsparteien vereinbarte Schriftformklausel grundsätzlich jederzeit ohne Einhaltung einer bestimmten Form aufgehoben werden kann, da eine im Gesetz nicht vorgeschriebene Schriftform nur solange Bestand hat, wie die Vertragsparteien nicht einen anderen Willen haben erkennen lassen (BFH BStBl II 1990, 645, 646). Die bloße Nichtbeachtung des § 9 des Anstellungsvertrages läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß der erste Teil dieser Regelung nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien außer Kraft gesetzt werden sollte. Im übrigen ist zu beachten, daß eine formlose Änderung des Vertrages dann nicht möglich ist, wenn der Vertrag für die Aufhebung der Schriftformklausel ein weiteres Formerfordernis setzt (vgl. BFH BStBl II 1991, 933, 934). Soweit sich die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit selbst binden, indem sie zur Erreichung eines ihnen wichtig erscheinenden Zwecks für Vertragsänderungen eine bestimmte Formabrede treffen und für deren Änderung nochmals ausdrücklich eine Form bestimmen, sind sie an diese Formabrede auch gebunden. Der vereinbarte Formzwang wäre letztlich wertlos, der mit der Formabrede verfehlte Zweck regelmäßig verfehlt, wenn schon das übereinstimmende Wollen der formfreien Vertragsänderung die Aufhebung einer solchen Formabsprache ermöglichen würde (vgl. MünchKomm/BGB-*Förschler*, 2. Aufl., § 125 Rdnr. 7 m.w.N.).

Im Streitfall haben die Vertragsparteien für die Änderung des Anstellungsvertrages neben der Schriftformklausel als zusätzliches Erfordernis einen ausdrücklichen Gesellschafterbeschluß vereinbart. Ein bloß konkludenter Gesellschafterbeschluß durch schlüssige Handlung erfüllt nicht die von den Vertragspartnern gesetzten Formerfordernisse. Da die Schriftformklausel und das Erfordernis eines ausdrücklichen Gesellschafterbeschlusses Teil des Anstellungsvertrages sind, erfordert auch ihre Änderung zumindest eine ausdrückliche Einwilligung der Gesellschafterversammlung. Dieses Erfordernis kann nicht durch konkludente Vereinbarung abgedungen werden. Eine konkludente Zustimmung wäre gem. § 125 Satz 2 BGB nichtig, da sie der vertraglich bestimmten Form ermangelt. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann sich das Finanzamt zur Beurteilung der steuerrechtlichen Wirksamkeit der Vereinbarung auf § 125 Satz 2 BGB berufen, da die Rechtslage aus der Situation eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu beurteilen ist, der fiktiv an die Stelle der Klägerin als Vertragspartner von X im Anstellungsvertrag tritt.

Öffentliches Recht

41. Art. 34 BayNatSchG, Art. 14 GG, Art. 141 BV, §§ 1 und 2 BNatSchG, Art. 45 Abs. 1 Nrn. 2 und 3, Abs. 2 BayVwVfG *(Zu den Voraussetzungen der Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem Bayerischen Naturschutzgesetz)*

1. **Die behördliche Erklärung, das Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG auszuüben, ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt.**
2. **Das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht ist als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verfassungsgemäß.**
3. **Für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit der Ausübungserklärung ist der Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalls maßgebend; eine spätere Aufhebung des Kaufvertrags oder eine Adoption hindert die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht.**
4. **Verfahrens- und Formfehler (unterbliebene Anhörung und fehlende Begründung) können bis zum Abschluß des Vorverfahrens durch Nachholung geheilt werden.**

BayVGH, Urteil vom 11.5.1994 – 9 B 93.1514 –, mitgeteilt von *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Notar in Regen

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war mit drei anderen Miterben Eigentümerin eines Grundstücks. Das Grundstück mit einer Fläche von rd. 0,4 ha ist im östlichen Teil mit einem Wohnhaus bebaut, liegt im Landschafts-

schutzgebiet „Ostufer Starnberger See bei Münsing", wird durch einen Uferweg geteilt und grenzt mit der westlichen Teilfläche von rd. 220 m² an den Starnberger See an.

Mit notariellem Vertrag vom 26. Juni 1989 wurde das Grundstück an den Beigeladenen zu 2) verkauft. Der Verkauf wurde dem Landratsamt mitgeteilt; am 14. Juli 1989 ging dort eine Abschrift der Vertragsurkunde ein. Der Beigeladene zu 2) teilte dem Landratsamt am 21. August 1989 mit, der Kaufvertrag sei am 16. August 1989 aufgehoben worden.

Mit Schreiben vom 24. August 1989, den verkaufenden Miterben und dem beurkundenden Notar jeweils zugestellt am 25. August 1989, übte das Landratsamt für den Uferstreifen von rd. 200 m² das Vorkaufsrecht zugunsten der Bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen (Schlösserverwaltung) aus und gab an, diese Erklärung werde auch zur Fristwahrung abgegeben. Die Bezirksfinanzdirektion München hatte zuvor ihr Einverständnis mit der Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt.

Noch im August 1989 gab die Klägerin dem Landratsamt bekannt, sie sei nunmehr alleinige Besitzerin des Grundstücks; am 12. September 1989 wurde die Klägerin als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Am 8. November 1989 adoptierte die Klägerin den Beigeladenen zu 2); dieser wurde nunmehr auf eine Auflassung vom selben Tage am 13. November 1989 als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen. Am 23. August 1990 erklärte der Beigeladene zu 2) im Auftrag der Klägerin, deren Schreiben vom 27. August (1989) sei im Zweifel als Widerspruch auszulegen.

Die Regierung von Oberbayern wies den Widerspruch zurück. Die unterlassene Anhörung der Klägerin wie auch die fehlende Begründung der Vorkaufsrechtsausübung könnten nachgeholt werden. Ein Vorkaufsrecht bestehe hier wegen der Lage der Teilfläche am See; seine Ausübung werde nicht durch die Aufhebung des Kaufvertrags und die Adoption des Käufers ausgeschlossen. Mit der Vorkaufsrechtsausübung werde dem Verfassungsauftrag entsprochen, der Allgemeinheit den Zugang zum See freizumachen. Das entspreche auch einem allgemeinen Bedürfnis nach Erholung. Mit der Ausübung zugunsten einer staatlichen Behörde sei hinreichend klar, daß der Freistaat Bayern die Teilfläche am See erwerben sollte.

Die daraufhin erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht München ab. Das Vorkaufsrecht sei rechtzeitig im Einvernehmen mit der Bezirksfinanzdirektion München zugunsten des Beklagten ausgeübt worden. Die materiellen Voraussetzungen dafür lägen hinsichtlich der Teilfläche am See vor. Die Begründung für die Ausübung habe im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden können; verfassungsrechtliche Bedenken bestünden insoweit nicht. Mit dem Aufhebungsvertrag vom 16. August 1989 habe das bereits entstandene Vorkaufsrecht nicht mehr beseitigt werden können. Enteignende Wirkung sei der Vorkaufsrechtsausübung nicht beizumessen. Schließlich hindere die Adoption des Käufers im Widerspruchsverfahren nicht die Wirksamkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts, denn wegen dieses Umstands sei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses maßgeblich.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Aufhebungsbegehren weiter und führt aus: Schon die Voraussetzungen eines Vorkaufsrechts nach Art. 34 BayNatSchG lägen nicht vor, weil der Kaufvertrag noch vor der Ausübungserklärung des Landratsamtes aufgehoben worden sei und die Adoptionserklärung ebenfalls vor diesem Zeitpunkt abgegeben worden sei. Jedenfalls im maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids habe ein Vorkaufsrecht nicht mehr bestanden. Eine Ausübung lediglich zur Fristwahrung und ohne Begründung innerhalb der Zwei-Monats-Frist verletze die Klägerin in Grundrechten. Für sie sei auch nicht erkennbar gewesen, auf welche der in Betracht kommenden Voraussetzungen hier ein Vorkaufsrecht mit der Erklärung des Landratsamtes gestützt werden sollte. Für eine ernstlich beabsichtigte Freihaltung des Zugangs zum See für die Allgemeinheit spreche wenig, denn das Landratsamt habe in vergleichbaren Fällen das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt. Die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. ...

2. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zutreffend als unbegründet abgewiesen. ...

3. Der Senat hatte schon bisher (vgl. Urt. v. 11.8.1989 BayVBl. 1990, 277) keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Gültigkeit der Regelung über das Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG; daran wird in Kenntnis der Kritik von *Numberger* (BayVBl 1991, 278; a. A. *Engelhardt* a. a. O. S. 279) festgehalten:

Auch nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (ausgehend von BVerfGE 58, 300) ist die Regelung in Art. 34 BayNatSchG nicht als Enteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zu beurteilen.

Das durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Eigentum ist in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers gekennzeichnet (BVerfGE 52, 1/30 f.; 78, 58/71; 79, 174/191). Gegenstand und Umfang der Eigentumsgewährleistung ergeben sich jedoch erst aus der Gesamtheit der verfassungsmäßigen Gesetze; welche Befugnisse dem Eigentümer zustehen, wird gleichrangig durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts und öffentlich-rechtliche Gesetze – letztere tragen vor allem den Belangen der Allgemeinheit Rechnung – im einzelnen festgelegt (BVerfGE 58, 300/335 f.).

Im Rahmen des Art. 14 GG hat der Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten, eigentumsrechtlich relevante Vorschriften zu erlassen: Er kann eine rechtliche Ausformung durch eine Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums vornehmen, also Rechte und Pflichten des Eigentümers gemäß Art 14 Abs. 1 Satz 2 GG näher festlegen, oder Eigentumsrechte in Form der Legal- oder Administrativenteignung nach Abs. 3 Satz 2 der Vorschrift entziehen. Bei der Wahrnehmung des Auftrags, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, muß der Gesetzgeber sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch das Sozialstaatsgebot des Art. 14 Abs. 2 GG beachten. Lediglich der elementare Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich darf nicht aufgehoben oder wesentlich geschmälert werden (vgl. BVerfGE 58, 300/338 f.). Eine Enteignung liegt hingegen vor, wenn der staatliche Zugriff auf das Eigentum, auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen abzielt, die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt sind (BVerfGE 79, 174/191 f.).

Aus dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums und den in Art. 14 GG weiter vorgesehenen Regelungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber ergibt sich, daß das Vorkaufsrecht gemäß Art. 34 BayNatSchG in zulässiger Weise Inhalt und Schranken des Grundstückseigentums bestimmt:

Das mit dem Inkrafttreten des Bayerischen Naturschutzgesetzes eingeführte und heute i.d.F.d. Bekanntmachung vom 10. Oktober 1982 (BayRS 791-1-U) geltende Vorkaufsrecht zugunsten von Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts und gemeinnützigen Vereinigungen (Art. 34 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BayNatSchG) berührt nicht die grundrechtlich garantierte grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers, die auch die Freiheit umfaßt, Eigentum veräußern zu dürfen (vgl. BVerfGE 52, 1/31). Der Eigentümer bleibt nämlich auch in dem Sinne uneingeschränkt veräußerungsbefugt, als er mit dem Käufer den Vertrag einschließlich des Kaufpreises frei vereinbaren kann, denn mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den vereinbarten Modalitäten zustande (Art. 34 Abs. 7 BayNatSchG, § 505 Abs. 2 BGB). Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers ist also nur insoweit berührt, als diesem – abgesehen von nahen Angehörigen gemäß Art. 34

Abs. 8 BayNatSchG – die Möglichkeit genommen ist, mit dem Käufer abschließend zu vereinbaren, daß dieser Grundstückserwerber sein soll. Die Bedeutung dieser Einschränkung ist auch unter dem Aspekt geringfügig, als der veräußernde Eigentümer ohnehin keinen Einfluß auf eine Weiterveräußerung hat, sofern nicht der Erwerber zu besonderen Zugeständnissen bereit ist.

Diese Einschränkung der Verfügungsbefugnis bedeutet keine Aufhebung des elementaren Bestands und auch keine wesentliche Schmälerung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums, denn der Kern der Eigentümerbefugnisse, nämlich die freie Veräußerungsbefugnis zu frei vereinbarten Bestimmungen, bleibt erhalten. Auch ein enteignender staatlicher Zugriff auf das Eigentum liegt nicht vor, weil die Vorkaufsrechtsausübung nicht auf die vollständige oder teilweise Entziehung verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen abzielt. Der Eigentumsverlust beruht vielmehr auf dem freien Entschluß des Grundeigentümers zur Veräußerung.

Die Auswirkungen eines Vorkaufsrechts auf den Grundstückskäufer sind eigentumsrechtlich nicht relevant, denn die bloße Erwerbschance ist kein durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistetes Eigentumsrecht und kann deshalb nicht durch eine enteignende Maßnahme entzogen werden (vgl. BVerfGE 68, 193/222; 79, 129/148; BGHZ 32, 225/227 f.). Weil das Vorkaufsrecht auf den nach Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG betroffenen Grundstücken lastet, wird dem Käufer mit dessen Ausübung nicht ein mit dem Abschluß des Kaufvertrages entstandener Übereignungsanspruch entzogen oder je nach Vertragsgestaltung in einen anderen Anspruch umgewandelt. Das gesetzliche Vorkaufsrecht bewirkt vielmehr von vornherein, daß ein Anspruch des Käufers auf Übereignung nur entstehen kann, wenn das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird. Die Erwerbschance des Käufers ist damit schon bei Vertragsabschluß entsprechend der insoweit begrenzten Verfügungsbefugnis des Eigentümers eingeschränkt auf die Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts innerhalb der Zwei-Monats-Frist des Art. 34 Abs. 7 Satz 1 BayNatSchG (vgl. dazu auch VG Regensburg v. 29.9.1992, NuR 1993, 346). Auf eine eigentumsähnliche Position kann sich der Käufer auch nicht wegen einer Anwartschaft durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung oder die Eintragung als Eigentümer im Grundbuch berufen, denn diesem gegenüber hat das gesetzliche Vorkaufsrecht die im Range vorgehende Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung gemäß Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 1098 Abs. 2 BGB.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG dem Eigentümer nicht die Verfügungsbefugnis über sein Grundstück nimmt und ihn auch nicht daran hindert, die Vertragsbedingungen und insbesondere den Kaufpreis frei zu vereinbaren. Weil die gesetzliche Regelung weder das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum berührt noch einen enteignenden Zugriff auf das Eigentum bedeutet oder zuläßt, stellt sich lediglich die Frage, ob Art. 34 BayNatSchG als Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Bedenken ergeben sich insoweit nicht, denn der Landesgesetzgeber hat sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums wie auch das Sozialstaatsgebot beachtet.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß mit der Einführung des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts die geringstmögliche Einschränkung von Eigentümerbefugnissen gewählt worden ist und damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in besonderer Weise Beachtung gefunden hat. Zum einen erlangt das Vorkaufsrecht praktische Bedeutung erst, wenn sich der Eigentümer zur Veräußerung des Grundstücks entschlossen hat, zum anderen ist der Grundstückseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis auch hinsichtlich des Kaufvertragsinhalts nicht eingeschränkt. Insbesondere kann er weiterhin wirksam über sein Eigentum verfügen und frei vereinbaren, zu welchem Preis er das Grundstück veräußert. Im Verhältnis zu diesen fortbestehenden wesentlichen Verfügungsbefugnissen ist die Frage zweitrangig, ob der Eigentümer auch abschließend bestimmen kann, wer Erwerber sein soll. In aller Regel wird sich ein zur Veräußerung entschlossener Grundstückseigentümer ohnehin allein daran orientieren, welcher der am Erwerb Interessierten ihm den höchsten Kaufpreis bietet. Der atypischen Fallgestaltung eines gewichtigen Interesses an der Person des Erwerbers bei einer Veräußerung an nahe Angehörige trägt Art. 34 Abs. 8 BayNatSchG durch einen Ausschluß des Vorkaufsrechts Rechnung.

Der regelmäßig eher marginalen Einschränkung von Eigentümerbefugnissen stehen gewichtige Belange der Allgemeinheit gegenüber: Die Erkenntnis einer zunehmenden Gefährdung der natürlichen Lebensgrundlagen, einer Verarmung der Natur durch das Aussterben heimischer Tier- und Pflanzenarten und einer Beeinträchtigung des Naturhaushalts mit nachteiligen Auswirkungen auf den Genuß der Naturschönheiten und die Erholung in der freien Natur hat sich weitgehend durchgesetzt und in Bayern dazu geführt, entsprechende Staatsziele, Rechte und Pflichten in Art. 141 BV festzulegen, um Schädigungen abzuwenden, zu beheben oder auszugleichen. In ähnlicher Weise wurden die Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege in §§ 1 und 2 BNatSchG verbindlich bestimmt. Diesen Vorgaben des Bundesrechts und der Verfassung des Freistaats Bayern entspricht es, der besonderen Bedeutung von Grundstücken mit oder an oberirdischen Gewässern, in Naturschutzgebieten und Nationalparken und solchen mit Naturdenkmälern und geschützten Landschaftsbestandteilen landesgesetzlich Rechnung zu tragen. Allein auf Grundstücke in derart sensiblen Bereichen erstreckt sich das Vorkaufsrecht nach Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG mit der weiteren Einschränkung nach Absatz 2, daß eine Ausübung des Vorkaufsrechts durch Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege oder das Bedürfnis der Allgemeinheit nach Naturgenuß und Erholung in der freien Natur gerechtfertigt sein muß. Darin kommt in Übereinstimmung mit §§ 1 und 2 BNatSchG und Art. 141 BV zum Ausdruck, daß diesen Grundstücken sowohl für die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege als auch für das Erholungsbedürfnis der Bevölkerung eine Bedeutung zukommen kann, die eine Aktualisierung und Umsetzung der naturschutzrechtlichen Ziele und Grundsätze nahelegt. Die weitere Ausgestaltung des Vorkaufsrechts in Art. 34 BayNatSchG ist hier nur insoweit von Interesse, als unterschiedliche Vorkaufsberechtigte in Betracht kommen und eine Auswahl auch danach möglich ist, welcher Zweck jeweils verfolgt werden soll.

Insgesamt gesehen zeigt sich, daß nach Art. 34 BayNatSchG eine Ausübung des Vorkaufsrechts nur zulässig ist zur Verwirklichung wichtiger Belange zum Wohle der Allgemeinheit, die als Ziele und Grundsätze in höherrangigen Bestimmungen festgelegt sind. Es bedürfte weiterer Erörterung, ob zur Verwirklichung dieser Staatsziele auch enteignende Maßnahmen gesetzlich vorgesehen werden dürfen. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist es aber jedenfalls, entsprechend

der Bedeutung dieser Belange der Allgemeinheit unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Eigentümerbefugnisse durch ein gesetzliches Vorkaufsrecht einzuschränken.

Der Käufer könnte allenfalls in der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen sein, die nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, d. h. aller Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind, gewährleistet ist. Auch insoweit ist den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, denn auch die allgemeine Handlungsfreiheit darf wegen wichtiger Gemeinwohlbelange durch geeignete und erforderliche Maßnahmen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden (vgl. BVerfGE 80, 137/152 ff.).

Ein Vorkaufsrecht ist zur Verwirklichung der in Art. 34 Abs. 2 BayNatSchG festgelegten Zwecke auch erforderlich. Der Grundstückserwerb durch den Käufer ist nämlich in aller Regel gekennzeichnet durch den Beweggrund, das erworbene Grundeigentum privat zu nutzen. Daß diese Nutzung mit den Zielvorstellungen des Natur- und Landschaftsschutzes vielfach nicht übereinstimmt oder sogar kollidiert und eine Verwirklichung der gesetzlich festgelegten Ziele unmöglich macht oder jedenfalls erschwert, liegt auf der Hand. Erst im Vollzug der gesetzlichen Regelung kann sich daher die Frage stellen, ob der Käufer entsprechend den Zielen des § 34 Abs. 2 BayNatSchG zu rechtlich verbindlichen Einschränkungen privater Nutzung bereit ist und es aus diesem Grunde im Einzelfall einer Ausübung des Vorkaufsrechts nicht bedarf.

4. Das Landratsamt hat im vorliegenden Fall zu Recht von dem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht. Den zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts zum Bestehen eines Vorkaufsrechts (Art. 34 Abs. 1 Nr. 1 BayNatSchG), zur rechtzeitigen Ausübung gegenüber der Klägerin als Verpflichteter gemäß Art. 34 Abs. 7 BayNatSchG, § 505 Abs. 1 BGB im Einvernehmen mit der Bezirksfinanzdirektion (Art. 34 Abs. 3 Satz 1 BayNatSchG) ist nichts hinzuzufügen. Der Senat teilt auch die Auffassung, daß die Erklärung des Landratsamtes, das Vorkaufsrecht hinsichtlich der an den See angrenzenden Teilfläche „zugunsten der Bayerischen Verwaltung der staatlichen Schlösser, Gärten und Seen" auszuüben, eindeutig erkennen läßt, daß die Ausübung zugunsten des Freistaats Bayern erfolgt, denn die genannte Staatsbehörde kann keiner der anderen in Art. 34 Abs. 1 BayNatSchG aufgeführten Gebietskörperschaften und keinem kommunalen Zweckverband zugeordnet werden und hat offensichtlich auch keinen Bezug zu Vorkaufsberechtigten nach Absatz 5 der Vorschrift. Nach dem Inhalt der Erklärung vom 24. August 1989 kann daher kein Zweifel an einer Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten des Freistaats Bayern bestehen.

a) In der bisherigen Rechtsprechung des Senats kam es entscheidungserheblich nicht darauf an, ob eine Vorkaufsrechtsausübung auf die Rechtfertigungsgründe des Art. 34 Abs. 2 BayNatSchG nur gestützt werden kann, wenn diese innerhalb der Zwei-Monats-Frist benannt wurden. Dennoch wurde in Senatsentscheidungen (Urt. v. 11.8.1989 BayVBl 1990, 277 und v. 18.12.1992 – 9 B 92.2550) die Meinung vertreten, nur die fristgerecht benannten Gründe könnten bei der gerichtlichen Prüfung einer angefochtenen Ausübungserklärung berücksichtigt werden. An dieser Auffassung hält der Senat nicht fest.

Die verfahrensrechtliche Frage, ob eine Anhörung Beteiligter oder die Begründung eines Verwaltungsakts bis zum Abschluß des Vorverfahrens mit heilender Wirkung nachgeholt werden kann, ist in Art. 28, 39 und 45 BayVwVfG geregelt. Ob es einer gleichsam zwangsläufigen Anhörung im Widerspruchsverfahren zur Heilung einer vor Erlaß des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts – nämlich der Erklärung vom 24. August 1989 – verfahrensfehlerhaft unterbliebenen Anhörung bedurfte, kann im Ergebnis offenbleiben. Der Senat neigt zu der Auffassung, daß das Landratsamt nach den Umständen des Einzelfalles zunächst von einer Anhörung absehen durfte, weil sonst die Einhaltung der Zwei-Monats-Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts in Frage gestellt worden wäre (Art. 28 Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG). Jedenfalls aber wäre der Verfahrensfehler durch die Anhörung der Klägerin im Vorverfahren gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG geheilt. Hingegen wurde die Erklärung des Landratsamtes nicht gemäß Art. 39 BayVwVfG begründet. Insoweit kommt nur eine Nachholung gemäß Art. 45 BayVwVfG in Betracht. Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, eine Ausübung des Vorkaufsrechts sei ohnehin nur wegen des Bedürfnisses der Allgemeinheit nach Naturgenuß und Erholung in der freien Natur in Frage gekommen, vermag der Senat nicht zu folgen. Selbst wenn das aus der Sicht des Landratsamtes und der staatlichen Schlösser- und Seenverwaltung zutreffen sollte, ergibt sich daraus noch nicht die Entbehrlichkeit einer Begründung nach Art. 39 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG; nichts spricht nämlich dafür, daß der Klägerin die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt oder die Gründe für sie auch ohne schriftliche Begründung ohne weiteres erkennbar gewesen wären. Mit der ausführlichen Begründung des Widerspruchsbescheids, der die Tatbestandsvoraussetzungen für die fragliche Teilfläche zutreffend erörtert, den Rechtfertigungsgrund der Vorkaufsrechtsausübung benennt und grundstücksbezogen weiter erläutert und auch die für die Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte erkennen läßt, ist der Fehler aber gemäß Art. 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BayVwVfG geheilt.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die gesetzlich vorgesehene Heilung von Verfahrens- und Formfehlern bestehen weder generell noch bezüglich der vorliegenden Fallgestaltung. Auszugehen ist zwar davon, daß der Beachtung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrens verfassungsrechtliche Relevanz etwa unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips und der Achtung der Menschenrechte zukommen kann; insbesondere wäre es unzulässig, den Menschen zu einem Objekt staatlichen Handelns herabzuwürdigen. Soweit ersichtlich wird aber heute nirgends die Auffassung vertreten, schon die gesetzliche Regelung der Unbeachtlichkeit von Verfahrens- oder Formvorschriften bei rechtzeitiger Nachholung gemäß Art. 45 BayVwVfG oder der wortgleichen bundesgesetzlichen Bestimmung werde den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

Auch spezialgesetzliche Bestimmungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG) stehen einer Anwendung von Art. 45 BayVwVfG nicht entgegen. Die Regelung über Vorkaufsrechte der Gemeinden in § 24 Abs. 3 Satz 2, § 25 Abs. 2 Satz 2 BauGB ist im Zusammenhang mit der Abwendungsmöglichkeit nach § 27 BauGB zu sehen, schon deshalb nicht als sondergesetzliche Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu verstehen und auch nicht übertragbar auf andere gesetzliche Vorkaufsrechte, bei denen – wie hier – eine entsprechende Abwendung der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht eröffnet ist. Allerdings kann – wie bereits erwähnt – eine rechtlich verbindliche, durch Dienstbarkeit gesicherte und auch im Vollzug durchsetzbare Verpflichtung des Käufers, die behördlichen Vorstellungen zur Rechtfertigung der Ausübung des Vorkaufsrechts aus freien Stücken zu verwirklichen, für

die Ermessensausübung bedeutsam sein und im Einzelfall auch bewirken, daß sachgerechte Beweggründe für eine Ausübung des Vorkaufsrechts nicht mehr bestehen. Daraus folgt aber nicht, daß die Kreisverwaltungsbehörde schon bei Abgabe der Ausübungserklärung nach Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG gehalten wäre, den Verwendungszweck nach Abs. 2 der Vorschrift anzugeben. Im übrigen ist die Regelung gemeindlicher Vorkaufsrechte nach §§ 24 ff. BauGB auf eine besondere Interessenlage zugeschnitten. Diese ist dadurch gekennzeichnet, daß einige der die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtfertigenden Verwendungszwecke ohne weiteres auch durch entsprechende privatnützige Vorhaben verwirklicht werden können. Das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht des Art. 34 BayNatSchG ist hingegen weit mehr durch gemeinnützige Rechtfertigungsgründe geprägt, die regelmäßig unvereinbar sind mit einer ausschließlich privaten Grundstücksnutzung.

b) Zutreffend ist das Verwaltungsgericht auch zu dem Ergebnis gelangt, daß weder der Aufhebungsvertrag vom 16. August 1989 noch die Adoption des Beigeladenen zu 2) vom 8. November 1989 die Rechtswirksamkeit der Vorkaufsrechtsausübung in Frage stellen. In der Rechtsprechung hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Frage des maßgebenden Beurteilungszeitpunkts nach dem jeweils anwendbaren materiellen Recht zu beantworten ist (vgl. die Nachweise bei *Kopp*, VwGO, 9. Aufl. 1992, Rdnr. 23 zu § 113). Ob im Falle einer Unergiebigkeit des materiellen Rechts für Anfechtungsklagen tendenziell davon auszugehen ist, daß es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommt (vgl. zum Meinungsstand: *Kopp* a. a. O.), kann hier unerörtert bleiben, denn die gesetzliche Regelung des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts läßt hinreichend deutlich erkennen, daß für die Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit der Ausübung der Zeitpunkt des Entstehens des Vorkaufsrechts mit Abschluß eines wirksamen Kaufvertrags maßgebend ist.

Aus den nach Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG anzuwendenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist zu entnehmen, daß das Gesetz das Entstehen des Rechts zur Ausübung des Vorkaufsrechts allein an das Zustandekommen eines rechtswirksamen Kaufvertrags (Vorkaufsfall) knüpft, für den allerdings auch die für die Wirksamkeit des Vertrags etwa erforderlichen Genehmigungen erteilt sein müssen. Nur bis zu diesem Zeitpunkt können die Vertragsparteien den Vertrag wieder aufheben, weil der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf den Eintritt des Vorkaufsfalles hat. Mit dem Entstehen des Vorkaufsrechts ist dieses Gestaltungsrecht in seinem rechtlichen Fortbestand aber grundsätzlich unabhängig vom rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten (vgl. BGH v. 11.2.1977, NJW 1977, 762 [= DNotZ 1977, 349 = MittBayNot 1977, 58]). § 505 Abs. 2 BGB bestimmt, daß der Vorkauf unter den Modalitäten des mit dem Dritten vereinbarten Kaufs zustandekommt, während § 506 BGB verhindern soll, daß bestimmte Vertragsabreden das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht entstehen lassen oder dem Verpflichteten die Möglichkeit zur Beseitigung des Anspruchs des Vorkaufsberechtigten eröffnen. Weil ein bereits entstandenes Vorkaufsrecht nicht abhängig ist vom Fortbestand des Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten und mit der Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein selbständiger Vertrag zustandekommt, bedurfte es zum Schutz des Vorkaufsberechtigten in § 506 BGB keiner Regelung hinsichtlich eines Rücktrittsvorbehalts für den Dritten oder einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung, denn auf diese Weise kann dem Vorkaufsberechtigten gegenüber ohnehin nichts bewirkt werden. Schon diese Vorschriften zeigen, daß das materielle Recht auf den Eintritt des Vorkaufsfalles abstellt und spätere Änderungen keinen Einfluß auf eine Ausübung des Vorkaufsrechts haben sollen. Bloße Vertragsänderungen mögen bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten vereinbart werden können; das gilt aber nicht für eine bewußte Schlechterstellung des Vorkaufsberechtigten (vgl. BGH v. 11.7.1969, NJW 1969, 1959 m. w. Nachw. [= DNotZ 1970, 105]) oder gar für eine Beseitigung des Vorkaufsanspruchs durch eine Aufhebung des Vertrags (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand: 1.6.1993, RdNr. 35 zu § 24 m. w. Nachw.), die hier gerade wegen der befürchteten Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgte (Schreiben der Klägerin v. 27.8.1989).

Weiter bestätigt wird dieses Ergebnis durch den in § 1098 Abs. 2 BGB vorgesehenen Vormerkungsschutz ab Eintritt des Vorkaufsfalles; auch dadurch wird deutlich, daß spätere Änderungen unmaßgeblich sein sollen und der Vorkaufsberechtigte vor den ihm gegenüber unwirksamen Auswirkungen späterer Verfügungen des Eigentümers geschützt sein soll.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus, daß für die Beurteilung der Zeitpunkt des Zustandekommens des Kaufvertrags am 26. Juli 1989 maßgebend ist, denn eine Genehmigung des Vertrags war auch im Hinblick auf die Grundstücksteilung nicht erforderlich (§ 19 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 BauGB).

Das in § 3 Abs. 3 Satz 2 BauGBMaßnG vorgesehene Rücktrittsrecht des Verkäufers rechtfertigt keine andere Beurteilung, denn es betrifft den besonderen Fall einer Vorkaufsrechtsausübung zum Verkehrswert, wenn der vereinbarte Kaufpreis diesen in erkennbarer Weise deutlich überschreitet. Für diese Situation mag Anlaß bestehen, den Verkäufer bei fehlender Veräußerungsbereitschaft zum Verkehrswert des Grundstücks durch Einräumung eines Rücktrittsrechts zu schützen. Dieses Schutzes bedarf der Verkäufer aber nicht, wenn – wie hier – mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein Vertrag unter den mit dem Dritten vereinbarten Bestimmungen einschließlich des vereinbarten Kaufpreises zustandekommt (Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 505 Abs. 2 BGB). Aus diesem Grunde ist die Sonderregelung für den Fall eines preislimitierten Vorkaufsrechts auf die hier zu prüfende Vorkaufsrechtsausübung schon mangels Rechtsähnlichkeit der geregelten Tatbestände nicht übertragbar.

Wegen der Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Eintritts des Vorkaufsfalles am 26. Juli 1989 können daher Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der Vorkaufsrechtsausübung hier weder durch den Aufhebungsvertrag vom 16. August 1989 noch durch die Adoption des Beigeladenen zu 2) am 8. November 1989 berührt werden. Daß der Adoption keine Rückwirkung auf die Zeit vor der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zukommt, ergibt sich aus § 1767 Abs. 2, § 1752 Abs. 1, §§ 1754 ff. BGB (vgl. BGH v. 8.7.1981, NJW 1981, 2298). In Übereinstimmung mit den anwendbaren zivilrechtlichen Vorschriften deutet im übrigen auch der Wortlaut des Ausschlusses des Vorkaufsrechts bei einer Veräußerung an nahe Angehörige in Art. 34 Abs. 8 BayNatSchG darauf hin, daß es auf eine entsprechende familienrechtliche Bindung im Zeitpunkt der Veräußerung ankommt.

c) Die mit sachgerechten Erwägungen nachträglich begründete Vorkaufsrechtsausübung weist im übrigen keine Ermessensfehler auf, denn es ist nicht feststellbar, daß sich das Landratsamt zu Ungunsten der Klägerin anders verhalten hätte als in vergleichbaren Fällen. Bei (Teil-)Grundstücken in ähnlicher Lage wurde das Vorkaufsrecht jeweils ausgeübt. Ermessensfehler im Sinn von § 114 VwGO ergeben sich auch nicht daraus, daß der im Widerspruchsbescheid genannte Rechtfertigungsgrund erst dann in wünschenswerter Weise verwirklicht werden kann, wenn größere zusammenhängende Seeuferstreifen der Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Es liegt in der Natur der Sache, daß dieses Ziel auf dem Wege der Ausübung von Vorkaufsrechten nur allmählich verwirklicht werden kann. Die ersten Schritte zur Durchführung eines vernünftigen Konzepts sind deshalb aber nicht ermessensfehlerhaft.

1. Genehmigung nach § 3 Satz 2 Währungsgesetz – Änderung der Genehmigungspraxis der Landeszentralbank im Freistaat Bayern – Muster einer genehmigungsfähigen Wertsicherungsklausel

Wie in den Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 20.4. und 9.8.1995 berichtet, hat die Landeszentralbank im Freistaat Bayern ihre Genehmigungspraxis nach § 3 Satz 2 WährungsG geändert. Die Änderung betrifft die Fälle, in denen nur dem Gläubiger einer Geldleistung (etwa einer Geldrente) ein Änderungsanspruch entsprechend § 323 ZPO zusteht oder – sofern beide Vertragsteile die Änderung verlangen können – die Unterschreitung eines bestimmten Mindestbetrages der Geldschuld ausgeschlossen wird (Plafondierung).

Ich hatte die Landeszentralbank in diesem Zusammenhang um währungsrechtliche Beurteilung der im nachstehenden Klauselbeispiel kursiv gedruckten Zusatzabrede gebeten:

„Dauernde Last

Der Erwerber hat an den Veräußerer als ... (*Berechtigungsverhältnis*) als dauernde Last auf Lebenszeit einen monatlichen Betrag in Höhe von ... zu zahlen.

Nach dem Tod eines Berechtigten steht der Betrag dem Überlebenden ungeschmälert zu.

Der Betrag ist jeweils am 3. Kalendertag des Monats im Voraus zu zahlen, erstmals für den Monat ...

Jeder Erwerber haftet als Gesamtschuldner.

Der Erwerber unterwirft sich wegen der dinglichen und der persönlichen Ansprüche aus der Reallast sowie wegen der eingegangenen persönlichen Zahlungsverpflichtung – jeweils in Höhe des genannten Ausgangsbetrages und eventueller Erhöhungen des Ausgangsbetrages aufgrund der vereinbarten Wertsicherungsklausel – der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

Sollte die Unterwerfung hinsichtlich der Erhöhungsbeträge unwirksam sein, ist der Erwerber verpflichtet, sich auf eigene Kosten in notarieller Urkunde wegen künftiger Ansprüche des Veräußerers erneut der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, soweit diese aus Erhöhungen des Ausgangsbetrages aufgrund der vereinbarten Wertsicherungsklausel herrühren. (*Anmerkung der Schriftleitung:* Die Möglichkeit der Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Erhöhungsbetrages entspricht der h.M., ist aber nicht ganz unstreitig (s. etwa *Wolfsteiner*, in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 21 IV 2 a).

Die vereinbarte Zahlungsverpflichtung soll wertbeständig sein. Sie wird deshalb wertgesichert am vom statistischen Bundesamt festgestellten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte auf der Basis 1985 = 100.

Jedesmal, wenn sich der bezeichnete Maßstab gegenüber dem Stande bei Vertragsschluß bzw. bei jeder folgenden Anpassung um mindestens 5% ändert, erhöht oder vermindert sich die Zahlungsverpflichtung im gleichen Umfang wie die Indexänderung. Die Änderung tritt automatisch zum Monatsersten des Monats ein, für den die maßgebliche Indexänderung festgestellt wird. Der neue Betrag ist erstmals für diesen Monat zu zahlen. Differenzbeträge für die Zeit bis zur Indexveröffentlichung sind zwischen den Vertragsteilen unverzüglich nach Veröffentlichung auszugleichen.

Sofern durch eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse der standesgemäße Unterhalt des Veräußerers nicht mehr gewährleistet ist, kann der Veräußerer eine Erhöhung der dauernden Last in entsprechender Anwendung des § 323 ZPO verlangen. Eine Abänderung kann jedoch nicht aus dem Mehrbedarf abgeleitet werden, der sich infolge dauernder Pflegebedürftigkeit des Veräußerers oder aufgrund der Aufnahme in ein Alters- oder Pflegeheim ergibt. Für eine etwa weitergehende Zahlungspflicht gelten ausschließlich die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere § 1601 BGB. Sofern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Veräußerers wesentlich verbessern, sodaß der standesgemäße Unterhalt ganz oder teilweise durch andere als die gegenwärtigen Einkünfte gedeckt ist, kann der Erwerber in entsprechender Anwendung des § 323 ZPO eine Herabsetzung der dauernden Last verlangen. Im übrigen gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend.

Nach Hinweis auf § 3 Währungsgesetz beauftragen die Beteiligten den Notar, die Genehmigung oder ein Negativattest einzuholen und für sie entgegenzunehmen.

Für diese Zahlungsverpflichtung in der vereinbarten wertgesicherten Form – jedoch ohne die Anpassungsmöglichkeit analog § 323 ZPO – bestellt der Erwerber zugunsten des Veräußerers eine

Reallast

im bezeichneten Berechtigungsverhältnis am Vertragsobjekt. Ihre Eintragung im Grundbuch wird bewilligt und beantragt mit der Maßgabe, daß zur Löschung der Todesnachweis des Berechtigten genügen soll."

Mit Schreiben vom 7.6.1995 (AZ. Tgb.Nr. R 3714/95 He/hr) hat die Landeszentralbank mitgeteilt, daß sie die Kombination einer genehmigungspflichtigen und -fähigen Klausel mit einem derartigen Leistungsvorbehalt *währungsrechtlich* für *unbedenklich* halte und eine Genehmigung nach § 3 Satz 2 WährungsG in Aussicht stellen könne, sofern im übrigen die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt seien.

Die vorstehende Klausel hat gegenüber der Vereinbarung einer Mindestleistung in steuerlicher Hinsicht weiter den Vorteil, daß die Gefahr einer Aufteilung in Leibrente (= Mindestleistung) und dauernde Last (= Schwankungsbetrag) nicht besteht (vgl. dazu BFH BStBl. 1980 II, 501, 575; *Spiegelberger* KÖSDI 1985, 5848; *Wegmann*, Grundstücksüberlassung, Rdnr. 279 f., 284).

Notarassessor *Stephan-Klaus Schiller*, München

2. Mitteilung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen – Führung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen

Kursorische Zusammenstellung von Fragen, die an das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen im Zusammenhang mit Registerverfahren herangetragen werden

Im Zusammenhang mit Registerverfahren obliegt dem Bundesaufsichtsamt im wesentlichen zum einen die Aufgabe, den Bezeichnungsschutz in bezug auf die Begriffe zu gewährleisten, deren Verwendung durch das Gesetz über das Kreditwesen (§§ 39 bis 41 KWG) oder durch andere bankrechtliche Vorschriften (z.B. § 7 KAGG, § 16 Bausparkassengesetz, § 5 a Hypothekenbankgesetz u.a.) bestimmten Unternehmen (in der Regel Kreditinstituten) vorbehalten ist. Das Bundesaufsichtsamt entscheidet dabei in Zweifelsfällen, ob ein Unternehmen zur Führung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen befugt ist (§ 42 KWG). Bei der Verwendung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen in der Firma kann das Bundesaufsichtsamt darüber hinaus in Verfahren des Registergerichts Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (§ 43 Abs. 3 KWG).

Zum anderen hat das Bundesaufsichtsamt zu beurteilen, ob eine bestimmte Geschäftstätigkeit eines Unternehmens einer Erlaubnis nach § 32 KWG bedarf, um insoweit zu klären, ob gem. § 43 Abs. 1 KWG ein Erlaubnisnachweis als Eintragungsvoraussetzung erforderlich ist.

1. Verwendung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen durch nicht-privilegierte Unternehmen

Bei Fragen, die die Verwendung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen betreffen, hat sich gezeigt, daß insoweit Probleme überwiegend durch Begriffe aufgeworfen werden, die durch § 7 Abs. 1 KAGG geschützt sind. Die folgende Darstellung der Verwaltungspraxis beschränkt sich daher auf die durch diese Vorschrift geschützten Bezeichnungen.

a) *Bezeichnungsschutzrechtlich zulässige Verwendung*

Die Verwendung der nach § 7 Abs. 1 KAGG geschützten Bezeichnungen ist für nicht-privilegierte Unternehmen nur zulässig, wenn diese in einem Zusammenhang geführt werden, der den Anschein *positiv* ausschließt, daß der Inhalt des Geschäftsbetriebes auf die Anlage von Geldvermögen gerichtet ist (§ 7 Abs. 3 KAGG). Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 KAGG halte ich in der Regel für gegeben, wenn die jeweilige geschützte Bezeichnung *unmittelbar* mit klarstellenden Zusätzen wie z.B. „Beratung" oder „Vermittlung" verbunden ist. Dabei soll die geschützte Bezeichnung und der klarstellende Zusatz drucktechnisch in gleicher Weise gestaltet sein.

Beispiele:

Gesellschaft für Vermittlung von Kapitalanlagen, Kapitalanlagenberatung, Investorenvermittlung, Vermittlungsgesellschaft für Kapitalanlagen ...

b) *Möglicher Verstoß bezeichnungsschutzrechtlich unbedenklicher Verwendung bankrechtlich geschützter Bezeichnungen gegen allgemeine firmen- oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften*

Nach § 7 Abs. 3 KAGG zulässige Formulierungen wie „Vermittlung von Kapitalanlagen" oder „Investberatung" können täuschungsgeeignet sein und insoweit gegen allgemeine firmen- oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen, wenn sich die „Vermittlung" bzw. „Beratung" auf andere Geldanlagen als diejenigen bezieht, die Unternehmen im Sinne von § 7 Abs. 1 KAGG anbieten. Die Beurteilung der Frage, ob eine nach § 7 Abs. 3 KAGG zulässige Formulierung täuschungsgeeignet und daher aufgrund allgemeiner firmen- oder wettbewerbsrechtlicher Vorschriften unzulässig ist, obliegt jedoch den Registergerichten, die insoweit in der Regel auch eine Stellungnahme der jeweiligen Industrie- und Handelskammern erbitten werden. Das Bundesaufsichtsamt kann zu dieser Frage des allgemeinen Firmen- bzw. Wettbewerbsrechts keine verbindliche Stellungnahme abgeben. Es wäre aber wünschenswert, wenn die Industrie- und Handelskammern bei Unternehmen, die geschützte Bezeichnungen nicht gem. § 7 Abs. 1 KAGG verwenden dürfen, generell darauf hinwirken würden, statt geschützter Bezeichnungen nicht geschützte Begriffe zu verwenden. So kann z.B. der Begriff „Kapitalanlage" durch „Vermögensanlage" oder „Geldanlage" ersetzt werden. Ebenso halte ich die Verwendung des Begriffes „Investition" statt „Invest" oder „Investment" bezeichnungsschutzrechtlich für unbedenklich.

c) *Bezeichnungsschutzrechtlich unzulässige Verwendung*

Wie sich gezeigt hat, bestehen zwischen den Industrie- und Handelskammern mit den ihnen angeschlossenen Unternehmen und dem Bundesaufsichtsamt zuweilen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob durch die Verbindung geschützter Bezeichnungen mit anderen Begriffen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 KAGG erfüllt werden. Im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung sieht das Bundesaufsichtsamt § 7 Abs. 3 KAGG als Ausnahmeregelung an, die nur anwendbar ist, wenn der Anschein positiv ausgeschlossen wird, daß der Inhalt des Geschäftsbetriebes auf die Anlage von Geldvermögen gerichtet ist. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 KAGG halte ich in folgenden Beispielfällen regelmäßig für *nicht* gegeben:

- Geschützter Begriff und Zusätze wie

  Handel; Vertrieb; Consulting/Consultant; Verwaltung
- Wortverbindungen wie Kapitalanlage-Institut; Bauinvest; Grundinvest
- Formulierungen wie Vertrieb von/Handel mit/An- und Verkauf von/Verwaltung von/Betreuung von Kapitalanlagen, Investments, Investmentanteilen

2. Verwendung bankrechtlich nicht geschützter Bezeichnungen

In einer Vielzahl von Fällen, die Registerverfahren betreffen, wird das Bundesaufsichtsamt um Stellungnahme zu Firmierungen/Unternehmensgegenständen gebeten, in denen bankrechtlich nicht geschützte Begriffe mit bankrechtlichem Bezug verwendet werden. Wenn die Unternehmen, die diese Begriffe verwenden, keine Bankgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG betreiben, kann das Bundesaufsichtsamt die anfragenden Industrie- und Handelskammern/Registergerichte insoweit nur darauf hinweisen zu prüfen, ob die Verwendung der Begriffe täuschungsgeeignet ist. Die Gefahr der Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise besteht in der Regel bei folgenden Begriffen, da der Eindruck nicht ausgeschlossen ist, daß Bankgeschäfte – insbesondere das Kreditgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG – betrieben werden:

- Finanz (allein oder in Wortverbindungen wie z.B.: -dienstleistungen, -service, -dienst, -systeme, -management, -betreuung, -marketing, in englischer Schreibweise wie Finance, Financial ...)
- Kredit (allein oder in Wortverbindungen wie z.B.: -beschaffung, -service, -betreuung...), auch in englischer/französischer Schreibweise Credit/Crédit
- Finanzierung (allein oder in Wortverbindungen wie z.B.: -beschaffung, -service, -betreuung ...)

Es wäre wünschenswert, wenn die Industrie- und Handelskammern auch insoweit bei den jeweiligen Unternehmen darauf hinwirken würden, durch Zusätze wie z.B. „Vermittlung" oder „Beratung" den Eindruck des Betreibens von Bankgeschäften zu vermeiden.

3. Beurteilung von Firmierungen/Unternehmensgegenständen im Hinblick auf das erlaubnispflichtige Betreiben von Bankgeschäften

Neben Formulierungen, die das Betreiben von Bankgeschäften bezeichnen (z.B. „Gewährung von Gelddarlehen" oder „Übernahme von Garantien für andere"), gibt es bestimmte Begriffe/Formulierungen, die eine Geschäftstätigkeit bezeichnen, bei der ein Betreiben von Bankgeschäften im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG möglich ist. Hierzu zählen insbesondere folgende Begriffe/Formulierungen:

- Vertrieb von/Handel mit/An- und Verkauf von/Verwaltung von/Betreuung von Vermögens-(Geld-, Kapital-)anlagen, Beteiligungen, Vermögen(swerten), Immobilienfonds
- Vermögensverwaltung
- treuhänderische Verwaltung von ...
- Durchführung/Vertrieb von Finanzierungen
- Vornahme/Übernahme/Ausführung/Durchführung von Options-, Börsengeschäften, Treuhandtätigkeiten, -anlagen
- (Erbringung von) Finanzdienstleistungen, Durchführung von Finanz-Service ...

Soll das Bundesaufsichtsamt zu der Frage Stellung nehmen, ob die Unternehmen, die Begriffe/Formulierungen der oben bezeichneten Art verwenden, Bankgeschäfte betreiben, kann dies nur nach Kenntnis der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen Geschäfte erfolgen.

Ergibt die Prüfung des Bundesaufsichtsamtes, daß ein Betreiben von Bankgeschäften im Zusammenhang mit den genannten Begriffen/Formulierungen nicht festgestellt werden kann, sollten die Unternehmen von den Industrie- und Handelskammem bzw. Registergerichten zur Vermeidung einer Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise veranlaßt werden, den Unternehmensgegenstand so zu formulieren, daß der Eindruck einer bankgeschäftlichen Tätigkeit nicht entsteht bzw. beseitigt wird. Dabei genügt es m.E. jedoch nicht, den Unternehmensgegenstand um Zusätze wie „Ausgenommen sind erlaubnispflichtige Bankgeschäfte nach dem Kreditwesengesetz" o.ä. zu ergänzen. Denn in der Praxis des Bundesaufsichtsamtes hat sich gezeigt, daß die rechtliche Beurteilung, ob eine bestimmte Geschäftsausgestaltung das Betreiben von Bankgeschäften darstellt, im Einzelfall schwierig sein kann und von den beteiligten Verkehrskreisen durchaus nicht immer zutreffend vorgenommen wird. Der Gegenstand des jeweiligen Unternehmens sollte deshalb – soweit die oben genannten Begriffe/Formulierungen in Rede stehen –, unmißverständlich und ganz konkret beschrieben werden.

So sollte bei Geschäftstätigkeiten wie „Vermögensverwaltung" oder ‚treuhänderische Verwaltung" stets angegeben sein, auf welche Gegenstände sich die Verwaltung bezieht (Grundstücke, Geld, Wertpapiere etc.), ob die Verwaltung eigenes oder fremdes Vermögen betrifft und ob die Verwaltung im eigenen oder im fremden Namen erfolgt. Nur bei entsprechender Ausgestaltung des Unternehmensgegenstandes ergibt sich eindeutig, daß mit einer „Vermögensverwaltung" oder „Treuhandverwaltung" nicht z.B. das Betreiben des Depotgeschäfts im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 KWG (Verwahrung und Verwaltung von *Wertpapieren* im *eigenen Namen* für *fremde Rechnung*) beabsichtigt ist.

Da insbesondere bei Firmierungen wie „ ...Vermögensverwaltung GmbH" oder „ ...Treuhand GmbH" eine Klarstellung der Geschäftstätigkeit durch Firmenzusätze in der Regel nicht möglich ist, sollte durch eine eindeutige Formulierung des Unternehmensgegenstandes der Anschein ausgeschlossen werden, daß der Inhalt des Geschäftsbetriebes das Betreiben von Bankgeschäften umfaßt.

4. Unternehmensgegenstand von Vermittlungsunternehmen

Eine Vielzahl von Unternehmen hat als Unternehmensgegenstand die Formulierung „Vermittlung von ... (Kapital-, Vermögens-, Geldanlagen, Finanzierungen, Darlehen, Krediten, Beteiligungen, Fondsanteilen etc.)". Hierzu ist festzustellen, daß eine reine Vermittlungstätigkeit *kein* Bankgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 KWG darstellt.

Insbesondere bei Unternehmen, die im Bereich des sog. Grauen Kapitalmarkts tätig sind, umfaßt die „Vermittlungstätigkeit" aber nicht selten Aufgaben, die Bankgeschäfte oder Teilakte von Bankgeschäften darstellen. Ob dies bei einem konkreten Unternehmen der Fall ist, kann zwar allein aufgrund der Formulierung des Unternehmensgegenstandes nicht festgestellt werden, doch um den Unternehmen – sozusagen vorsorglich – bewußt zu machen, auf welche Aufgaben sich eine reine Vermittlungstätigkeit beschränkt, würde ich es begrüßen, wenn die Industrie- und Handelskammem (in Anlehnung an den Wortlaut des § 34 c GewO) in diesen Fällen auf die Formulierung „Vermittlung von Verträgen über ..." dringen würden.

3. Anlagenband zur Grundbuchverfügung und Wohnungsgrundbuchverfügung

In der am 10.2.1995 erschienenen Nummer 6 des Bundesgesetzblatts 1995, Teil I, wurden **Grundbuchverfügung (GBV) und Wohnungsgrundbuchverfügung (WGV)** neu bekannt gemacht. Die zu beiden Verordnungen gehörenden **Anlagen** sind wegen ihres großen Umfangs nicht Teil der genannten Nummer des Bundesgesetzblatts. Sie wurden vielmehr in einem Anlagenband zu dieser Nummer zusammengefaßt. **Dieser Anlagenband muß gesondert beim Verlag angefordert werden** (Bundesanzeiger VerlagsGmbH, Postfach 1320, 53003 Bonn). Mehrkosten sind hiermit nicht verbunden.

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 01.07.1995:

Notar Robert Probst, Rothenburg o. d. Tauber
Notar Helmar Jäger, Garmisch-Partenkirchen

Mit Wirkung vom 01.10.1995:

Notar Winfried Strunk, Kempten

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 27.07.1995:

Ludwigshafen	dem Notarassessor Dr. Erich Daubermann (bisher in Ludwigshafen Notarstelle Heeger)

Mit Wirkung vom 01.08.1995:

Nabburg	dem Notarassessor Dr. Anton Wiedemann (bisher in Regensburg Notarstellen Strobel/Dr. Sauer)
Ochsenfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Grafberger)	dem Notar Dr. Peter Reibenspies (bisher in Aub)
Ochsenfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Reibenspies)	dem Notarassessor Dr. Walter Grafberger (bisher in Schweinfurt Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)
Pfarrkirchen	dem Notarassessor Dr. Norbert Mayer (bisher in München Notarstellen Graf zu Castell/ Singer)

Mit Wirkung vom 15.08.1995:

Neustadt b. Coburg	dem Notarassessor Hubert Frauhammer (bisher in München Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Mit Wirkung vom 01.09.1995:

Rothenburg	dem Notarassessor Dr. Christopher Baumhof (bisher in Augsburg Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhard)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 01.07.1995:

Dr. Roman Forthauser, Mühldorf am Inn (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier)

Dagmar Lorenz-Czarnetzki, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Reithmann/Dr. Adler)

Michael Müller-von Münchow, Bayreuth (Notarstellen Schmidt/Rapp)

Mit Wirkung vom 01.08.1995:

Martin Dörnhöfer, Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Bölsche/Klotz)

Elisabeth Epp, Memmingen (Notarstellen Dr. Herrmann/ Kassner)

Margit Knab, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

Dr. Stephan Seidl, Lichtenfels (Notarstelle Dr. Schmidtlein)

Ulrike Zischka, Schwabach (Notarstellen Rißmann/ Hagg)

Mit Wirkung vom 01.09.1995:

Markus Eberl, Rosenheim (Notarstellen Krause/Schiebel)

Mit Wirkung vom 01.10.1995:

Andrea Jursnik, Mainburg (Notarstelle Dr. Malzer)

4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Anette Köster, Ludwigshafen (Notarstellen Kluge/Draxel-Fischer), wurde mit Wirkung vom 16.02.1995 promoviert

Notarassessor Bernhard Gschoßmann, München (Notarstellen Dr. Lichtenberger/Dr. Bader), wurde mit Wirkung vom 31.07.1995 promoviert

Notarassessor Michael Leitenstorfer, Ebersberg (Notarstellen Zetzl/Dr. Wich) ab 01.05.1995 in München (Notarstellen Dr. Asam/Pölsterl)

Notarassessor Dr. Dirk Steiner, Kulmbach (Notarstellen Dr. Anton/Dr. Eue) ab 01.05.1995 in München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf von Stosch)

Notarassessorin Birgit Stoll, Schwabach (Notarstellen Rißmann/Hagg) ab 01. 06.1995 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Martin Reiß (Landesnotarkammer) ab 06.06.1995 in München (Notarstellen Dr. Steinbauer/ Mittenzwei)

Notarassessor Christian Winkler, Memmingen (Notarstellen Dr. Herrmann/Kassner) ab 01.07.1995 in Neu-Ulm (Notarstelle Prof. Dr. Kanzleiter)

Notarassessor Christoph Gürtler, Neu-Ulm (Notarstelle Prof. Dr. Kanzleiter) ab 01.07.1995 in Augsburg (Notarstellen Engelhardt/Dr. Wust)

Notarassessorin Joanna Zehetmeier, Miesbach (Notarstellen Dr. Fischer/Ulsenheimer) ab 27.07.1995 in München (Notarstellen Zöller/Dr. Reinl)

Notarassessor Dr. Albert Streber, München (Notarstellen Zöller/Dr. Reinl) ab 31.07.1995 in München (Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)

Notarassessor Hendrik Zuber, Coburg (Notarstellen Dannecke/Dr. Heil) ab 01.08.1995 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Notarassessor Christian Hantke, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger) ab 01.08.1995 in Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Strobel)