

Mitteilungen

des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

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

Heft 6

MittBayNot

November/Dezember 1985

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

Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums*

Von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Gliederung

- A. Das Eigentum des BGB
- B. Eigentum im WEG
 - I. Gegenstand des Sondereigentums
 - II. Inhalt des Sondereigentums
 - III. Zur Gestaltung der Urkunde
 - IV. Veräußerungen und Veränderungen
 - a) Veränderungen im Gegenstand
 - b) Inhaltsänderungen

Schlußbemerkung

A. Das Eigentum des BGB

1. Eigentum ist im Privatrecht das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache. Das Grundgesetz bekennt sich zum Eigentum und verleiht ihm Grundrechtscharakter. Es stellt vermögenswerte Güter unter den Schutz der Verfassung. Geschützt sind verfügbare Güter verschiedenster Art vor Entzug. Das bedeutet, daß dem Inhaber eines solchen Gutes die Herrschaft darüber nicht weggenommen werden darf. Er darf das Gut für seine Bedürfnisse gebrauchen. Die Güter, an denen solche Herrschaftsrechte ausgeübt werden können, sind die Gegenstände des Eigentums. Einen Teilbereich davon, nämlich die körperlichen Gegenstände, umfaßt der bürgerlich-rechtliche Eigentumsbegriff des Sachenrechts. Dies sind die Sachen (§ 90 BGB). Sache ist dabei ein juristischer Begriff, kein naturwissenschaftlicher. Im Sachenrecht regelt das Gesetz Herrschaftsrechte an bestimmten Dingen, die in der Natur vorkommen und für die ein spezielles Bedürfnis besteht, ihre Zuordnung zu bestimmten Personen rechtlich auszugestalten. Die Sache im Rechtssinn entsteht erst, indem sie einer rechtlichen Regelung zugeführt, in die Rechtsordnung eingefügt wird. Die Notwendigkeit des Rechtsverkehrs und der rechtlichen Zuordnung bestimmen, was dabei als Sache gilt. Bei der Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wird dies evident. Ist die bewegliche Sache als natürliches im Raum abgrenzbares Ding noch gut zu begreifen, so wird es beim Grundstück schon schwieriger. Hier ist

die Abgrenzung eines natürlichen Bodenteils, also die Grenzziehung, zwingend notwendig, um diesen zu einer Sache zu machen, d. h. zu einem körperlichen Gegenstand, an dem ein Herrschaftsrecht, also Eigentum, ermöglicht werden kann.

2. In einer sinnvollen Rechtsordnung muß allerdings eine vernünftige und rechtlicher Logik zugängliche Systematik herrschen. Sie ist im BGB sehr stark ausgeprägt. Andererseits gibt es immer Randbereiche, wo die Begriffsbildung unzulänglich wird, ohne daß das Erfordernis der rechtlichen Regelung entfällt. Ist das Eigentum ein Herrschaftsrecht, dann kann man davon weder die Luft im Hause noch die im Garten davon ausnehmen. Luft ist aber nie ein „körperlicher Gegenstand“. In § 905 BGB wird Luft aber dem Grundeigentum zugerechnet, obwohl sie keine Sache nach § 90 BGB ist. Sie — genauer der Luftraum — wird aber zum Gegenstand eines Herrschaftsrechtes gemacht¹, da die sachliche Abgrenzbarkeit gegeben ist. Das ist die Freiheit des Gesetzgebers. Einen weiteren Schritt ist das WEG gegangen, indem es Eigentum an einem Raum, der ja auch etwas Ungegenständliches hat, geschaffen hat: Eigentum als Herrschaftsrecht, als Sachherrschaft².

3. Es ist Sache des Gesetzgebers, die Gegenstände zu bestimmen, an denen er die Herrschaft zuläßt. Für dingliche Dispositionsfreiheit ist hier kein Raum. Werden mehrere Gegenstände verbunden, verschmolzen oder sonst wie vereinigt, dann ist zu regeln, wem die Sachherrschaft gebührt. Das ist die Funktion der §§ 92 ff. BGB. Die Sachherrschaft soll eindeutig und klar und Dritten gegenüber deutlich erkennbar sein. Das bedeutet einheitliches Eigentum an einheitlichen Gegenständen. Das Herrschaftsrecht, das Verfü-

* Der Beitrag ist ebenfalls erschienen in »Aktuelle Probleme im Wohnungseigentumsrecht«, Festschrift für Johannes Bärmann und Hermann Weitnauer, herausgegeben von Hanss Seuß, 1985, Hammonia-Verlag GmbH, Hamburg.

¹ Eрман/Hagen § 905 BGB Rdnr. 1.

² MünchKomm/Röll, vor § 1 WEG Rdnr. 12; Hurst, DNotZ 1968, 140.

gungsrecht darf nicht geteilt werden, wenn die Ausübung dieses Rechtes zur Zerstörung des Gesamtgegenstandes führen müßte (vgl. §§ 93, 94 BGB). Durch solche wirtschaftlich sinnvolle Konstruktionen wird das sachenrechtliche Eigentum erst für den Rechtsverkehr brauchbar. Aus diesem Bedürfnis bestimmt das Gesetz die Gegenstände des Eigentums. Diese teleologische Betrachtungsweise führt dann auch zum richtigen Verständnis des Eigentumsgegenstandes im WEG.

4. Eigentum als Herrschaftsrecht geht von der Sache aus, an der das Eigentum besteht. Die Herrschaft selbst kann jedoch nur eine Person ausüben. Eigentum ist ohne Eigentümer nicht denkbar. Zum dinglichen Element, der Sache, tritt zwingend das personale, der Eigentümer, dem die Herrschaftsfunktion zugeordnet ist. Ihm gebühren die Herrschaftsrechte. Ihre nähere Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber. Die Summe der Befugnisse, die dem Eigentümer gewährt sind, nennt man den Inhalt des Eigentums. Diese Summe beinhaltet natürlich per saldo auch die Einschränkungen. Der umfassende Herrschaftsbereich ist in § 903 BGB ausgedrückt: nach Belieben mit der Sache verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Ersteres umfaßt den Gebrauch, die Verfügung, die Veränderung bis zur Zerstörung der Sache. Letzteres gewährt Abwehrrechte und Schutzrechte³. Dieser weitgespannte Inhalt des Eigentums ist allerdings eingebettet in ein System vielfältiger privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Einschränkungen. Im Kern ist dieser Inhalt jedoch unantastbar. Der so gesetzlich ausgeprägte Inhalt des Eigentums ist in dinglicher Hinsicht, also an die Sache angebunden, zwingend und unterliegt nicht der Dispositionsfreiheit, der Willkür des Eigentümers. Nur durch schuldrechtliche Akte kann der Eigentümer seine Rechte mindern. Gegenüber Rechtsnachfolgern der Sache gilt dies dann nicht mehr. Das Recht aus der Sache ist stärker, ein Wesensmerkmal der Dinglichkeit.

5. Die Vorschriften des BGB über den Inhalt des Eigentums sind in ihrem Wesen auf den Alleineigentümer abgestellt. Er grenzt sein Eigentum gegenüber Dritten ab. Seine Rechte werden jedoch modifiziert, wenn er das Eigentum mit anderen teilen muß (Gesamthand, Miteigentum nach Bruchteilen). Beim gemeinschaftlichen Eigentum wird für jeden das Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, zu Gunsten der anderen Teilhaber eingeschränkt (vgl. auch § 1011 BGB). Das Abwehrrecht des § 903 BGB kann dem Miteigentümer gegenüber so nicht mehr ausgeübt werden. Im Verhältnis der mehreren Eigentümer zueinander tritt ein neuer Inhalt des Eigentums hinzu. Beim Bruchteilseigentum ist er in §§ 741 ff. BGB niedergelegt. Diese Bestimmungen über die Gemeinschaft sind zwar ins Schuldrecht eingefügt. Sie sind unter den vereinbarenden Miteigentümern bindend, jedoch nur rein schuldrechtlich. Eine Bindung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern tritt nicht ein. Sie sind aber automatisch für das Verhältnis der Miteigentümer untereinander anwendbar und damit Inhalt des Eigentums. Bei Grundstücken gilt aber eine Besonderheit. Über § 1010 BGB können auch Rechtsnachfolger im Miteigentum gebunden werden. Das Gesetz ist dabei aber nicht den echten Weg der dinglichen Inhaltsänderung gegangen, sondern hat diese Vereinbarungen in das System der Grundstücksbelastungen eingefügt. Es ist eine Belastung besonderer Art, die an Miteigentumsanteilen zu Gunsten anderer Miteigentümer einzutragen ist. Diese Belastung nimmt im Gegensatz zum reinen Inhalt des Eigentums am Rang teil. Der Sache nach handelt es sich um eine Inhaltsänderung, der Form nach um eine Belastung.

³ dazu MünchKomm/Säcker, § 903 BGB Rdnr. 3 ff.

6. Die Methode der Belastung, die das BGB gewählt hat, tritt überall an die Stelle einer an sich auch denkbaren Inhaltsänderung des Eigentums, wenn der Eigentümer auf bestimmte Rechte zu Gunsten Dritter verzichtet. Dieses System ist in hoher Vollkommenheit im BGB ausgeprägt. Da hierdurch aber tatsächlich Herrschaftssphären aufgeteilt werden, kommt logisch eigentlich eine Inhaltsänderung des Eigentums heraus. Die Problematik dieses sachenrechtlichen Belastungssystems ist bei § 1010 BGB evident. Niemand versteht so recht, daß eine Gebrauchs- und Verwaltungsregelung eine Eigentumsbelastung sein soll. Unser heutiges Verständnis ließe durchaus auch eine auf den Inhalt bezogene Eintragung „Die Verwaltung ist geregelt“ zu. Würde sie dann auch in einer Zwangsversteigerung standhalten, könnte man damit auch „Wohnungseigentum“ regeln. Allerdings bleiben dabei noch genügend weitere Probleme offen, so daß die Anbindung an § 1010 BGB keine geeignete Basis für das Wohnungseigentum war⁴.

B. Eigentum im WEG

Die bisher geschilderte Rechtslage hat der Gesetzgeber des WEG vorgefunden. Sie war der Kern eines bewährten dinglichen Rechtssystems. Ohne dieses verlassen zu wollen, mußten Wege gefunden werden, Wohnungseigentum als echtes Eigentum auszugestalten. Mit zwei Schritten ist dies gelungen: der eine im Bereich des Gegenstandes des Eigentums, der andere beim Inhalt.

I. Gegenstand des Sondereigentums

Was den Gegenstand des Eigentums betrifft, so hält das Gesetz an dem Miteigentum der Bruchteilsgemeinschaft fest. Hinzu kommt aber ein zweites Eigentum, das Sondereigentum. Zwischen beiden besteht eine derartige Abhängigkeit, daß es eines ohne das andere nicht geben kann. Gegenstand des Sondereigentums ist ein Raum, bzw. als Wohnung eine abgeschlossene Einheit mehrerer Einzelräume⁵. Nun ist ein Raum keine Sache als körperlicher Gegenstand nach § 90 BGB. Wenn das Gesetz dennoch Eigentum an einem Raum zuläßt, geht es über den Sachbegriff des BGB hinaus, um das gewünschte sachenrechtliche Herrschaftsrecht zu begründen. Die dogmatische Meinungsverschiedenheit, ob der Raum als Sache einzuordnen ist oder ob Anknüpfungspunkt § 905 BGB ist, in dem der Luftraum über dem Grundstück in das Eigentum einbezogen wird, ist hierbei letztlich unerheblich dafür⁶. Das WEG hat eben das Raumeigentum in das Gesetz aufgenommen. Entscheidend ist, daß an dem Raum alle Herrschaftsrechte eines Eigentümers ausgeübt werden können⁷. Sie sind der Kern des Eigentums und damit auch der Kern des Sondereigentums am Raum⁸. Dieses Raumeigentum zieht nach sich dann die Bestandteile des Gebäudes, die ohne Beeinträchtigung des Miteigentums oder anderer Sondereigentümer verändert, beseitigt oder eingefügt werden können (§ 5 Abs. 1 WEG)⁹. Diese Gebäudesubstanztteile folgen kraft Gesetzes dem Eigentum am Raum, den sie umgeben. Sie sind nicht der eigentliche Gegenstand des Sondereigentums, sondern in Analogie zu § 94 BGB Bestandteile des Raumeigentums¹⁰. Es ist Raum-

⁴ Weitnauer, WEG, 6. Aufl., 1982, vor § 1 Rdnr. 23.

⁵ BayObLG, MittBayNot 1982, 29.

⁶ dazu Weitnauer § 5 Rdnr. 2; Bärmann, WEG, 5. Aufl., 1983, § 5 Rdnr. 17; Hurst DNotZ 1968, 131.

⁷ Röll § 1 Rdnr. 8.

⁸ Röll § 5 Rdnr. 1; Weitnauer § 5 Rdnr. 2.

⁹ Röll § 1 Rdnr. 8.

¹⁰ Bärmann § 5 Rdnr. 26.

eigentum denkbar, bei dem es keine echten Bauteile gibt, die dem Sondereigentum zuzurechnen sind, wie z. B. unverputzte Wände¹¹. Dennoch wirkt das Raumeigentum auch gegenständiglich so auf die Innenwand, daß die anderen Miteigentümer von der Nutzung ausgeschlossen sind: Der Sondereigentümer darf aus eigenem Recht Möbel an die Wand stellen und Bilder aufhängen.

Hieran zeigt sich, daß das Sondereigentum primär aus dem Herrschaftsrecht des Eigentümers zu begreifen ist und nicht als Bausubstanz¹². Das macht auch erklärlich, warum die Wohnungseingangstür innen Sondereigentum, außen Gemeinschaftseigentum ist, obwohl die Substanzteile nicht trennbar sind, ohne die Sache zu zerstören. Ähnliches gilt bei den Außenfenstern.

2. Die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum ist gesetzlich festgelegt (§ 5 Abs. 2 WEG). Dabei gilt, daß bei Begründung des Wohnungseigentums der Gegenstand des Sondereigentums ausdrücklich zu nennen ist. Alles andere ist Gemeinschaftseigentum. Als Gegenstand des Sondereigentums kann dabei aber nur ein Raum bestimmt werden. Die Sondereigentumseigenschaft der ihn umgebenden Bauteile ergibt sich dann aus dem Gesetz. Es ist daher müßig, in einer Teilungserklärung diese Bauteile ausdrücklich zu benennen, wie das häufig geschieht¹³. Dies hat grundsätzlich keine rechtliche (dingliche) Wirkung. § 5 Abs. 3 WEG läßt allerdings zu, daß Gegenstände, die Sondereigentum sein können, durch eine Vereinbarung zum gemeinschaftlichen Eigentum geschlagen werden. Dies bedeutet zunächst, daß nicht alle sondereigentumsfähigen Räume auch Sondereigentum sein müssen. Bei größeren Wohnanlagen ist hierfür die Hausmeisterwohnung als Gemeinschaftseigentum typisch. Probleme gibt es aber bei der Anwendung des § 5 Abs. 3 WEG, wenn Bestandteile des Gebäudes, die im Sinne des Abs. 1 dem Sondereigentum zuzurechnen sind, zum Gemeinschaftseigentum erklärt werden. Die Konsequenz, daß dies ausnahmslos zulässig sei, dürfte jedoch zu weit gehen¹⁴. Das würde im Extremfall bedeuten, daß die gesamte Bausubstanz zum Gemeinschaftseigentum erklärt werden könnte. Da Gemeinschaftseigentum bedeutet, daß es in den gemeinschaftlichen Herrschaftsbereich aller Miteigentümer fällt, würde dem Sondereigentümer insoweit das Herrschaftsrecht entzogen. Er dürfte beispielsweise die Tapete in seiner Wohnung nicht allein wechseln, den Teppichboden nicht erneuern, keine Bilder aufhängen, ohne die konkrete Zustimmung der Gemeinschaft einzuholen. Konsequenterweise könnten hierbei sogar bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum in Betracht kommen, für die Einstimmigkeit aller Miteigentümer erforderlich wäre, während die gleiche Maßnahme bei Sondereigentum problemlos wäre.

§ 5 Abs. 3 WEG ist daher restriktiv auszulegen. Nicht sämtliche Bestandteile des Gebäudes können zum Gemeinschaftseigentum erklärt werden. Die den Sondereigentumsraum umgebenden Bauteile sind zwingend Bestandteile des Sondereigentums, soweit die Raumherrschaft nicht ausgeübt werden kann, ohne diese Bauteile einzubeziehen. Der Eigentümergemeinschaft kann kein Herrschaftsrecht an der Tapete zuerkannt werden. Die zu einem Sondereigentums-

raum gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die nach § 5 Abs. 1 WEG ohne Beeinträchtigung der Miteigentümer oder anderer Sondereigentümer verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, dürfen nur dann dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet werden, wenn sich jeweils eine konkrete Rechtfertigung dafür anführen läßt, daß das Gemeinschaftsinteresse höher anzusetzen ist als das Herrschaftsrecht des Sondereigentümers¹⁵. Andernfalls würde der Kern des Sondereigentums berührt. Es würde ausgehöhlt.

3. In der Literatur wird aufgefördert, bei der Abfassung von Teilungserklärungen besondere Sorgfalt auf die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum zu legen¹⁶. Das ist richtig, soweit es die Raumabgrenzung betrifft. Die Folge dieser Ratschläge sind aber oft umfangreiche Beschreibungen von Bauteilen des Sondereigentums. Urkundsmäßig werden sie in der Gemeinschaftsordnung untergebracht, also in der Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Das ist sachlich nicht richtig, weil die Bestimmung des Gegenstandes des Sondereigentums in den dinglichen Teilungsakt gehört¹⁷. Mit dem Verhältnis der Eigentümer untereinander, also dem Inhalt des Sondereigentums, hat diese Gegenstandsbestimmung nichts zu tun¹⁸. Ein Folgefehler liegt dann in der Nichtbeachtung des Umstands, daß ausschließlich das Gesetz bestimmt, welche Bestandteile des Gebäudes Sondereigentum sind. Positiv zu bestimmen sind nur die Räume des Sondereigentums. Das Sondereigentum an den Gebäudebestandteilen folgt über die Definition des § 5 Abs. 1 WEG aus dem Gesetz. Die davon erfaßten Gebäudeteile sind als gesetzliche Bestandteile des Raumeigentums zu werten¹⁹. Für eine Vereinbarung, welche Bauteile Sondereigentum sein sollen, läßt das Gesetz keinen Raum.

Vereinbart werden kann dagegen, daß sondereigentumsfähige Gebäudebestandteile Gemeinschaftseigentum werden (§ 5 Abs. 3 WEG). Für eine solche Regelung bei Gebäudeteilen, die nach § 5 Abs. 1 WEG dem Sondereigentum am Raum zuzuordnen sind, besteht wenig Bedürfnis. Eine solche Vereinbarung muß aber in den dinglichen Teilungsakt, in dem der Gegenstand des Sondereigentums zu erklären ist und damit auch das, was in Abweichung vom Gesetz nicht Sondereigentum werden soll. § 5 Abs. 4 und § 10 Abs. 2 WEG geben hierfür keine Rechtsgrundlage ab. Eine ausdrückliche Vereinbarung, daß einzelne sondereigentumsfähige Räume Gemeinschaftseigentum sein sollen, ist nicht erforderlich. Dies ergibt sich von selbst daraus, daß der Raum nicht zum Sondereigentum erklärt wird²⁰.

4. Soweit nach weithin üblicher Art Gemeinschaftsordnungen Gegenstände des Sondereigentums bestimmen, haben diese Erklärungen keine sachenrechtlich konstitutive Bedeutung. Ihr Sinn liegt darin, dem Sondereigentümer Objekte seiner Unterhaltungspflicht zu nennen. Dann muß dies aber auch da untergebracht werden, wo diese Pflicht geschildert wird, nämlich im Unterhaltsteil der Gemeinschaftsordnung²¹. Will man dagegen nur eine reine Begriffsbestim-

¹¹ Bärmann § 5 Rdnr. 18, 27; Weitnauer § 5 Rdnr. 2; Hurst aaO. S. 142.

¹² Röll § 1 Rdnr. 8; Hurst aaO. S. 141, 142.

¹³ vgl. Bärmann § 5 Rdnr. 62.

¹⁴ Weitnauer empfiehlt in § 5 Rdnr. 13 eine Regelung für Zweifelsfälle.

¹⁵ vgl. Diester, Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums, München 1974, Rdnr. 110; Erman/Ganten § 5 Rdnr. 2.

¹⁶ Diester Rdnr. 109; Bärmann § 5 Rdnr. 12.

¹⁷ Diester Rdnr. 108.

¹⁸ Der Meinung in Bärmann § 5 Rdnr. 70, daß die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum zum Inhalt des Sondereigentums gehöre, kann nicht zugestimmt werden.

¹⁹ vgl. Bärmann § 5 Rdnr. 62.

²⁰ Diester Rdnr. 112.

²¹ dazu Röll § 5 Rdnr. 3.

mung machen, sollte dafür auch die richtige Formulierung gewählt und nicht ausgedrückt werden, daß dies und jenes zum Sondereigentum erklärt wird. Eine solche dingliche Bestimmung kann schließlich auch leicht falsch sein, wenn man sich über die Eigenschaft als zwingendes Gemeinschaftseigentum irrt.

5. Ein besonderes Beispiel unbefriedigender Behandlung der Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum bilden die Balkone und Terrassen. Zunächst zu den Balkonen: Von den Bauteilen des Balkons sind die Balkonaußenwände, die Balkonplatte, die Balkondecke und die Außenseite des Abschlußgitters zwingend Gemeinschaftseigentum, die anderen Teile, z. B. Plattenbelag dagegen Sondereigentum. Dieses Sondereigentum leitet sich aus dem Raum, genauer dem Luftraum des Balkons ab. Der Raum des Balkons ist also das eigentliche Sondereigentum²². Der Balkon ist nur von einem Sondereigentumsraum der in sich abgeschlossenen Wohnung zugänglich. Innerhalb einer solchen Wohnung kann bzw. darf kein Einzelraum Gemeinschaftseigentum sein oder dazu erklärt werden.

6. Wenn häufig formuliert wird, am Balkon kann Sondereigentum begründet werden, darf dies nicht so verstanden werden, als ob hier bei der Teilung ein Wahlrecht für Sondereigentum oder Gemeinschaftseigentum bestünde. Am Balkon besteht kraft Gesetzes Sondereigentum²³. Er kann in seiner Raumeigenschaft nicht zum Gemeinschaftseigentum erklärt oder diesem zugerechnet werden. Das Eigentum = Herrschaftsrecht am Raum des Balkons kann nicht den Miteigentümern zukommen oder mit ihnen geteilt werden. Hier finden sich Fehler in Aufteilungsplänen, wenn Balkone nicht wie die anderen Räume mit der Wohnungsnummer versehen werden. Dieser Fehler wird vermieden, wenn anstelle der bloßen Einzelnummerierung aller Räume jede Wohnung samt Balkon im Aufteilungsplan umrandet wird²⁴. Eine weitere Fehlerquelle ist die weitschweifige Aufzählung aller Einzelräume jeder Wohnung in der Teilungserklärung, wo leicht der Balkon vergessen wird²⁵. In allen Fällen entsteht am Balkon aber Sondereigentum. Bei der textlichen Erwähnung des Balkons in der Teilungserklärung ist es nicht geboten zu erwähnen, welche Bauteile des Balkons nicht Sondereigentum sind. Mit dem Wort „Balkon“ kann wie bei jedem anderen Raum einer Eigentumswohnung nur der Balkonraum als Gegenstand des Sondereigentums gemeint sein. Nach dem WEG wird nur der Raum zum Sondereigentum bestimmt, das Eigentum an Bauteilen ergibt sich aus dem Gesetz (§ 5 Abs. 1 WEG) und bedarf nie einer Benennung. Wer jedoch in der Gemeinschaftsordnung Bauteile des Sondereigentums aufzählt, muß dies auch beim Balkon tun, um keine falschen Aussagen zu machen. Bei ebenerdigen Terrassen gilt das gleiche wie bei Balkonen, jedoch mit der Maßgabe, daß nur der bauliche Raumteil der Terrasse Sondereigentum ist²⁶. An den Teilen, die frei davor auf dem Grundstück liegen, können nur Sondernutzungsrechte begründet werden. Der Raumteil gehört zum natürlichen Herrschaftsbereich des Wohnungseigentümers und ist aus dieser Sicht dem Sondereigentum zuzurechnen. Zum Gemeinschaftseigentum könnte er nur durch eine ausdrückliche Vereinbarung nach § 5 Abs. 3 WEG gemacht werden. Ist die Terrasse balkonähn-

lich und unterbaut, wird man sie insgesamt zum Sondereigentum zu rechnen haben²⁷.

7. Der Raumbegriff des WEG knüpft an den natürlichen Raumbegriff an, ist jedoch dann als juristischer Begriff zu verstehen. Der natürliche Raum ist ein allseitig umschlossener Gebäudeteil. Beim Balkon fehlt die allseitige Umschlossenheit durch Wände. Er kann völlig in den freien Luftraum ragen und ist dennoch als Raum zu verstehen. Noch weiter geht dann § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG, wo der Garagenstellplatz durch eine Fiktion die rechtliche Raumeigenschaft erhält. Auch dies ist ein Stück Freiheit des Gesetzgebers, mit der das Ziel der Eigentümerherrschaft erreicht wird. Für das eigentliche Sondereigentum bleibt beim Garagenstellplatz in der Regel nur der Luftraum über der Betonplatte übrig, kaum eine Sachsubstanz des Gebäudes. An der Betonbodenfläche ist kein gegenständlicher Teil, der ohne Beeinträchtigung der einheitlichen Betonplatte, die im Gemeinschaftseigentum steht, beseitigt oder verändert werden könnte (§ 5 Abs. 1 WEG). Der Garagenstellplatz ist reinstes Raumeigentum, Sinnbild für Eigentum als Herrschaftsrecht. Nach richtiger Auffassung ist es nicht erforderlich, daß dieser Stellplatzraum nach oben durch eine Decke abgegrenzt sein müßte, so daß auch Stellplätze auf dem Garagenoberdeck im Sondereigentum stehen können²⁸. Von der Raumfiktion sind nach dem Willen des Gesetzgebers Stellplätze auf dem normalen Erdboden ausgenommen. Die Raumeigenschaft muß nach dem WEG immer von einem Gebäudeteil abgeleitet sein. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG ist daher so zu verstehen, daß die Sondereigentumsfähigkeit allen Stellplätzen mit Gebäudeuntergrund zukommt, auch wenn dieser nicht von einem speziellen Garagenbauwerk herrührt²⁹.

8. Bei der Bestimmung des Gegenstandes des Sondereigentums ist die Frage nach der Abgeschlossenheit nicht ausschlaggebend. Nach § 3 Abs. 2 WEG handelt es sich bei der Abgeschlossenheit um eine Sollbestimmung. Sondereigentum entsteht mit Grundbucheintragung auch dann, wenn die Abgeschlossenheit tatsächlich nicht gegeben ist³⁰. Wird allerdings im Text der Teilungserklärung bei einer Wohnung ein einzelner Raum versehentlich nicht genannt oder im Aufteilungsplan nicht mit numeriert, kann er dennoch nicht dem Gemeinschaftseigentum zugerechnet werden mit der weiteren Folgerung, daß nur an den anderen Räumen der Wohnung trotz Nichtabgeschlossenheit zu jenem Einzelraum Sondereigentum entstanden sei. Ein solcher Konflikt ist so zu lösen, daß der Sondereigentumsseignerschaft der in sich abgeschlossenen Wohnung die Integrationskraft zukommt, auch jenen Einzelraum trotz fehlender Sondereigentumsbenennung in das Sondereigentum einzubeziehen. Es kann auch nicht zugelassen werden, daß ein solcher Einzelraum (z. B. das Wohnzimmer) durch ausdrückliche Vereinbarung der Miteigentümer dem Gemeinschaftseigentum zugeschlagen wird, weder bei Begründung des Wohnungseigentums noch durch einen späteren diesbezüglichen Akt. Anders ist die Situation bei einem Raum, der hinter einer Wohnung liegt und nur von ihr aus zugänglich ist, z. B. ein Dachboden. Wenn er nicht ausdrücklich mit zum Sondereigentum erklärt wird, wird er Gemeinschaftseigentum. Auf ein etwaiges „Vergessen“ kann sich der Wohnungseigentümer nicht berufen, wenn er Sondereigentum an dem Hinterraum beanspruchen will.

²² Röhl, vor § 1 Rdnr. 12.

²³ h. M., Diester Rdnr. 112; Röhl § 5 Rdnr. 3.

²⁴ dazu F. Schmid, Partner im Gespräch, Band 9, S. 85.

²⁵ wie vor S. 84.

²⁶ Röhl § 5 Rdnr. 5.

²⁷ Bärmann § 5 Rdnr. 51; unzutreffend jedoch die Formulierung, wonach die Terrasse als Gegenstand des Sondereigentums zu dessen Inhalt erklärt werden müsse.

²⁸ zuletzt OLG Köln DNotZ 1984, 700 mit Anm. F. Schmid; a.A. Insbesondere Bärmann § 5 Rdnr. 24; Weitnauer § 3 Rdnr. 7 c.

²⁹ Sauren, Rechtspfleger 1984, 185.

³⁰ Bärmann § 3 Rdnr. 37; Weitnauer § 3 Rdnr. 8.

II. Inhalt des Sondereigentums

1. Streng vom Gegenstand des Sondereigentums ist dessen Inhalt zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, daß der sachenrechtliche Inhaltsbegriff die Befugnisse zur Belastung, Übertragung und Aufhebung eines Rechts nicht umfaßt³¹. Der Inhalt ist die Summe aller Befugnisse eines Eigentümers, die ihm kraft des Eigentums, also als dingliches Recht, zustehen. Zwei Inhaltsbereiche sind beim Wohnungs- und Teileigentum zu beachten. Zum einen hat der Wohnungseigentümer alle Eigentümerrechte gegenüber Dritten, wie sie in §§ 903 ff. BGB benannt sind, und zwar für das Sondereigentum voll, für das Miteigentum nach Maßgabe des § 1001 BGB. Der andere Inhaltsbereich betrifft das Verhältnis der Miteigentümer untereinander. Das WEG bezeichnet diesen Bereich als Inhalt des Sondereigentums (§ 5 WEG). Wenn das Gesetz hier von Inhalt des Sondereigentums spricht, dann hat es diese Wortwahl aus praktischen Gründen zur Vermeidung von Komplikationen getroffen. Tatsächlich ist hiervon mehr der Inhalt des Miteigentums betroffen, da es sich um die Ausgestaltung der Beziehungen Miteigentümer bzw. Sondereigentümer untereinander handelt³².

2. Bei der Bestimmung des Inhalts des Sondereigentums gibt es drei Ebenen: den gesetzlichen Inhalt des WEG (§§ 10 ff.), den vereinbarten Inhalt (nach § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 4) und schließlich hilfsweise die gesetzlichen Regelungen der §§ 741 ff. BGB³³. Weitergreifend müßte man auch die unter § 10 Abs. 3 WEG fallenden Beschlüsse und Entscheidungen des Richters zählen, weil auch sie das Verhältnis der Sondereigentümer untereinander regeln. Im WEG läßt das Gesetz abweichend von der Dogmatik des BGB einen unmittelbaren Einfluß von Eigentümern auf den Inhalt des Eigentums zu. Es gewährt eine dingliche Vertragsfreiheit beim Eigentumsinhalt, die sonst nur in und über Eigentumsbelastungen zugelassen ist. Diese Dispositionsfreiheit, die nur in wenigen zwingenden Vorschriften des WEG ihre Grenze hat, stellt eine gelungene Konstruktion dar, auf der sich das WEG ohne Verlassen des dinglichen Rechtssystems des BGB bewähren konnte.

3. Grundlegend für den Inhalt des Sondereigentums ist § 13 WEG. Darin bekennt sich das Gesetz zum Sondereigentum als vollem Eigentum³⁴. Beeinträchtigungen des Sondereigentums bedürfen einer rechtlichen Grundlage: Gesetz oder Rechte Dritter. Zu diesen Grundlagen zählt auch alles, was den übrigen Sondereigentümern an Rechten zusteht. Damit wird zum Inhalt des Miteigentums hingeleitet, insbesondere zur Gemeinschaftsordnung. Diese darf allerdings nicht so gestaltet werden, daß sie die Rechte des Sondereigentums nach § 13 Abs. 1 WEG aushöhlt. In § 13 WEG wird das Wesen des Eigentums angesprochen, nämlich als eines Herrschaftsrechts³⁵. Es hat im WEG zwei Seiten: Alleinherrschaft am Sondereigentum, gemeinsame Herrschaft am Miteigentum. Die konkrete Grenzziehung zwischen beiden ist ein breites Thema der Vereinbarungen, der Gemeinschaftsordnungen. Soweit allgemein oder in Einzelfällen hier Regelungsbedürfnisse bestehen, darf bei keiner Eigentumssphäre deren Kernbereich angetastet werden³⁶. Das Sondereigentum darf nicht zu einem besseren Mietrecht der-

art herabgestuft werden, daß der Verwalter oder die Eigentümerversammlung über die zulässigen Nutzungen befindet, das Miteigentum darf nicht dem normalen und notwendigen Gebrauch aller Miteigentümer entzogen werden³⁷. Wenn das Gesetz zwingend vorschreibt, was gemeinschaftliches Eigentum ist, dann deutet es hier auch auf einen Bereich, in dem über eine Benutzungsregelung (Sondernutzungsrecht) der Zwang zum Gemeinschaftseigentum nicht umgangen werden darf. So wäre es z. B. als unzulässig anzusehen, an der gemeinschaftlichen Heizungsanlage für einen Sondereigentümer ein Sondernutzungsrecht zu begründen mit der Folge, daß er die Heizung als Unternehmer gegenüber den anderen Wohnungseigentümern betreiben könnte.

4. Einen gewichtigen Teil der Gebrauchsregelungen bilden die Sondernutzungsrechte. Der Begriff des Sondernutzungsrechtes steht nicht im Gesetz, sondern hat sich in der Praxis herausgebildet. Er bedeutet, daß einem oder mehreren Sondereigentümern für ihr Sondereigentum, nicht persönlich, das Recht eingeräumt wird, bestimmte Teile des Gemeinschaftseigentums unter Ausschluß der übrigen Miteigentümer zu nutzen. Eigentumsinhalt ist auf der einen Seite das Nutzungsrecht, auf der anderen Seite der Nutzungsausschluß der anderen Miteigentümer. Mit dieser Konstruktion hat der BGH³⁸ auch die Übertragung des Nutzungsrechts innerhalb der Eigentümergemeinschaft ohne Mitwirkung der vom Übertragungsakt nicht betroffenen Miteigentümer ermöglicht. Dies war eine dem dringenden Bedürfnis der Praxis entsprechende dogmatische Fortentwicklung des Rechts über den Inhalt des Sondereigentums. Das Hauptanwendungsgebiet der Sondernutzungsrechte betrifft Kraftfahrzeugstellplätze, die nicht sondereigentumsfähig sind. Das Instrumentarium der Sondernutzungsrechte hat aber in der Praxis eine weit größere Bedeutung. Es führt überall da zu sinnvollen Lösungen, wo ansonsten die zwingende Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum im Wege steht. So fehlt es oft bei Altbauten, an denen Wohnungseigentum gebildet werden soll, an einer der durchgängigen Abgeschlossenheit zugänglichen Baukonstruktion. Typisch dafür sind die Keller, wenn die WEG-gerechte Einzelabgeschlossenheit oder die Einzelzugänglichkeit vom Gemeinschaftseigentum fehlt. Über Sondernutzungsrechte läßt sich dann die Kellerverteilung mühelos regeln. Andere Anwendungsbereiche betreffen ebenerdige Terrassen, Dachterrassen, Gartenteile etc. Das Sondernutzungsrecht kann so weit ausgedehnt werden, daß es sich auf das gesamte Gemeinschaftseigentum eines einzelnen Gebäudes erstreckt. Hierzu zählen die Fälle des Doppelhauses auf einem einzigen Grundstück. Über ein solches Sondernutzungsrecht kann jedem Sondereigentümer die Stellung eines Alleineigentümers am Grundstück und Gebäude gewährt werden. Dies kommt vor, wenn eine reale Grundstücksteilung nicht möglich ist. Ein Beispiel sind die selbständigen Anbauten von Kindern an das elterliche Einfamilienhaus³⁹.

5. Auch bei der wirtschaftlichen Trennung von mehreren Wohnblöcken auf einem Grundstück kann mit Sondernutzungsrechten zu Gunsten der Eigentümer der einzelnen Blöcke gearbeitet werden⁴⁰. Im Bereich der Gebrauchsrege-

³¹ Palandt/Bassenge § 877 Anm. 2.

³² Weitnauer § 5 Rdnr. 16; Bärmann § 5 Rdnr. 77.

³³ Weitnauer § 5 Rdnr. 16; Bärmann § 5 Rdnr. 77.

³⁴ vgl. Weitnauer MDR 1984, 1115.

³⁵ Weitnauer, vor § 1 Rdnr. 17 a.

³⁶ vgl. Erman/Ganten § 13 WEG Rdnr. 1; Röhl § 13 Rdnr. 2.

³⁷ zu den Schranken vgl. Weitnauer § 7 Rdnr. 109, AGB-rechtlich Rdnr. 10 c ff.

³⁷ zum Minderheitenschutz Diester Rdnr. 275.

³⁸ DNotZ 1979, 168 mit Anm. Ertl.

³⁹ vgl. F. Schmidt, Münchener Vertragshandbuch, Band 4 Form. VI. 61.

⁴⁰ vgl. Bärmann § 13 Rdnr. 30 sowie die Fälle BayObLG MittBayNot 1982, 26 (Treppenhaus) und OLG Hamm MittRhNot 1985, 243 (Speicher), bei denen eine geeignete Gebrauchsregelung den Rechtsstreit vermieden hätte.

lungen läßt das WEG viel Spielraum. Die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des Sondernutzungsrechts sollten aber nur eingesetzt werden, wenn zwingende oder vernünftige Bedürfnisse bestehen. Einer Aufweichung des Gemeinschaftseigentums soll nicht das Wort geredet werden. Soweit Regelungen über Sondernutzungsrechte getroffen werden, sollte man immer im Auge behalten, daß auch etwas über die Unterhaltungspflicht zu sagen ist. Es gibt keinen Rechtssatz, der a priori dem Sondernutzungsberechtigten die Unterhaltungspflicht auferlegt. Eine Rechtsprechung ist dazu nicht ersichtlich. Eine positive Regelung dazu erspart Konflikte.

6. Der BGH hat das Sondernutzungsrecht an Kraftfahrzeugstellplätzen innerhalb der Eigentümergemeinschaft für verkehrsfähig erklärt⁴¹. Diese Verkehrsfähigkeit kann aber nur für solche Sondernutzungsrechte anerkannt werden, deren Natur als verkehrsfähig angesehen werden kann. Dies gilt z.B. auch für Kellerräume. Sondernutzungsrechte am Bauwerk eines Doppelhauses, an der zur Erdgeschoßwohnung gehörenden Terrasse und ähnliche, nur im konkreten baulichen Bezug zu einer bestimmten Eigentumswohnung überhaupt sinnvolle Sondernutzungsrechte können nicht als verkehrsfähig angesehen und zugelassen werden.

7. Was die formale Behandlung der Sondernutzungsrechte im Urkundsverfahren und im Grundbuchverfahren betrifft, so ist davon auszugehen, daß jedes Sondernutzungsrecht eine Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG darstellt und zum Inhalt des Sondereigentums zählt. In der Urkunde über die Begründung von Wohnungseigentum gehört sie daher in den Teil „Vereinbarungen“, also in die Gemeinschaftsordnung, nicht in den Teil der dinglichen Begründung. Hiergegen wird nicht selten verstoßen. Nur durch Auslegung kann dies wieder bereinigt werden.

8. Grundbuchrechtlich wird auf den gesamten Inhalt des Sondereigentums nach § 7 Abs. 3 WEG Bezug genommen. Eine unmittelbare Eintragung des Inhalts ist nur bei der Veräußerungsbeschränkung vorgeschrieben⁴². Die materiellrechtliche Wirkung ist davon nicht abhängig⁴³. Für Sondernutzungsrechte an Kraftfahrzeugstellplätzen hat *Ertl* die direkte Eintragung im Grundbuch vorgeschlagen⁴⁴. Diese Eintragung ist zulässig, sinnvoll und empfehlenswert⁴⁵. Für andere Sondernutzungsrechte gilt dies nicht immer. Bei Sondernutzungsrechten, denen die Verkehrsfähigkeit abzusprechen ist, genügt die Bezugnahme⁴⁶. Die direkte Grundbucheintragung hat ihren ausschließlichen Sinn, Publizität und Klarheit bei Rechtsübertragungen und den damit zusammenhängenden Rechtsbestand ersichtlich zu machen. Ein Eintragungsbedürfnis bei anderen Sondernutzungsrechten besteht nicht. Ebenso wie bei der Veräußerungsbeschränkung ist die Grundbucheintragung von Sondernutzungsrechten nur deklaratorisch und nimmt nicht am guten Glauben des Grundbuchs teil — ein nicht voll befriedigendes Ergebnis.

9. Vereinbarungen über den Inhalt des Sondereigentums können getroffen werden zur Ergänzung oder zur Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften (§ 10 Abs. 2 WEG).

Ergänzungen sind solche Regelungen, die im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen diese ausfüllen, konkretisieren und damit ihre Praktikabilität herstellen. Die Änderungen sind Abweichungen von ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen. Die umfangreiche „klassische“ Gemeinschaftsordnung enthält solche Ergänzungen und Änderungen, dazu aber in großem Umfang Wiederholungen der gesetzlichen Regelungen. Solche „Bestätigungen“ des Gesetzes sind nicht vereinbarungsfähig. Sie bleiben materiellrechtlich Gesetzesbestimmungen und erhalten durch die Aufnahme in die Gemeinschaftsordnung keinen Vereinbarungscharakter⁴⁷. Dies kann für die Frage der Abänderbarkeit bedeutsam sein. Die Regeln für die Abänderbarkeit von Vereinbarungen können nur auf die echten Vereinbarungen angewandt werden. Der gesetzliche Inhalt, selbst wenn er in der Gemeinschaftsordnung wiederholt ist, kann nur nach den Regeln über die Vereinbarung eines vom Gesetz abweichenden Inhalts geändert werden. Auch in der Auslegung kann es von Bedeutung sein, ob das Gesetz oder eine Vereinbarung vorliegt. Problematisch kann die rechtliche Beurteilung allerdings werden, wenn die gesetzliche Regelung mit eigenen Formulierungen wiedergegeben ist.

10. Während der im WEG verwendete Begriff des Inhalts des Sondereigentums die Regelungen der §§ 10 ff. WEG betrifft, gibt es noch einen weiteren Inhaltsbereich, der bereits in den dinglichen Begründungsakt zwingend einfließen muß. Es handelt sich hierbei um die Festlegung des Sondereigentums als Wohnungseigentum oder Teileigentum. Hier wird bereits eine Eigentümerbefugnis hinsichtlich der zulässigen Nutzungsart festgelegt. Der Inhalt wird unmittelbar und zwingend mit dem Gegenstand des Sondereigentums verbunden. Dieser Inhalt wird vom Gesetz einmal positiv formuliert, nämlich als Wohnung, das andere Mal negativ, als „nicht zu Wohnzwecken dienend“. Beim Wohnungseigentum ist bindend gegenüber den anderen Miteigentümern eine Nutzung zu anderen Zwecken als Wohnen ausgeschlossen, beim Teileigentum ist die Wohnnutzung nicht gestattet. Einen übergreifenden Nutzungszweck kennt das WEG nicht⁴⁸. Probleme tauchen immer wieder bei der Bestimmung des Teileigentums auf. Nach dem Gesetz genügt die Inhaltsbestimmung „nicht zu Wohnzwecken dienend“. Eine weitere Präzisierung ist nicht erforderlich. In der Praxis wird dies schon sprachlich als unbefriedigend empfunden. Daher werden meist positive Bestimmungen verwendet, wie Laden, Praxis, Café, Werkstatt, Gaststätte etc. Hiermit wird über die gesetzlichen Erfordernisse für die dingliche Begründung von Teileigentum hinausgegangen. Die Frage ist, wie dies dogmatisch bezüglich des Inhalts des Teileigentums zu bewerten ist. Im dinglichen Begründungsbereich sieht das WEG keine positive Bestimmung des Inhalts des Teileigentums vor. Sie ist damit auch nicht zulässig. Folglich muß man die Bestimmungen anwenden, auf die Gebrauchsregelungen zu stützen sind. Dies sind die §§ 10 ff. WEG, für die positive Bestimmung des Inhalts von Sondereigentum § 15 Abs. 1 WEG. Dies ist die einzige gesetzliche Grundlage, den Nutzungszweck des Teileigentums positiv festzulegen⁴⁹.

11. Nun könnte man sagen, eine solche positive Festsetzung im dinglichen Teilungsakt sei als Vereinbarung nach § 15

⁴¹ siehe Fußnote 38.

⁴² dazu § 3 Abs. 2 WGBV.

⁴³ Weltbauer § 12 Rdnr. 4; in Bärmann § 12 Rdnr. 16 soll die dingliche Wirkung von der Eintragung abhängig sein.

⁴⁴ Rechtspfleger 1979, 81.

⁴⁵ Die Zulässigkeit der Eintragung bejaht neuerdings das OLG Hamm Mitt RhNot 1985, 241.

⁴⁶ Auch bei Kellern sollte von der unmittelbaren Eintragung abgesehen werden.

⁴⁷ a.A. wohl Röll § 10 Rdnr. 3.

⁴⁸ dazu Röll § 1 Rdnr. 2.

⁴⁹ Zum Gesamtproblem zutreffend Meier-Kraut MittBayNot 1979, 169; Röll Rechtspfleger 1981, 50, 356; H. Schmidt MittBayNot 1981, 12; anders BayObLG, zuletzt DNotZ 1984, 104 m.w.N.

Abs. 1 WEG anzusehen⁵⁰ oder ihr „gleichzusetzen“, wie das BayObLG dogmatisch unklar ausdrückt⁵¹. Hiergegen müssen aber erhebliche Bedenken erhoben werden. Einmal ist nicht recht einzusehen, wieso in der Teilung Inhaltsvereinbarungen gemäß § 10 WEG enthalten sein sollen, obwohl keinerlei diesbezügliche aus der Textformulierung erkennbare Willenserklärung abgegeben wird⁵². Im Gegenteil, der Inhalt wird in der auch äußerlich abgesetzten Gemeinschaftsordnung festgelegt. Zum anderen würde das Sondereigentum am Teileigentum oft in einem erheblichen Maße auf die Dauer eingeschränkt bis hin zur wirtschaftlichen Wertlosigkeit. Die Nutzungsart bei der Teilung ist oft nur davon abhängig, was der erste Erwerber gerade tut. Sie kann kein automatischer Maßstab für den dinglichen Inhalt in der gesamten Zukunft sein. Dies ist in der Regel auch nie gewollt⁵³. Man will schließlich nicht für alle Zeiten eine Metzgerei vorschreiben. So ergibt sich, daß die Bezeichnung des Teileigentums in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan keine dingliche Inhaltsbestimmung darstellt. Das Teileigentum bleibt inhaltlich Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, ohne zwingende Nutzungsart. Will man die zulässige Nutzung positiv bestimmen, geht dies nur in den Vereinbarungen, in der Gemeinschaftsordnung. Darauf sollte dann auch Sorgfalt gelegt werden. Fehlen solche Regelungen in der Gemeinschaftsordnung, sind die Wohnungseigentümer den Teileigentümern allerdings nicht schutzlos ausgeliefert, was die Nutzung betrifft. Das Nutzungsrecht eines Teileigentümers findet seine Grenze an den billigen Interessen der Gesamtheit aller Miteigentümer, wie dies in § 15 Abs. 3 WEG niedergelegt ist. Da gibt es genügend Kriterien, auf die zurückgegriffen werden kann, einschließlich die bisherige tatsächliche Nutzungsart. Dies ist der einzige dogmatisch und praktisch brauchbare, sinnvolle und ausreichende Weg⁵⁴.

III. Zur Gestaltung der Urkunde

Aus den Darstellungen über Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums sollten auch Konsequenzen für die Gestaltung der Urkunde über die Begründung von Sondereigentum gezogen werden (Teilungsvertrag nach § 3 WEG, Teilungserklärung nach § 8 WEG). Im vorhergehenden Text verschiedentlich schon angesprochen, sei zusammenfassend und ergänzend folgendes gesagt:

1. Die Gründungsurkunde hat zwei Teile, den dinglichen Teil zur Begründung von Sondereigentum (Teil I) und den Vereinbarungsteil = Gemeinschaftsordnung (Teil II)⁵⁵. Letzterer ist nur erforderlich, wenn Vereinbarungen getroffen werden. In Teil I wird der Gegenstand des Sondereigentums bestimmt. Vereinbarungen über Inhalt haben darin keinen Platz. Das bedeutet, daß die positive Nutzung des Teileigentums sowie die Festlegung von Sondernutzungsrechten nicht hierher gehören. Dagegen ist hier alles anzuführen, was den Gegenstand des Sondereigentums betrifft, einschließlich Vereinbarungen nach § 5 Abs. 3 WEG. Alle Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander nach § 5 Abs. 4 WEG bestimmen den Inhalt des Sondereigentums und gehören ausschließlich in Teil II. Dieser Teil II

ist insbesondere von Gegenstandsbestimmungen frei zu halten. Teil II muß etwaige Gebrauchsregelungen, insbesondere zur Nutzung des Teileigentums enthalten. Will man aus sprachlichen Darstellungsgründen oder auch um positiv formulierte Grundbucheintragungen beim Teileigentum zu bewirken, in Teil I Bezeichnungen wie Laden, Praxis etc. verwenden, dann sollte in Teil II ausgeführt werden, daß hier nicht eine ausschließliche Nutzungsregelung im Sinne dieser Bezeichnung gewollt ist. Dies empfiehlt sich auch wegen der Rechtsprechung, die von der hier vertretenen Auffassung abweicht.

2. Eine der Anforderungen an eine notarielle Urkunde besteht darin, daß sie übersichtlich und klar ist und auch in der textlichen Darstellung das, was rechtlich zusammengehört, auch zusammen darstellt und das was rechtlich zu trennen ist, auch textlich trennt⁵⁶. Eine Vermischung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums in den beiden Teilen der Gründungsurkunde entspricht nicht diesen Anforderungen. Sie führt zu Auslegungsschwierigkeiten oder dazu, daß man so tut, als ob es die rechtliche Trennung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums in der Urkunde nicht gebe, obwohl die Wortwahl der Erklärungen eine Trennung vorgibt. Bezeichnend ist hierfür die Bestimmung von Bauteilen zum Sondereigentum in den Vereinbarungen nach § 10 WEG⁵⁷.

3. Der weiteren rechtlichen Klarheit dient es auch, wenn sich die Vereinbarungen (Gemeinschaftsordnung) auf Gesetzesabweichungen und -ergänzungen beschränken und sich nicht in endlosen Wiederholungen und Darstellungen des Gesetzes ergießen. Die Unterscheidung, was Gesetz ist und was Ergänzung und Abweichungen sind, läßt sich da kaum mehr vornehmen, obwohl dies für die rechtliche Handhabung durchaus bedeutsam sein kann. Will man dem Wohnungseigentümer wirklich eine umfassende Gemeinschaftsordnung an die Hand geben, dann muß man diese textlich so abfassen, daß der Leser erkennen kann, was Gesetz ist und was der echten Vereinbarung zuzurechnen ist⁵⁸. Besser ist die Beschränkung auf die echten Vereinbarungen, wie sie erstmals Röll vorgeschlagen hat⁵⁹, und die Schilderung der Gesetzeslage in einem Merkblatt. Der Abschied von einer alten Gewohnheit lohnt sich.

IV. Veräußerungen und Veränderungen⁶⁰

Der Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum, die „Eigentumswohnung“, ist wie ein selbständiges Grundstück Gegenstand des Rechtsverkehrs. Veräußerung und Belastung richten sich nach den allgemeinen Vorschriften. Anzuwenden sind im schuldrechtlichen Bereich § 313 BGB, im dinglichen §§ 873 ff. (Einigung und Eintragung), bei Eigentumsübertragungen § 925 BGB (Auflassung). Dazu kommen die einschlägigen Grundbuchvorschriften⁶¹. Eine

⁵⁰ Weltnauer § 1 Rdnr. 6 a; § 15 Rdnr. 5 a.

⁵¹ Das BayObLG erklärt aaO, daß eine solche Festlegung „Vereinbarungscharakter“ habe.

⁵² So auch H. Schmidt MittBayNot 1981, 13.

⁵³ H. Schmidt aaO.

⁵⁴ ebenda.

⁵⁵ dazu Diester Rdnr. 107.

⁵⁶ vgl. dazu die Rechtsprechung, die bei der Errichtung einer GmbH innerhalb der Urkunde für Gründungsakt und Satzung eine strikte Trennung verlangt, OLG Frankfurt BB 1981, 694.

⁵⁷ Die Aufnahme reiner Begriffsbestimmungen in die Gemeinschaftsordnung (z. B. Muster bei Weltnauer S. 582) ist rechtlich keine Vereinbarung.

⁵⁸ so auch Röll § 10 Rdnr. 3. Dagegen hält Seuß (Die Eigentumswohnung, 7. Aufl. 1984, S. 306 ff.) am alten System fest.

⁵⁹ MittBayNot 1980, 1; dazu auch F. Schmidt, Münchener Vertragsbuch, Band 2 Formular XIII. 3 und „Partner im Gespräch“ Band 9 S. 90 ff.

⁶⁰ dazu Nieder BWNotZ 1984, 49.

⁶¹ dazu Weltnauer § 3 Rdnr. 23 ff.

selbständige Verfügung über das Sondereigentum ohne Miteigentumsanteil ist nach § 6 Abs. 1 WEG ausgeschlossen. Alle diese Bestimmungen stellen auf den Rechtsverkehr des Eigentümers mit Dritten ab. Anders geartet ist die Problematik bei Veränderungen innerhalb der Eigentümerschaft. Hier fehlen teilweise ausdrückliche gesetzliche Vorschriften, so daß dann auf allgemeine Regeln des Grundstücksrechtes zurückgegriffen werden muß.

Die Veränderungen innerhalb der Eigentümerschaft können in zwei Kategorien eingeteilt werden: Veränderungen im Gegenstand des Sondereigentums und Miteigentums und Veränderungen des Inhalts des Sondereigentums. Zu richtigen Ergebnissen kommt man nur, wenn man hier sauber unterscheidet.

a. Veränderungen im Gegenstand

1. Veränderungen im Gegenstand von Sondereigentum und Miteigentum sind primär Eigentumsumschichtungen. Herrschaftsbereiche unter den Miteigentümern werden verschoben, geändert. Anzuwenden sind hierbei einschlägige Vorschriften des WEG und, soweit solche fehlen, des BGB.

In Betracht kommen insbesondere folgende Fälle:

- a) Ein Raum des Gemeinschaftseigentums wird Sondereigentum. Beispiel: Kellerraum kommt zu einer Wohnung.
- b) Sondereigentum wird in Gemeinschaftseigentum überführt. Beispiel: Umwandlung einer Wohnung in eine Hausmeisterwohnung.
- c) Ein abgeschlossener Sondereigentumsraum wird von einer Wohnung zu einer anderen übertragen ohne Änderung des Miteigentumsanteils. Beispiel: Kellertausch.
- d) Ein Miteigentumsanteil wird ohne Sondereigentum übertragen. Beispiel: Korrekturen in den Anteilen.
- e) Ein Miteigentumsanteil wird zusammen mit Sondereigentum an einen anderen Miteigentümer übertragen. Beispiel: räumliche Vergrößerung einer Wohnung und entsprechende Verkleinerung der anderen.

2. All diesen Regelungen stehen gesetzliche Hindernisse nicht entgegen. Sie stellen zwar eine Durchbrechung des § 6 WEG dar, werden aber allgemein zugelassen, weil es sonst keine Möglichkeit gäbe, solche oft notwendigen Veränderungen vorzunehmen⁶². So kann Sondereigentum ohne Miteigentumsanteil⁶³, ein solcher ohne Sondereigentum übertragen werden. Was die anzuwendenden Vorschriften betrifft, ist in den genannten Fällen zu differenzieren. Für den schuldrechtlichen Vertrag gilt immer die Beurkundungspflicht des § 313 BGB, soweit nur ein Miteigentumsanteil berührt ist (Fall d) unmittelbar, soweit Sondereigentum übertragen, begründet oder aufgehoben wird über § 4 Abs. 3 WEG⁶⁴.

3. Bei den dinglichen Akten ist zu differenzieren: Wird Sondereigentum aufgehoben, ohne daß dieses in die Berechnung der Miteigentumsanteile eingegangen war (in der Regel Kellerräume) oder neu geschaffen (Fall a), gilt § 4 Abs. 1 und 2 WEG: Einigung in der Form der Auflassung und Eintragung (§ 873 BGB). Beteiligt sind sämtliche Miteigentümer. Müssen dagegen Miteigentumsanteile geschaffen (Umwandlung eines Dachbodens aus dem Gemeinschaftseigentum in eine neue Eigentumswohnung⁶⁵) oder beseitigt (Fall

⁶² BayObLGZ DNotZ 1984, 381; Weltnauer § 6 Rdnr. 2 a.

⁶³ Konsequenterweise läßt das BayObLG aaO. auch das völlige Austauschen des Sondereigentums zu.

⁶⁴ so auch Weltnauer § 4 Rdnr. 2 a.

⁶⁵ entgegen Bärmann § 5 Rdnr. 13 ist die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum nicht durch Beschluß möglich.

b) werden, kommt die unmittelbare Auflassung der Miteigentumsanteile hinzu.

Die Formvorschrift des § 4 Abs. 2 gilt nicht für die Übertragung des bloßen Sondereigentums (Fall c), da § 4 Abs. 1 WEG nicht die Übertragung nennt, sondern nur Aufhebung und Einräumung von Sondereigentum. Demgemäß ist auf die allgemeinen Vorschriften abzustellen: § 873 BGB mit Einigung und Eintragung. Die formlose Einigung kann aber nicht genügen, da sie dem Auflassungsprinzip bei unbeweglichen Sachen widerspricht. Mit der herrschenden Meinung ist daher eine Auflassung nötig⁶⁶. Die Gegenmeinung sieht in der Sondereigentumsübertragung eine Inhaltsänderung und wendet §§ 873, 877 BGB an⁶⁷. Dies ist jedoch nicht richtig.

5. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß in allen Beispielfällen eine Veränderung des Gegenstandes, nicht des Inhalts⁶⁸ des Sondereigentums stattfindet und für die dinglichen Erklärungen dazu eine Auflassung oder eine Einigung in Form der Auflassung nötig ist. In der Grundbucheintragung ist zu formulieren, daß sich der Gegenstand des Sondereigentums geändert hat⁶⁹.

6. Bei den Gegenstandsveränderungen tauchen zwei weitere Probleme auf, nämlich das der Gläubigerzustimmungen zur Abveräußerung und der Zuschreibung des erworbenen Eigentums zur gewinnenden Eigentumswohnung.

a) Es ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß der dinglich Berechtigte (Gläubiger) privatrechtlich ohne seine Zustimmung in seinem Pfandobjekt weder ganz noch teilweise beeinträchtigt werden darf. Ausdruck dieses Prinzips sind die §§ 875, 876, 877 BGB. Unstreitig bedarf daher jede lastenfreie Abtrennung von Miteigentum oder Sondereigentum vom belasteten Objekt der Zustimmung der betroffenen Gläubiger. Streitig ist die Rechtsgrundlage. Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies nur § 875 Abs. 1 BGB sein⁷⁰. Es handelt sich eben um keine Inhaltsänderung, für die § 877 BGB einschlägig wäre⁷¹.

b) Bei der Frage, wie das erworbene = aufgelassene Eigentum (Sondereigentum, Miteigentum) dinglich in das vorhandene Wohnungs(Teil)eigentum des Erwerbers einbezogen wird, gehen die Meinungen ebenfalls auseinander. Das BGB sieht für das Verbinden zweier Grundstücke zu einer Einheit die Vereinigung vor (§ 890 Abs. 1 BGB). Eine weitere Möglichkeit bietet § 890 Abs. 2 BGB in der Zuschreibung, die in der Praxis vor allem dann verwendet wird, wenn nicht selbständig buchungsfähige Zuflurstücke zum Hauptgrundstück zugeschlagen werden. Letzteres ist auch die typische Situation bei den obigen Beispielfällen des WEG. § 890 BGB ist für diese Fälle daher zumindest analog anzuwenden⁷². Das isoliert übertragene Sondereigentum ist dem gewinnenden Sondereigentum zuzuschreiben, der übertragene Miteigentumsanteil dem gewinnenden Miteigentum⁷³. Die Erklärun-

⁶⁶ Palandt/Bassenge § 6 WEG Anm. 1; Röll § 3 Rdnr. 15; Weltnauer § 6 Rdnr. 6 a.

⁶⁷ Merle, Das Wohnungseigentum, S. 188.

⁶⁸ So aber Merle aaO; Bärmann § 6 Rdnr. 4; Linde, Beck'sches Formularbuch, 3. Aufl., Formular IV. 33 Anm. 5 a.

⁶⁹ BayObLG DNotZ 1984, 383; siehe § 3 Abs. 5 WGBV; Weltnauer, Muster Seite 479.

⁷⁰ so auch Röll § 3 Rdnr. 15.

⁷¹ für §§ 877, 876 aber Weltnauer § 3 Rdnr. 22; Palandt/Bassenge § 6 WEG Anm. 1; BayObLG DNotZ 1984, 383.

⁷² dazu Röll, vor § 1 Rdnr. 33.

⁷³ Röll § 3 Rdnr. 16; a. A. Nieder BWNNotZ 1984, 51; Linde wie Fußnote 68.

gen nach § 890 BGB sind in die Urkunde aufzunehmen. Im Grundbuch ist Entsprechendes einzutragen. Die Anwendung des § 890 BGB ist zwingende Logik bei Veränderungen des Gegenstandes des Sondereigentums. Es ist dogmatisch nicht einsichtig, wenn man hierbei mit Inhaltsänderung arbeitet, denn der in §§ 10 ff. WEG angesprochene Inhalt des Sondereigentums wird durch solche Veränderungen nicht betroffen. Die Theorie der Inhaltsänderung kann auch nicht erklären, durch welchen dinglichen Rechtsakt sich ein Grundpfandrecht plötzlich auf das hinzugekommene Miteigentum oder Sondereigentum erstrecken soll. Dem BGB ist eine gegenständliche Pfanderstreckung durch Inhaltsänderung fremd. Über § 890 BGB, insbesondere die automatische Pfanderstreckung in Abt. III bei der Zuschreibung löst sich das Problem mühelos. Der Einwand, daß das BGB eine Vereinigung und Zuschreibung von Miteigentumsanteilen nicht zuläßt, kann hier nicht gelten. Die normalen Miteigentumsanteile des BGB summieren sich durch Erwerb automatisch. Ein Bedürfnis für die Anwendung von § 890 BGB besteht nicht. Demgegenüber ist der Miteigentumsanteil des WEG wie ein Grundstück verselbständigt⁷⁴. Man kann am gleichen Grundstück mehrere Eigentumswohnungen haben, ohne daß die Miteigentumsanteile zusammengefaßt würden. Die dingliche Situation ist die gleiche wie bei selbständigen Grundstücken. Dies rechtfertigt die Anwendung von § 890 BGB.

b. Inhaltsänderungen

1. Inhaltsänderungen betreffen ausschließlich Regelungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Sie zielen konkret entweder auf eine Änderung oder Ergänzung der bislang geltenden gesetzlichen Regelung oder auf eine Änderung einer schon gemäß § 10 Abs. 2 WEG getroffenen Vereinbarung. Die Änderung kann hierbei entweder an die Stelle der bisherigen Vereinbarung eine andere setzen oder die gesetzliche Regelung wieder herstellen. Entsprechend dem Wesen einer Vereinbarung, also eines Vertrages, ist in allen Fällen ein einmütiges Zusammenwirken aller Miteigentümer nötig, also Einstimmigkeit⁷⁵. Eine solche Änderungsvereinbarung bedarf vom Gesetz her keiner Form⁷⁶. Die formlose, bzw. schriftliche Vereinbarung leidet jedoch unter dem Mangel, daß sie nicht gegenüber Sonderrechtsnachfolgern wirkt. Sie ist in der Praxis daher ziemlich wertlos. Zur Bindung von Rechtsnachfolgern ist eine Grundbucheintragung nötig (§ 10 Abs. 2 WEG). Dies erfordert Einigung und Eintragung nach § 873 BGB⁷⁷. Das führt zur Form des § 29 GBO (Beurkundung und Unterschriftsbeglaubigung) für die Vereinbarung samt Eintragungsbewilligung. In der Grundbucheintragung ist die Änderung als Inhaltsänderung zu bezeichnen⁷⁸. Dies ist der einzige Fall des WEG, in dem der Begriff „Inhaltsänderung“ im Grundbuch sachlich richtig ist und verwendet werden darf.

2. Läßt die Gemeinschaftsordnung zu, daß Änderungen durch Mehrheitsbeschluß vorgenommen werden können⁷⁹,

⁷⁴ dazu OLG Hamburg DNotZ 1965, 177.

⁷⁵ h.M.; Weltbauer § 10 Rdnr. 17 a.

⁷⁶ Bärman § 4 Rdnr. 18; Röhl § 10 Rdnr. 4; Weltbauer § 4 Rdnr. 2 a.

⁷⁷ Anwendung von § 873 BGB h.M.; kritisch dazu Ertl DNotZ 1979, 277.

⁷⁸ vgl. Muster bei Weltbauer S. 479.

⁷⁹ für Zulässigkeit Weltbauer § 10 Rdnr. 17 c; Röhl § 10 Rdnr. 22; neuerdings BayObLG in zwei Vorlagebeschlüssen zum BGH vom 24.11.1984; dagegen OLG Köln DNotZ 1982, 753; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 146; zum Gesamtproblem Röhl DNotZ 1982, 731. SeuB (Die Eigentumswohnung, 7. Aufl., S. 112, 312) hält zu Recht am Einstimmigkeitsprinzip fest und läßt Ausnahmen nur beim Kostenverteilungsschlüssel zu; ähnlich Erman/Ganten § 16 WEG Rdnr. 3.

dann gilt dies nur für solche Teile der Gemeinschaftsordnung, die echte Vereinbarungen darstellen, nicht jedoch für solche, die nur die Gesetzeslage wiederholen. Allerdings können sich im Extremfall auch aus der Anwendung der gesetzlichen Regelungen Unzulänglichkeiten ergeben (z. B. beim Verteilungsschlüssel), die unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben einer Abhilfe bedürfen. Dieses Problem ist jedoch nur mit der Bejahung einer Zustimmungspflicht aller Miteigentümer im Einzelfall zu lösen⁸⁰.

3. Ein schwieriges Problem betrifft die sog. Änderung der Gemeinschaftsordnung durch allgemeine Mehrheitsbeschlüsse. Grundlegend ist hierbei die Unterscheidung zwischen allgemeinen Regeln über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und Maßnahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung⁸¹. Im ersteren Fall ist nur eine Vereinbarungsregelung zulässig, im letzteren Fall sieht das Gesetz das Beschlußverfahren vor. Beide Materien dürfen sachlich nicht vermischt werden. Das bedeutet, daß Beschlüsse in Vereinbarungsangelegenheiten grundsätzlich nicht möglich sind. Vereinbarungen können daher durch Beschlüsse nicht geändert werden. Nun sind die Grenzen zwischen den beiden Materien nicht immer einwandfrei geklärt⁸². Bei der Abfassung von Gemeinschaftsordnungen sollte aber darauf geachtet werden, daß Beschlußmaterialien darin nicht aufgenommen werden, — eine Gefahr der perfekten Überlängen Gemeinschaftsordnungen. Es ist ein Irrtum anzunehmen, Dinge, die nicht in der Gemeinschaftsordnung enthalten sind, würden damit der Lückenfüllung durch Mehrheitsbeschlüsse zugänglich gemacht⁸³. Im Bereich „Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander“ läßt das Gesetz ebensowenig Beschlüsse zu wie eine getroffene Vereinbarung solche gestattet. In Grenzbereichen kann allerdings eine Vereinbarung zweckmäßig sein.

4. Zum Verhältnis Vereinbarung und Beschluß hat sich neuerdings das Bayerische Oberste Landesgericht in einer Weise geäußert, die zu kritischen Bedenken Anlaß gibt⁸⁴. Zur Zulässigkeit der Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung durch eine entsprechende Klausel führt es dogmatisch aus, daß die Erhaltung des Charakters einer Vereinbarung nicht zwingend sei. Eine Regelung kann danach ihres Charakters als Vereinbarung entkleidet und in die Gestaltungsform eines Beschlusses überführt werden. Dieser dogmatische Sprung ist nicht unbedenklich. Er öffnet eine Schleuse, durch die in letzter Konsequenz der Beschluß die Vereinbarung ihres Wesens beraubt. Da solche Beschlüsse im Grundbuch nicht eingetragen werden können⁸⁵, wird der Vertrauensschutz des Grundbuchs, was den Inhalt des Sondereigentums abweichend von § 10 Abs. 2 WEG betrifft, ebenso wie der Minderheitenschutz beeinträchtigt⁸⁶.

5. Das Gericht war sich allerdings der Tragweite seiner Dogmatik hier offenbar bewußt. Es will keinen Freibrief für Beschlüsse gegen Vereinbarungen ausstellen. Es verlangt für jeden Einzelbeschluß, daß er sich in den Grenzen von Treu und Glauben hält. Andernfalls muß er nicht hingenommen werden. Die Pflicht zur Hinnahme des Beschlusses darf dann aber auch nicht durch Verstreichen der Anfechtungs-

⁸⁰ dazu Weltbauer § 10 Rdnr. 17 d.

⁸¹ dazu Erman/Ganten § 10 WEG Rdnr. 2; BayObLG Beschl. v. 24.11.1984.

⁸² BayObLG aaO.

⁸³ so offenbar Nieder BWNNotZ 1984, 52.

⁸⁴ Beschlüsse vom 24.11.1984, 2 Z 109/83, 90/83.

⁸⁵ BayObLG DNotZ 1984, 101.

⁸⁶ dies wird vom BayObLG (24.11.1984) hingenommen: ein Mindestmaß an Warnfunktion bleibe gewährleistet.

frist begründet werden. Das bedeutet, daß sich sowohl der Überstimmte als auch der Sonderrechtsnachfolger jederzeit insoweit auf § 242 BGB berufen können. Diese Rechtsunsicherheit muß die beschließende Mehrheit ertragen, wenn sie durch Beschlüsse in Vereinbarungen über das Verhältnis der Miteigentümer untereinander eingreift, anstatt sich auf Angelegenheiten der ordnungsgemäßen Verwaltung zu beschränken. Bedenklich ist, daß die Beweislast für einen Verstoß gegen Treu und Glauben der Minderheit auferlegt wird, anstatt daß die Mehrheit die positive Rechtfertigung dartun muß.

6. Eine besondere Art der Inhaltsänderung ist die Übertragung von Sondernutzungsrechten, insbesondere an Kraftfahrzeugstellplätzen, zwischen Miteigentümern. Durch den Beschluß des BGH⁸⁷ wurde das dogmatisch zunächst nahe liegende Erfordernis⁸⁸ der Mitwirkung aller Miteigentümer wie bei allen anderen Inhaltsänderungen aufgegeben. Verändert wird danach nur der Inhalt der Sondereigentumseinheiten, die Begünstigte des konkreten Sondernutzungsrechts sind, bei allen anderen Miteigentümern bleibt der negative Inhalt = Ausschluß vom Gebrauch, unberührt. Die Inhaltsänderung vollzieht sich durch (formlose) Einigung und Eintragung (§§ 877, 873 BGB). Jedoch ist wegen § 29 GBO die Form der Beurkundung oder Unterschriftsbeglaubigung zu wahren. Wichtig ist allerdings, daß diese Art der Inhaltsänderung nur bei verkehrsfähigen Sondernutzungsrechten zugelassen werden kann (sh. oben B II 6).

7. Als eine Inhaltsänderung im weiteren Sinn ist auch die Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt anzusehen⁸⁹, obwohl dies nicht unter den Inhaltsbegriff des § 10 Abs. 2 WEG und die damit verbundenen Rechtsregeln fällt. Dogmatisch ist aber die im Teilungsakt festzulegende positive (Wohnungseigentum) oder negative (Teileigentum) Zweckbestimmung dem Inhalt, nicht dem Gegenstand des Sondereigentums zuzurechnen (dazu oben B II 10).

Da das WEG keine unmittelbare Aussage darüber trifft, welche materiellen und formellen Regeln für eine solche Änderung gelten, ist auf vergleichbare Bestimmungen zurückzugreifen. Die Zweckangabe ist zwingender Bestandteil des dinglichen Teilungsaktes. Der Alleineigentümer verfährt hierbei nach § 8 WEG, die Eigentümergemeinschaft nach § 3 WEG. Es liegt nahe, die hierbei maßgeblichen Bestimmungen auch auf die Zweckänderung anzuwenden. Die Anwendung des § 8 WEG beim Alleineigentümer geht reibungslos. Solange er Alleineigentümer ist, kann er durch einseitige Erklärung Wohnungs- und Teileigentum umwandeln. Vormerkungsberechtigte Käufer müssen allerdings zustimmen⁹⁰. Sobald eine Mehrheit von Wohnungseigentümern besteht, käme § 3 WEG in Betracht. Dann wären die Formvorschriften des § 4 WEG anzuwenden: Einigung in der Form der Auflassung, ein etwaiger schuldrechtlicher Vertrag fiele unter § 313 BGB. Diese Formerschwernisse wären je-

doch bei dem bereits entstandenen Sondereigentum überzogen. Es ist deshalb angemessen, die Vorschriften über die Inhaltsänderung nach § 5 Abs. 4 mit § 10 Abs. 2 WEG entsprechend anzuwenden⁹¹: Einigung und Eintragung (§ 873 BGB) in Verbindung mit § 29 GBO. Mitwirken müssen dabei sämtliche Miteigentümer. Ist jedoch in der Gemeinschaftsordnung für bestimmte Einheiten ein alternativer Gebrauch als Wohnungs- oder Teileigentum ausdrücklich gestattet (z. B. Praxis/Wohnung, Dachausbau als Wohnung), ist der betreffende Sondereigentümer analog § 8 WEG berechtigt, durch einseitige Erklärung an das Grundbuchamt die Änderung zu beantragen.

8. Was die Gläubigerposition bei Inhaltsänderungen betrifft, so sind hierfür die §§ 877, 876 BGB entsprechend anzuwenden⁹². Das bedeutet, daß grundsätzlich zu jeder Inhaltsänderung die Zustimmung der dinglich Berechtigten nötig ist. Sie ist nur ausnahmsweise entbehrlich, wenn jede rechtliche Beeinträchtigung ausgeschlossen ist⁹³. In dieses strenge Zustimmungsprinzip wird jedoch eingegriffen, wenn Mehrheitsbeschlüsse Vereinbarungen verdrängen können, auch wenn die Gemeinschaftsordnung solche zuläßt. Hierin kann kein Freibrief zur Beeinträchtigung von Gläubigern liegen. Daher muß man in solchen Fällen auch dem Gläubiger die Berufung auf § 242 BGB gestatten.

Inhaltsänderung ist eine Änderung der Befugnisse des Eigentümers bei Wahrung der Identität des dinglichen Gegenstandes. Der belastete Gegenstand bleibt dem darauf ruhenden dinglichen Recht eines Dritten mit dem geänderten Inhalt verhaftet. Zur Herbeiführung dieses Ergebnisses sind keine besonderen Erklärungen des Eigentümers bezüglich des Gläubigerrechts wie bei der Erweiterung des Pfandgegenstandes (§ 890 BGB) erforderlich.

Schlußbemerkung

Mit dem vorstehenden Aufsatz wurde versucht, im Rahmen der Dogmatik des BGB und des WEG die klare und konsequente Trennung von Gegenstand und Inhalt des Eigentums im WEG darzustellen. Mit Gegenstand wird dabei der Herrschaftsbereich des Eigentümers bezeichnet, mit Inhalt sind seine Rechte und Befugnisse gemeint. Im WEG sind Miteigentum und Sondereigentum zwar zwingend verbunden, aber je echtes Eigentum mit je spezifischem Gegenstand und Inhalt. Dies ist bei Begründung, Handhabung und bei Änderungen von Wohnungs- und Teileigentum zu berücksichtigen⁹⁴. Eine saubere dogmatische Betrachtungsweise führt überall zu vernünftigen Lösungen, insbesondere dann, wenn es um Änderungen geht.

⁸⁷ DNotZ 1979, 168.

⁸⁸ so noch BayObLG DNotZ 1977, 667.

⁸⁹ Weitnauer § 1 Rdnr. 6 a; Bärmann § 10 Rdnr. 54; dazu BayObLG DNotZ 1984, 104.

⁹⁰ siehe BGH DNotZ 1975, 31.

⁹¹ nicht unmittelbar, so aber BayObLG DNotZ 1984, 107 m.w.N.

⁹² Für die Anwendung von §§ 877, 876 BGH DNotZ 1984, 969 m.w.N.; BayObLG DNotZ 1984, 107 läßt lediglich offen, ob unmittelbar oder entsprechend anzuwenden; kritisch Ertl DNotZ 1979, 277.

⁹³ BGH DNotZ 1984, 695; dazu Weitnauer MDR 1984, 1115; BayObLG DNotZ 1975, 32.

⁹⁴ Die Theorie von Merle, wonach das Wohnungseigentum als grundstücksgleiches Recht verstanden wird, geht vor allem deswegen fehl, weil bei ihr Gegenstand und Inhalt nicht vom Wesen her getrennt werden. Deshalb kann die Anwendung der Ergebnisse auf die Praxis nicht befriedigen („Die Eigentumswohnung“ S. 182 ff.)

II.

Kurze Beiträge

Löschungserleichterung für 10:1 umgestellte Rechte

Von Notar Dr. Benno Keim, München

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist ein alltägliches Problem der notariellen Praxis, das sowohl im materiellen wie auch im formellen Grundbuchrecht eine nicht ganz befriedigende Regelung gefunden hat, wenigstens was die Löschung gegenstandsloser Eintragungen angeht, die nach allgemeiner menschlicher Erfahrung erloschen sind oder deren Fortbestehen zumindest sehr zweifelhaft ist.

Die Konsequenz daraus ist, daß von Zeit zu Zeit „Maßnahmegesetze“ erlassen werden, die eine „Grundbuchbereinigung“ zum Ziel haben, die also das Grundbuch von Eintragungen befreien sollen, die längst gegenstandslos geworden sind, die aber auf dem normalen Wege nur entweder sehr umständlich oder kostenträchtig bereinigt werden können.

Das Grundbuchmaßnahmegesetz von 1963 (BGBl I 986) hat wenigstens auf einem Gebiete eine Erleichterung geschaffen, nämlich dort, wo es sich um die Löschung einer umgestellten alten Hypothek oder Grundschuld handelt, deren Umstellungsbetrag 500 DM nicht übersteigt. Was die vom Gesetz sonst behandelten speziellen Fragen angeht, z. B. die Umstellungsgrundschulden, die Gebäudeentschuldung, die Abgeltungslasten und Abgeltungshypotheken, so dürften diese sich im Laufe der Zeit weitgehend von selbst erledigt haben. Schwierigkeiten bereitet daher nur mehr die Löschung von alten Rechten der genannten Art. Soweit juristische Personen, also Banken, Versicherungen, Bausparkassen etc. als Gläubiger eingetragen sind, halten sich die Schwierigkeiten in Grenzen, da diese nicht spurlos verschwinden, sondern entweder heute noch existieren oder sich mit einem anderen Institut fusioniert haben. Zumindest gibt es für sie einen Liquidator oder — erforderlichenfalls — einen Nachtragsliquidator.

Anders ist es jedoch, wenn eine Privatperson Gläubiger eines solchen alten Rechts ist. Die Bestimmung des § 18 GBMaßnG (Grundbuchmaßnahmegesetz) bringt nun wenigstens nach ihrem Wortlaut eine Erleichterung hinsichtlich der Form der Löschungsbewilligung und hinsichtlich der Form des Nachweises der Erbfolge.

Die Löschungsbewilligung bedarf danach für solche umgestellten alten Rechte, deren Betrag 500 DM nicht übersteigt, nicht der Form des § 29 GBO. Hinsichtlich des Nachweises der Erbfolge kann sich das Grundbuchamt ebenfalls mit anderen Beweismitteln begnügen, wenn die Beschaffung eines Erbscheins oder eines Zeugnisses nach § 1505 BGB (Zeugnis über die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft) nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand an Kosten oder Mühe möglich ist.

Dabei kann der Antragsteller auch zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden, um Tatsachen, die im Normalfall nur mittels öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden gemäß § 29 GBO bewiesen werden können, glaubhaft zu machen.

Wenn sich diese Erleichterungen auch nur auf die genannten Bagatelldbeträge beziehen, so darf die Entlastungswirkung doch nicht verkannt werden. Erfahrungsgemäß bleiben gerade gerne solche „kleinen Schulden“ über Jahre — und Jahrzehnte — hinweg ungeregelt, weil sie bekanntlich „nie-

manden weh tun“. Erst bei einer neuen Beleihung oder bei einem Verkauf eines Grundstücks, das mit einem solchen alten Recht belastet ist, wird die Frage der Löschung aktuell. Aber auch bei den genannten Bagatelldbeträgen ergeben sich in solchen Fällen Schwierigkeiten, in denen weder der seinerzeitige Gläubiger aufgespürt werden kann noch bekannt ist, ob überhaupt ein Erbfall eingetreten ist und wer Erbe geworden ist.

Wenn nun der eingetragene Gläubiger nicht mehr auffindbar ist, dann gibt es aber überhaupt keine Löschungsbewilligung, auch nicht in der erleichterten Form des § 18 GBMaßnG. Hier hat nun das LG Köln mit Beschluß vom 6. September 1982 — 11 T 278/82, der in den Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 1982, 252 veröffentlicht ist, eine bemerkenswerte Entscheidung gefällt.

Diese Entscheidung verdient Beachtung, da sie den nicht allzu häufigen Fall darstellt, daß die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen in einer vernünftigen Weise erfolgte, die zu einer Vereinfachung des Lösungsverfahrens solcher alten Rechte führt.

Aus den Gründen dieser bemerkenswerten Entscheidung darf daher im Einzelnen zitiert werden:

„Zwar ist dem Rechtspfleger grundsätzlich insoweit Recht zu geben, als diese Vorschrift — § 18 Grundbuchmaßnahmegesetz — primär nur eine Formerleichterung vorsieht, also nur auf die Einhaltung der in § 29 GBO normierten Formvorschriften verzichtet, nicht jedoch auf den Nachweis der materiell-rechtlichen Erfordernisse bei Löschungen, nämlich auf die Bewilligung des Betroffenen, d. h. des Gläubigers. Nach dem Sinn des vorerwähnten § 18 kann dieser nach Ansicht der Kammer jedoch in den Fällen extensiv interpretiert und angewendet werden, in denen die genannten Bewilligungserklärungen nur unter größeren Schwierigkeiten und mit nennenswertem Kostenaufwand zu beschaffen sind. Dem § 18 liegt die Erwägung zugrunde, daß die Löschung kleiner und kleinster Grundpfandrechte für den Schuldner nicht mit Kosten verbunden sein soll, die in keinem vernünftigen Verhältnis zum Schuldbetrag mehr stehen.

Aus diesem Grund wird auf die kostenauslösende Einhaltung der Form des § 29 GBO verzichtet, während die Beschaffung der Bewilligungserklärung als solcher normalerweise nicht mit nennenswerten Kosten verbunden sein wird.

Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, daß die ursprünglichen Hypothekengläubiger verstorben und Rechtsnachfolger nicht ohne weiteres zu ermitteln sind. Die vom Rechtspfleger . . . nahegelegten Maßnahmen, wie z. B. die Bestellung eines Pflegers, würden, soweit sie überhaupt als sinnvoll erachtet werden können, nicht unbeträchtliche Kosten verursachen, welche den umgestellten Hypothekenbetrag . . . mit Sicherheit erreichen, voraussichtlich sogar übersteigen.

Unter diesen Umständen sieht die Kammer es von der Bestimmung des § 18 GBMaßnG noch als gedeckt an, wenn die Antragsteller indesstattdlich versichern, daß der Schuldbetrag längst an die Gläubiger gezahlt worden ist, diese inzwischen verstorben und Rechtsnachfolger nicht zu ermitteln sind.“

Diese Entscheidung ist zu begrüßen. Sie führt durch eine teleologische Interpretation des § 18 GBMaßnG zu einem vernünftigen Ergebnis und zeigt, daß auch Verfahrensvorschriften auf diesem Wege einer sinnvollen Auslegung zugeführt werden können.

Für die genannten Bagatelldbeträge schließt die Entscheidung eine Gesetzeslücke, die freilich für andere Fälle, d. h. in den Fällen bestehen bleibt, in denen der Bagatelldbetrag überschritten wird.

III. Buchbesprechungen

Claus Nolting, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, Bielefeld (Verlag Ernst und Werner Gieseking) 1985 (Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht Bd. 106), 140 S., DM 44,—

Dirk Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, Paderborn etc. (Verlag Ferdinand Schöningh) 1984 (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, n. F. Heft 41), 327 S., DM 72,—

I.

Die hier zu besprechenden Bücher, eine Dissertation (*Nolting*) und eine Habilitationsschrift (*Olzen*), stehen in der Reihe der Publikationen, die sich neuerdings verstärkt mit der Anwendung des Gesetzes in der Praxis, mit der praktischen Vertragsgestaltung und damit letztlich auch mit der Tätigkeit des Notars beschäftigen. Dies gilt vor allem für das Gebiet des Erbrechts, das die genannten Bücher ausschnittsweise behandeln.

1. a) Das Buch von *Nolting*, „Zugleich ein Beitrag zu der Auslegung von Erbverträgen“, hält sich zunächst auf bei der — vor allem ex post dem Richter — sich stellenden Frage, wie bindende und einseitige Verfügungen im Erbvertrag abgegrenzt werden können. Die Schwierigkeiten der Auslegung, die hier auftauchen, sollte der Notar durch eine klare Kennzeichnung der bindenden Verfügungen vermeiden helfen.

b) Anschließend daran spricht *Nolting* (Teil 2) die Möglichkeiten an, die Bindungswirkung zu beschränken bzw. sich gänzlich von ihr zu befreien. Die Tatbestände der §§ 2290 bis 2292 und 2294 bis 2297 werden — als unproblematisch — nicht behandelt.

Zunächst wird auf die sog. Selbstanfechtung des Erblassers als Möglichkeit eingegangen, die Gebundenheit zu beseitigen (§§ 2281, 2078 f.). Da dieses Selbstanfechtungsrecht auch im Falle eines Motivirrtums eingreift, ja sogar „unbewußte Vorstellungen (z. B. die Ehe werde harmonisch verlaufen oder ein Begünstigter werde sich wohlverhalten) die Anfechtung begründen, wird die Bindung an den Erbvertrag durch dieses Selbstanfechtungsrecht äußerst stark relativiert und unterlaufen.

Es stellt sich demnach für den Notar die Frage, ob er dieses Selbstanfechtungsrecht nicht durch einen Vorausverzicht des Erblassers ausschließen oder zumindest bezüglich Motivirrtümern einschränken läßt. *Nolting* (Seite 92) vertritt jedenfalls die Ansicht, der Notar müsse die Parteien über die Relativierung der erbvertraglichen Bindung durch diese sehr weitgehende Möglichkeit der Selbstanfechtung und über die Möglichkeit des Verzichts hierauf belehren.

c) Im § 2293 sieht das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit vor, vom Erbvertrag zurückzutreten, wenn ein solches Rücktrittsrecht im Erbvertrag vorbehalten wurde (Form des Rücktritts: § 2296 Abs. 2). Davon wird dogmatisch unterschieden der gesetzlich nicht geregelte sog. vertragliche Änderungsvorbehalt. Während der Rücktrittsvorbehalt auf die Beseitigung aller bindenden Verfügungen abzielt, ermöglicht der Änderungsvorbehalt, trotz fortbestehender Bindung im übrigen einer bestimmten Verfügung einen anderen Inhalt zu geben.

Nach h. M. steht die Ausübung des sog. Änderungsvorbehaltes nicht unter dem Formzwang des § 2296 Abs. 2. Eine analoge Anwendung — analog §§ 2293, 2296 Abs. 2 — wird ebenfalls abgelehnt.

Vorsicht ist allerdings beim — in der Praxis nicht seltenen — Totalvorbehalt (Änderungsvorbehalt bezüglich sämtlicher bindender Verfügungen) geboten. Der BGH spricht nämlich einer Vereinbarung die Qualität eines Erbvertrages ab, wenn nicht einmal ein bindender Rest von Verfügungen von der Änderungsmöglichkeit ausgenommen ist. Dies wird neuerdings (auch von *Nolting*, S. 111 ff.) sehr bestritten. Läßt man einen Totalvorbehalt zu, muß allerdings für die Ausübung des Totalvorbehalts der Formzwang des § 2296 Abs. 2 analog eingreifen (überzeugend *Nolting* S. 119 f.).

2. a) Das Buch von *Olzen* geht von der — aus notarieller Sicht zu bestätigenden — Beobachtung aus, daß letztwillige Verfügungen immer mehr durch lebzeitige Rechtsgeschäfte verdrängt und zeitlich vorverlagert werden. Diese Vorwegnahme der Erbfolge führt zu einem Funktionsverlust des Erbrechts, zu einer Aushöhlung seiner Prinzipien (insbes. Gesamtrechtsnachfolge) und Schutzvorschriften. Dem BGB ist die vorweggenommene Erbfolge fremd und auch sonst fehlen zusammenhängende Regelungen (Ausnahmen: Höfeordnung und vorzeitiger Erbausgleich des nichtehelichen Kindes, § 1934 d).

b) Instrument der vorweggenommenen Erbfolge ist der sog. Übergabevertrag, in welchem der künftige Erblasser sein Vermögen oder Teile seines Vermögens auf einen präsumtiven gesetzlichen oder gewillkürten Erben überträgt. Dieser Übergabevertrag ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (*Olzen* S. 21 ff.). Je nach Ausgestaltung der Gegenleistungen muß der Übergabevertrag in die bekannten Schuldrechtstypen eingeordnet werden. In Frage kommen — bei nicht äquivalenter Gegenleistung — reine Schenkung, Schenkung unter Auflage (§ 525 Abs. 1), Zweckschenkung (§ 812 Abs. 1 Satz 2) und gemischte Schenkung, wobei erstere als unentgeltliche Rechtsgeschäfte gelten, die gemischte Schenkung aber als teilentgeltlicher Vertrag. Die Einordnung kann jeweils nur unter Berücksichtigung des Einzelfalles erfolgen (*Olzen* S. 32). Bei voll äquivalenter Gegenleistung ist kein Übergabevertrag gegeben.

c) Der Übergabevertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Erbrechtsfunktionen muß von der erbvertraglichen Nachfolgeregelung unterschieden werden; denn Formvorschriften (§ 2276 Abs. 1) und Wirksamkeitsvoraussetzungen (§ 2275) sind beim Erbvertrag erheblich strenger als bei vergleichbaren Rechtsgeschäften unter Lebenden. Und die Stellung der Nachlaßgläubiger und Pflichtteilsberechtigten verschlechtert sich beim Rechtsgeschäft unter Lebenden erheblich gegenüber dem Erbvertrag (vgl. für die Gläubiger §§ 3 AnfG, 32 KO bei Übergabe, § 226 KO bei Erbvertrag; für die Pflichtteilsberechtigten § 2311 bei Erbvertrag, §§ 2325, 2329 bei Übergabe) (*Olzen* S. 46 ff., 62 ff.).

Diese Abgrenzung wird virulent insbesondere, wenn zwar die Tatbestandsmerkmale des § 2301 Abs. 1 nicht alle erfüllt sind (Schenkungen, kein teilentgeltliches Geschäft, Entstehung der Zuwendung auf den Tod des Erblassers aufschiebend befristet, Bedingung des Überlebens des Bedachten),

aber auch kein lebzeitiger Vollzug des Vertrages im Sinne von § 2301 Abs. 2 erfolgt. *Olzen* (S. 57 bis 110) plädiert, um Gläubiger und Pflichtteilsberechtigte besser zu schützen, dafür, den Bereich der Geltung des Erbrechts zu erweitern und bei fehlendem lebzeitigem Vollzug den Übergabevertrag als Erbvertrag anzusehen. Dogmatisch gesehen bejaht er die Analogiefähigkeit von § 2301 Abs. 2 und erkennt deshalb im Vollzugserfordernis ein allgemeines Prinzip zur Abgrenzung zwischen lebzeitigem und letztwilligem Rechtsgeschäft (*Olzen* S. 94 ff.). Übergabeverträge in Form einer Schenkung unter Auflage oder einer gemischten Schenkung, in Form einer betagten Schenkung oder bei Fehlen der Überlebensbedingung, bei welchen § 2301 Abs. 1 also nicht eingreift, müssen dennoch „vollzogen“ werden, um als Rechtsgeschäfte unter Lebenden (Übergabevertrag im Sinne vorweggenommener Erbfolge) anerkannt zu werden; sonst stellen sie erbrechtliche Verfügungen dar.

d) Wann liegt nun ein „Vollzug“ in diesem Sinne vor? Nach *Olzen* (S. 110 ff.) ist ein Vollzug der Zuwendung und damit ein Übergabevertrag unter Lebenden im Wege der vorweggenommenen Erbfolge anzunehmen, wenn der Erblasser sein Vermögen durch Übertragung mindestens eines Anwartschaftsrechtes noch zu Lebzeiten gemindert hat.

Hier drängt sich ein kritischer Gedanke auf: Ist im Übergabevertrag zwar der lebzeitige Vollzug vorgesehen, verstirbt der Erblasser jedoch, bevor dem Erwerber ein Anwartschaftsrecht verschafft wurde (z. B. durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung oder eigene Antragstellung auf Eigentumsumschreibung), dann wollten zwar die Vertragsteile ein Geschäft unter Lebenden abschließen und der Notar hat nur dessen Wirksamkeitsvoraussetzungen beachtet. Nachträglich wandelt sich jedoch diese Übergabe chamäleonartig nach der Ansicht von *Olzen* in einen Erbvertrag um, da ein Vollzug nicht zu Lebzeiten erfolgt ist. Diese Konsequenz stimmt nachdenklich. Muß es nicht darauf ankommen, wie die Vertragsteile ex ante das Vollzugsmoment geregelt und vorgesehen haben?

e) *Olzen* (S. 171 ff.) behandelt nach diesen Grundlegungen Probleme des Abschlusses und der Abwicklung des Übergabevertrages. Sie münden zumeist auch in die Grundfrage, inwieweit erbrechtliche Vorschriften auf den Übergabevertrag analog angewendet werden können. *Olzen* tritt weitgehend dafür ein:

Unter der Rubrik „Zustandekommen des Vertrages“ werden z. B. neben Wirksamkeitserfordernissen, Willensmängeln und Auslegung die Formvorschriften behandelt. Hier vertritt *Olzen* (S. 223 ff.) die Ansicht, daß §§ 2276, 2274 BGB (gleichzeitige Anwesenheit vor dem Notar, keine Vertretung des Übergebenden) analog auf die Übergabe angewendet werden müssen — eine für die Beurkundungstätigkeit des Notars gravierende Einsicht, falls ihr zu folgen ist.

Unter dem Stichpunkt „Vertragsabwicklung“ prüft *Olzen* (S. 246 ff.) die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. bei Leistungsstörungen im Übergabevertrag. Hier gewinnt die Einordnung des Übergabevertrages in das Schuldrechtssystem je nach Einzelfall wieder Relevanz: Reine Schenkung und Schenkung unter Auflage sind keine gegenseitigen Verträge und fallen damit aus dem Anwendungsbereich der §§ 320 ff. grundsätzlich heraus. Wegen der Sonderregelungen im Schenkungsrecht (§§ 526 f.) kommt auch eine Analogie nur

bezüglich § 324 bei der Auflagenschenkung in Betracht. Die gemischte Schenkung als tellentgeltliches Geschäft steht zwar unter der Geltung der §§ 320 ff., jedoch nur in ihrem Äquivalenzteil. Ihr unentgeltlicher Teil unterliegt den genannten Sonderregelungen. Bei Leistungsstörungen im entgeltlichen Teil wird der unentgeltliche Teil analog § 2085 BGB aufrechterhalten.

Ähnlich die Rechtslage bei Gewährleistungsansprüchen: Sonderregelungen bestehen im Schenkungsrecht (§§ 523 f., 526) für reine Schenkungen und Auflagenschenkung, die Schenkungsteile bei der gemischten Schenkung werden getrennt behandelt.

Wichtig ist, daß weder Rücktritt noch Wandlung zur Rückgängigmachung des Übergabevertrages berechtigen sollen (*Olzen* S. 270 ff.). Hier hätte man auch auf Art. 17 ff. des Bayer. AGBGB (vom 20.9.1982) hinweisen können. Leistungsstörungen und Gewährleistungsansprüche führen nach *Olzen* also — auch abgesehen von positiven Regelungen — zu keiner Rückabwicklung der vorweggenommenen Erbfolge. Dagegen können die im BGB vorgesehenen Tatbestände der Verarmung und des groben Undanks (§§ 528, 530) den Rückfall begründen, und zwar auch bei der gemischten Schenkung für den unentgeltlichen Teil.

Aber auch vertraglich können — jedem Notar vertraut — Rückübertragungs- und Rückfallgründe vereinbart werden. Nur vor einer jederzeitigen freien Widerrufsmöglichkeit warnt *Olzen* zurecht (S. 279 ff.).

f) Zum Schluß streift *Olzen* (S. 293 ff.) die Einbeziehung weicher Erben in den Übergabevorgang durch Beteiligung am Übergabevertrag oder Abschluß selbständiger Rechtsgeschäfte.

II.

Die beiden Bücher hinterlassen beim Leser einen völlig differenten Eindruck: Während das Buch von *Nolting* eine solide Zusammenfassung eigentlich feststehender Erkenntnisse bringt, betritt *Olzen* weithin juristisches Neuland. Dementsprechend erscheinen seine Ergebnisse auch nicht immer als konsistent und konsequent.

Beispielsweise für den Übergabevertrag — entsprechend der Tendenz von *Olzen*, erbrechtliche Vorschriften weithin auf den Übergabevertrag analog anzuwenden — eine Anfechtung wegen jeglichen Motivirrtums analog § 2078 Abs. 2 zuzulassen (S. 203 ff.) und damit die vertragliche Bindung völlig zu untergraben, widerspricht doch eindeutig dem Anliegen, bei der Vertragsabwicklung Wandlung und Rücktrittsrechte auszuschließen (S. 270 ff.), um den Bestand des Vertrages nicht zu gefährden. Diese Ansicht widerspricht übrigens auch der Empfehlung von *Nolting*, das Anfechtungsrecht wegen Motivirrtums sogar beim Erbvertrag möglichst einzuschränken.

Wie dem auch sei: Jedenfalls sind beide Bücher schon deshalb zu begrüßen, weil sie dem lesefreudigen Notar die Möglichkeit geben, seine tägliche Arbeit und die vielen Selbstverständlichkeiten in Übergabe- und Erbverträgen dogmatisch zu überdenken und neue Anregungen aufzunehmen.

Notar *Erich Rossak*, Babenhausen

IV. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. AGBG §§ 11 Nr. 10 f, 23; VOB/B § 13 B (*Unwirksamkeit der isolierten Vereinbarung der VOB-Gewährleistung*)

Die Gewährleistungsregelung der VOB/B kann in einem Bau- oder Bauträgervertrag formularmäßig „isoliert“ zumindest insoweit nicht vereinbart werden, als damit die Gewährleistungsfrist des § 638 BGB verkürzt wird.

BGH, Urteil vom 10.10.1985 — VII ZR 325/84 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte hat am Hause des Klägers Fassadenarbeiten ausgeführt. Den Auftrag dazu hatte der Kläger am 10. August 1978 auf einem von der Beklagten verwendeten Formular erteilt, das die Klausel „Gewährleistung gemäß Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)“ enthielt.

In der folgenden Zeit aufgetretene Mängel ließ die Beklagte im Jahre 1980 beheben. Im Frühjahr 1983 traten erneut Schäden an der Fassade auf. Als der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung wieder zur Mängelbeseitigung aufforderte, berief sie sich auf Verjährung.

Mit der am 9. August 1983 eingereichten und demnächst zugestellten Klage hat der Kläger 17.556 DM nebst Zinsen als Schadensersatz verlangt. Auf die Einrede der Beklagten, daß die Forderung verjährt sei, hat er behauptet, daß die Klausel, derzufolge die Beklagte nur gemäß VOB/B Gewähr zu leisten habe, bei Auftragserteilung gestrichen worden sei. Das hat die Beklagte bestritten.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe der Klageforderung und über die Kosten der Berufung an das Landgericht verwiesen.

Mit der — zugelassenen — Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Parteien die Klausel „Gewährleistung gemäß Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)“ bei Erteilung des Auftrags durchgestrichen haben. Da sie nicht die Geltung der VOB/B „als Ganzes“ vereinbart hätten, sei die Klausel gemäß § 11 Nr. 10 f AGBG insoweit unwirksam, wie sie die nach § 638 Abs. 1 BGB für Arbeiten bei Bauwerken maßgebliche gesetzliche Gewährleistungsfrist von fünf Jahren verkürze. Damit sei der entweder nach § 635 BGB oder nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B zu beurteilende Anspruch auf Schadensersatz nicht verjährt.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß die „isolierte“ Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der VOB/B in einem Formularvertrag zumindest insoweit unwirksam ist, wie dadurch die gesetzliche Gewährleistungsfrist verkürzt wird.

1. Die Frage, ob die Gewährleistungsregelung der VOB/B in einem Bau- oder Bauträgervertrag formularmäßig „isoliert“ vereinbart werden kann, ist im Schrifttum lebhaft umstritten. Im wesentlichen geht es dabei darum, ob in einem solchen Falle § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG eingreift. Nach dieser Vorschrift findet § 11 Nr. 10 f AGBG — demzufolge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam ist, durch die bei Verträgen „über Lieferung neu hergestellter Sachen und Leistungen“ die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verkürzt werden — keine Anwendung auf Leistungen, für die die VOB Vertragsgrundlage ist.

a) Ein Teil des Schrifttums bejaht diese Frage, und zwar vor allem mit Blick auf den Bauträgervertrag (vgl. die Hinweise in *Ingenstau/Korbion*, VOB, 10. Aufl., Teil A § 10 Rdnr. 60 a). Hierfür spreche zunächst der Wortlaut des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG, der auf „Leistungen“, nicht etwa auf „Verträge“ abstelle. Demgemäß sei die Vorschrift für das hier interessierende Verbot in § 11 Nr. 10 f AGBG so zu lesen, daß es keine Anwendung findet „für die Gewährleistung, für die die VOB Vertragsgrundlage ist“ (so z. B. *Brambring*, NJW 1978, 777, 780). Außerdem sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die Gewährleistungsregelung der VOB/B einen in sich ausgewogenen und angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen enthalte (so zuletzt *Schmidt*, BauR 1981, 119, 127). Selbst wenn die Gewährleistungsregelung nicht voll ausgewogen sei, so fehle es doch an der unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 9 AGBG (vgl. *Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 4. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdnr. 905).

Daß es genüge, „wenn die in sich geschlossenen Gewährleistungsbestimmungen der VOB/B allein zum Gegenstand eines Bauvertrags gemacht worden sind, um die Verkürzung der Verjährung . . . von fünf auf zwei Jahre zu ermöglichen“, meint denn auch die Revision.

b) Der überwiegende Teil des Schrifttums verneint dies jedoch (eingehend: *Korbion*, aaO mit Nachw.; ferner *Bunte*, BB 1983, 732, 735; *von Craushaar*, BauR Heft 6/79, „baurecht aktuell“; *Dittmann/Stahl*, AGB, Rdnr. 528; *Horn in Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, § 23 Rdnr. 246; *Kaiser*, ZfBR 1984, 15, 17; *Keilholz*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, S. 241, 324; *Riedl in Heiermann/Riedl/Schwaab*, aaO, Einf. zu B § 13 Rdnr. 7 f; *Schwender in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender*, Wohnungsbaurecht, II. WoBauG § 54, S. 47; *Usinger*, NJW 1984, 153; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rdnr. 140). Nach dieser Ansicht kann die Gewährleistungsregelung der VOB formularmäßig wirksam nur vereinbart werden, wenn die VOB „als Ganzes“ Vertragsgrundlage geworden ist. Das ergebe sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, wie er aus dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu verstehen sei, und sei auch allein sachgerecht. Die durch § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ermöglichte Verlängerung der Gewährleistungsfrist durch schriftliches Verlangen des Auftraggebers nütze nichts, wenn — was gerade bei schweren Baumängeln vorkomme — diese Mängel erst nach Ablauf von zwei Jahren seit der Abnahme erkennbar würden.

2. Höchstrichterlich ist die Frage noch nicht entschieden. Die Oberlandesgerichte Saarbrücken (Urt. vom 28. März 1984 — 1 U 112/82), Nürnberg (Urt. vom 8. November 1984 — 2 U 2923/81 = BauR 1985, 320 [= MittBayNot 1985, 66]), Hamm (Urt. vom 13. Dezember 1984 — 6 U 159/84) und wohl auch Stuttgart (Beschl. vom 4. März 1985 — 12 W 13/85 = BauR 1985, 321) sowie das Landgericht Düsseldorf (NJW 1985, 500 [= MittBayNot 1985, 67] mit Anm. *Bunte* in EWIR § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG 1/85), haben die „isolierte“ Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der VOB/B und die damit verbundene Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist in Formularverträgen allerdings schon als unwirksam behandelt (anders dagegen Oberlandesgericht Nürnberg, Urt. vom 28. Oktober 1983 — 6 U 910/83).

3. Dem ist auch zuzustimmen.

a) Dabei kann offen bleiben, ob der in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG verwendete Begriff „Leistungen“ unklar und deshalb hinsichtlich der Gewährleistung so zu verstehen ist, wie das vorerwähnten Vertreter der Gegenmeinung für richtig halten. Denn daraus folgt noch nicht, daß die Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist schon dann zulässig ist, wenn allein die Gewährleistungsregelung der VOB/B formularmäßig vereinbart ist. „Vertragsgrundlage“ ist die Verdingungsordnung für Bauleistungen nur, wenn sie ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden ist (Senatsurteil BGHZ 86, 135, 142 [= MittBayNot 1983, 117]). Die bloße Übernahme der Gewährleistungsregelung reicht dafür nicht aus. Die VOB/B enthält nur im ganzen einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen (Senat aaO, S. 141). Für die Gewährleistungsregelung — „isoliert“ betrachtet — gilt das keineswegs.

b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens; dieser Verlauf bestätigt vielmehr die Ansicht des Senats.

Schon in der Begründung des dem Bundesrat zugeleiteten Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 30. Mai 1975 (BR-Drucks. 360/75) wird zwar die Verkürzung der Gewährleistungsfrist „für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist“, damit gerechtfertigt, daß „die rechtliche Stellung des Bestellers durch die VOB/B gegenüber dem Werkvertragsrecht des BGB in einigen Punkten verstärkt“ wird. Außer auf die Möglichkeit, die Verjährung durch einfache schriftliche Rüge zu unterbrechen, und auf die Festlegung einer selbständigen weiteren Verjährungsfrist von zwei Jahren für die Mängelbeseitigung (§ 13 Nr. 5 VOB/B) wird dort aber auch und an erster Stelle auf die Einwirkungsmöglichkeiten verwiesen, die dem Auftraggeber bereits vor der Abnahme des Werks zustehen (aaO, S. 42). Diese sich vor allem aus § 4 VOB/B ergebenden Einwirkungsmöglichkeiten gehören nicht zum eigentlichen Gewährleistungsrecht. Sie können im Einzelfall immerhin bewirken, daß schwere und erst nach mehr als zwei Jahren auftretende Baumängel vermieden werden (vgl. auch das im Auftrag des Innenministers von Nordrhein-Westfalen im Mai 1973 von Prof. Dr.-Ing. Schild sowie seinen Mitarbeitern Oswald und Rogier fertiggestellte Gutachten „Bauschäden im Wohnungsbau, Teil I“, S. 68, wonach erst eine 5jährige Gewährleistungsfrist als ausreichend zu betrachten ist, Schäden aber noch innerhalb von 7 Jahren zu erwarten sind). Zwar war, wie es in der amtlichen Begründung ferner heißt, die Verjährungsregelung der VOB von den im Deutschen Verdingungsausschuß für Bauleistungen vertretenen Fachkreisen „insgesamt . . . als ausgewogen und den heutigen Gegebenheiten im Bauwesen angemessen betrachtet“ worden. Es war aber durchaus folgerichtig, daß der Regierungsentwurf sich nicht hiermit begnügte, vielmehr die Ausnahme von der gesetzlichen Gewährleistungsfrist „zum Schutze des Bestellers . . . nur dann (zulassen wollte), wenn die VOB als Ganzes dem Vertrag zugrunde gelegt wird“ (aaO, S. 42).

Daran hat sich auch später nichts geändert.

Die Stellungnahme des Bundesrats vom 11. Juli 1975 geht auf den hier erörterten Fragenkreis nicht ein. Die dem Bundestag am 6. August 1975 vorgelegte Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 7/3919) stimmt mit der bisherigen Begründung wörtlich überein (aaO, S. 42). Auf Vorschlag des Rechtsausschusses ist später auch die fingierte Abnahme

von Bauleistungen (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B) privilegiert worden. Im übrigen hat der Ausschuß betont, daß das Verbot der Verkürzung von gesetzlichen Gewährleistungsfristen durch AGB dann nicht gerechtfertigt ist, „wenn die VOB als Ganzes einem Vertrag zugrunde gelegt wird, da die VOB zum Teil die Stellung des Kunden stärkt“ (BT-Drucks. 7/5422, S. 14). Damit hat der Rechtsausschuß, der den Wortlaut des Gesetzentwurfs zur Privilegierung der VOB hinsichtlich der Gewährleistungsfrist nicht geändert hat, nur verdeutlicht, daß die VOB als Ganzes dem Vertrag zugrunde gelegt werden müsse, wenn die Verkürzung der Gewährleistungsfrist wirksam werden solle.

4. Auf die Frage, ob die „isoliert“ vereinbarte Gewährleistungsregelung der VOB in Formularverträgen zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne des § 9 AGBG führt, kommt es angesichts der in § 11 Nr. 10 f. AGBG getroffenen Entscheidung des Gesetzgebers nicht mehr an. Im übrigen hat der Senat schon in seinem Urteil NJW 1982, 169, 170 [= MittBayNot 1981, 235] ausgesprochen, daß die Gewährleistungsregelung nach der VOB/B keinen angemessenen Ausgleich für die gesetzliche Gewährleistungsfrist bietet (vgl. allgemein zum Verbot der Abkürzung von Verjährungsfristen in AGB für Arbeiten bei Bauwerken auch im kaufmännischen Verkehr BGHZ 90, 273 [= MittBayNot 1984, 125]). Mit Recht ist daher Reithmann (MittBayNot 1981, 225 ff) entgegengehalten worden, daß eine formularmäßige Abkürzung der Gewährleistungsfrist nicht die Zustimmung des Bundesgerichtshofs finden werde (Stumpp, MittBayNot 1982, 114).

2. BGB § 504; BBauG § 24 Abs. 5 (Kein gemeindliches Vorkaufsrecht bei Veräußerung unter Miteigentümern)

Das Grundbuchamt kann die Vorlage einer sog. Negativbescheinigung der Gemeinde (§ 24 Abs. 5 Satz 3 BBauG) nicht verlangen, wenn sich aus den ihm vorliegenden Urkunden ergibt, daß ein Vorkaufsfall nicht gegeben ist (hier: Veräußerung unter Miteigentümern).

BayObLG, Beschluß vom 19.9.1985 — BReg. 2 Z 90/85 — mitgeteilt von Ernst Karmasin, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks. Die Beteiligte zu 1 verkaufte ihren Hälfteanteil an die Beteiligte zu 2 und ließ ihn ihr gleichzeitig auf.

Den Antrag auf Vollzug der Auflassung hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung beanstandet: Es fehle die Bescheinigung der Gemeinde über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 24 BBauG und § 17 StBauFG.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat gegen die Zwischenverfügung namens der Beteiligten zu 2 Erinnerung eingelegt. Beim Verkauf eines Miteigentumsanteils bestehe kein Vorkaufsrecht der Gemeinde.

Das Landgericht hat die Erinnerung, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat, mit Beschluß zurückgewiesen.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat dagegen namens der Beteiligten zu 2 weitere Beschwerde eingelegt. Er begründet sie nunmehr damit, daß ein gemeindliches Vorkaufsrecht nicht bestehen könne, da der Hälfteanteil nicht an einen „Dritten“ im Sinne von § 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG, § 504 BGB, sondern an die Miteigentümerin verkauft worden sei.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 (§§ 15, 78, 80 GBO) führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen. Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

Ein Vorkaufsrecht der Gemeinde nach § 24 (sowie §§ 24 a, 25, 25 a) BBauG und § 17 StBauFG kommt zwar — was nunmehr auch die Beschwerdeführerin einräumt — auch dann in Betracht, wenn ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück verkauft wird (BGHZ 90, 174/176 [= MittBayNot 1984, 89]; vgl. auch BayObLGZ 1985 Nr. 48). Das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Zeugnisses über die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts (§ 24 Abs. 5 Satz 3 BBauG) ist aber nicht gerechtfertigt, weil sich schon aus der dem Grundbuchamt vorliegenden Urkunde ergibt, daß ein Vorkaufsfall zugunsten der Gemeinde nicht eingetreten ist. Der Verkauf des Miteigentumsanteils an einen Miteigentümer löst nämlich den Vorkaufsfall nicht aus (§ 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG, § 504 BGB).

a) Nach § 24 Abs. 5 Satz 2 BBauG darf das Grundbuchamt einen Eigentumswechsel nur eintragen, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen gemeindlicher Vorkaufsrechte nachgewiesen ist. Wenn ein Vorkaufsrecht nicht besteht oder wenn es nicht ausgeübt wird, hat die Gemeinde nach Satz 3 dieser Vorschrift ein Zeugnis darüber auszustellen. Dieses Zeugnis soll den Beteiligten die Möglichkeit geben, dem Grundbuchamt gegenüber den in Satz 2 geforderten Nachweis zu führen. Weder dem Wortlaut noch dem Zusammenhang der beiden Sätze kann entnommen werden, daß der Nachweis nur durch dieses Zeugnis geführt werden kann. Es kann sich für das Grundbuchamt schon aus dem zu vollziehenden notariellen Vertrag ergeben, daß ein Vorkaufsfall nicht vorliegt und die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Gemeinde von vornherein ausgeschlossen ist. In diesem Fall bedarf es keines (weiteren) Nachweises dafür, daß ein Vorkaufsrecht nicht bestehe oder daß es nicht ausgeübt werde. Das Verlangen des Grundbuchamts nach einem gemeindlichen Zeugnis des in § 24 Abs. 5 Satz 3 bezeichneten Inhalts ist dann auch nicht gerechtfertigt. Denn darauf, ob die öffentlich-rechtlichen (planungsrechtlichen) Voraussetzungen für die Entstehung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gegeben sind, kommt es dann nicht mehr an.

Mit diesen Erwägungen hat der Bundesgerichtshof das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Negativzeugnisses dann für nicht gerechtfertigt erklärt, wenn sich aus dem dem Grundbuchamt vorliegenden Urkunden ergibt, daß der zu vollziehenden Auflassung kein Kauf, sondern ein anderes Vertragsverhältnis (etwa ein Schenkungsversprechen) zugrunde liegt (BGHZ 73, 12 ff. [= DNotZ 1979, 168]; ebenso Senatsbeschlüsse vom 22.2.1979 BReg. 2 Z 87/77 und 2 Z 4/78 und vom 26.2.1979 BReg. 2 Z 25/78 und schon OLG Bremen MittBayNot 1978, 81; OLG Frankfurt MittRhNot 1978, 38; OLG Köln MittRhNot 1978, 54; OLG Celle nach *Otto*, Rpfleger 1978, 293/296; *Horber* GBO 16. Aufl. Anm. 6 N b, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 225, je zu § 20; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 2260 g; a. A. OLG Oldenburg Rpfleger 1977, 366 und 1978, 318 und wohl auch *Schrödter* BBauG 4. Aufl. § 24 Rdnr. 3).

b) Dieselben Grundsätze gelten, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil an dem Grundstück an einen anderen Miteigentümer verkauft und aufläßt.

Auch in diesem Fall ist der Eintritt des Vorkaufsfalles zugunsten der Gemeinde ausgeschlossen. Nach § 504 BGB kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Der Miteigentümer, der den Anteil eines anderen Miteigentümers erwirbt, ist aber nicht Dritter im Sinne dieser Vorschrift (BGHZ 13, 133/139, 141; *Palandt* BGB 44. Aufl.

Anm. 2 c, *Staudinger* BGB 12. Aufl. Rdnrn. 30, 31, Münch-Komm BGB Rdnr. 23, BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 8, *Soergel* BGB 10. Aufl. Rdnr. 4, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 9, je zu § 504; vgl. auch BGHZ 48, 1 ff.; BGH DNotZ 1957, 654 und 1970, 423; a. A. *Wolff/Raiser* Sachenrecht 10. Bearbeitung § 126 V 1 Fn 25 S. 503). Ebenso ist es beim gemeindlichen Vorkaufsrecht nach dem Bundesbaugesetz und dem Städtebauförderungsgesetz. Das Bundesbaugesetz hat die Entstehungsvoraussetzungen des gemeindlichen Vorkaufsrechts unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten selbständig geregelt, lehnt sich aber hinsichtlich des Vorkaufsfalles und der Ausübung des Vorkaufsrechts eng an die zivilrechtlichen Vorschriften an (BGH NJW 1972, 488; BGHZ 90, 174/178). § 504 BGB gilt auch hier (§ 24 Abs. 4 Satz 2 BBauG; § 24 a Satz 3, § 25 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz, § 25 a Satz 2 BBauG; § 17 Abs. 1 Satz 2 StBauFG). Die Gemeinde kann kein Vorkaufsrecht ausüben, wenn ein Miteigentümer seinen Anteil an einen anderen Miteigentümer verkauft (ebenso OLG Oldenburg Rpfleger 1977, 310/311; OLG Celle nach Rpfleger 1978, 295; KG Rpfleger 1979, 62/63 [= MittBayNot 1979, 42 = DNotZ 1979, 420]; *Baumgart* DNotZ 1978, 93/97; *Schrödter* Rdnr. 3, von *Brauchlitsch* BBauG 3. Aufl. Rdnr. 1, *Zinkahn/Bielenberg* BBauG letzte ErgLfg. April 1985 Rdnr. 10, *Brügelmann/Reos* BBauG letzte ErgLfg. April 1985 Rdnr. 8, *Battis/Krauzberger/Löhr* BBauG Rdnr. 6, je zu § 24).

Daß im vorliegenden Fall aus den eben genannten Gründen ein Vorkaufsfall für die Gemeinde nicht ausgelöst wurde, kann das Grundbuchamt aus den ihm vorliegenden Urkunden ohne weiteres selbst feststellen. Deshalb ist ein weiterer Nachweis durch ein Zeugnis der Gemeinde nach § 24 Abs. 5 Satz 3 BBauG entbehrlich (OLG Oldenburg, OLG Celle, KG, OLG Frankfurt, je aaO). Die Gefahr, daß die Beteiligten das gemeindliche Vorkaufsrecht zu umgehen versuchen, ist beim Verkauf an einen Miteigentümer sogar wesentlich geringer als beim Vollzug eines Schenkungs- oder sonstigen Überlassungsvertrages.

3. BGB § 1020 (*Gesetzliches Schuldverhältnis bei Dienstbarkeiten*)

§ 1020 BGB begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Eigentümern des herrschenden und des dienenden Grundstückes, für das § 278 BGB gilt.

BGH, Urteil vom 28.6.1985 — V ZR 111/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Zu Lasten der im Eigentum des Klägers stehenden Parzellen 91/3 und 91/4 der Gemarkung W. ist im Grundbuch eine Grunddienstbarkeit (Wegerecht) eingetragen, durch die dem jeweiligen Eigentümer der Parzelle 169/91, Gemarkung W., die Befugnis eingeräumt wird, einen 3 m breiten Streifen zum Gehen, Reiten, Fahren und Viehtreiben zu benutzen. Eigentümerin des herrschenden Grundstückes war bis November 1982 die Beklagte, die ihren Besitz verpachtet hatte.

Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch genommen. Er hat vorgetragen, der Pächter der Beklagten habe den Weg unnötigerweise mit schweren Fahrzeugen befahren, so daß tiefe Spuren entstanden seien. So habe der Pächter am 30. und 31. Januar 1980 den Weg mit schweren Jauchewagen befahren. Dadurch sei ein Schaden von 1 500 DM entstanden. Weitere Schäden seien durch Vorfälle in der Zeit von 1970 bis Sommer 1982 entstanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Oberlandesgericht wegen des aus den Vorfällen vom 30. und 31. Januar 1980 hergeleiteten Schadensersatzanspruchs zugelassenen Revision hatte der Kläger

zunächst seinen vollen Klageanspruch weiterverfolgt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat er dann das Rechtsmittel, soweit es nicht zugelassen worden ist, zurückgenommen. Die zugelassene Revision führt zur Aufhebung und Zurückweisung.

Aus den Gründen:

I. ...

II. 1. Hinsichtlich des Zahlungsanspruchs in Höhe von 1 500 DM nebst Rechtshängigkeitszinsen hat das Berufungsgericht ausgeführt, eine Ersatzpflicht der Beklagten aus §§ 823, 831 BGB entfalle, da der Pächter nicht ihr Verrichtungsgehilfe gewesen sei. Dem Kläger stehe aber auch kein Ersatzanspruch aus § 1020 i. V. m. § 278 BGB zu, weil zwischen den Parteien kein Schuldverhältnis bestehe, das zu einer Haftung der Beklagten für Handlungen ihres Pächters führen könne.

2. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg:

a) Rechtsfehlerfrei — auch von der Revision nicht angegriffen — hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch wegen Eigentumsverletzung gegen die Beklagte nach den §§ 823, 831 BGB verneint, da der Pächter den Schaden am Eigentum des Klägers nicht als Verrichtungsgehilfe der Verpächterin herbeigeführt hat.

b) Eine Ersatzpflicht aus § 1020 i. V. m. § 278 BGB (aus dem Gesichtspunkt einer positiven Forderungsverletzung) setzt voraus, daß zwischen dem Kläger als Eigentümer des belasteten Grundstücks und der Beklagten als Eigentümerin des herrschenden Grundstücks ein Schuldverhältnis mit einem sich aus § 1020 BGB ergebenden Inhalt besteht, in dessen Rahmen sich die Beklagte zur Erfüllung einer Schonungspflicht des Pächters als ihres Erfüllungsgehilfen bedient hätte.

Die Frage, ob bei einer Grunddienstbarkeit zwischen den Eigentümern der beteiligten Grundstücke ein derartiges — gesetzliches — Schuldverhältnis besteht, ist umstritten (bejahend: vgl. KG NJW 1973, 1129; MünchKomm-Falckenberg, § 1018 Rdnr. 9, § 1020 Rdnr. 2; *Staudinger/Ring*, BGB 12. Aufl. § 1020 Rdnr. 1; *Soergel/Baur*, BGB 11. Aufl. § 1020 Rdnrn. 1 und 3; *Erman/Ronke*, BGB 7. Aufl. Vor § 1020 Rdnr. 1; *Palandt/Bassenge*, BGB 44. Aufl. § 1020 Anm. 1). Der Senat hat im Urteil vom 25. Februar 1959, V ZR 176/57, LM § 242 (D) Nr. 31 [= DNotZ 1959, 240], ausgeführt, die Pflicht des aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigten zur schonenden Rechtsausübung nach § 1020 BGB begründe kein gesetzliches Schuldverhältnis, das neben der Dienstbarkeit stehe. Die als besonderer Anwendungsfall des das ganze Rechtsgebiet beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben normierte Schonungspflicht aus § 1020 BGB begrenze nur die Dienstbarkeit selbst, und zwar wohl richtigerweise nicht nur der Ausübung, sondern ihrem Inhalt nach (ebenso: *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. § 106, VI 1 zu Fn. 38 und § 107, II zu Fn. 3; BGB-RGRK 12. Aufl. § 1020 Rdnr. 1).

Nach erneuter Überprüfung hält der Senat an der im Urteil vom 25. Februar 1959 vertretenen Auffassung nicht mehr fest:

Dienstbarkeiten gewähren dem Berechtigten das Recht auf inhaltlich bestimmte Nutzung des belasteten Grundstücks und legen dem Eigentümer dieses Grundstücks Duldungs- und Unterlassungspflichten auf. Das Gesetz begnügt sich jedoch nicht mit der Statuierung von Nutzungsrechten und Duldungs- oder Unterlassungspflichten. Es regelt vielmehr ausdrücklich u. a. auch das Nutzungsrecht begleitende

Pflichten des aus der Dienstbarkeit Berechtigten. So hat der aus der Dienstbarkeit Berechtigte nach § 1020 Satz 1 BGB bei der Ausübung seines Rechts das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. Hält der Berechtigte zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie gemäß § 1020 Satz 2 BGB in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten. Beim Nießbrauch hat der Berechtigte nach § 1036 Abs. 2 BGB die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren. Die Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der Sache darf er nach § 1037 BGB nicht herbeiführen. Gemäß § 1041 BGB hat der Nießbraucher für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen; im Rahmen der gewöhnlichen Unterhaltung obliegen ihm Ausbesserungen und Erneuerungen. Nach §§ 1045 und 1047 BGB ist der Nießbraucher nach Maßgabe der gesetzlichen Regelungen zur Versicherung und Lastentragung verpflichtet. Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gelten nach Maßgabe des § 1090 Abs. 2 BGB die Vorschriften für die Grunddienstbarkeit (u. a. auch § 1020 BGB) entsprechend.

Die nähere gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten aus einer Dienstbarkeit rechtfertigen die Annahme, daß neben dem dinglichen Recht zwischen den Beteiligten ein gesetzliches Schuldverhältnis besteht, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben. Die Existenz eines derartigen gesetzlichen Schuldverhältnisses ist für den Bereich des Nießbrauchs nicht umstritten. Bei der Grunddienstbarkeit würde ein gesetzliches Schuldverhältnis nicht deshalb entfallen, weil die in § 1020 Satz 1 BGB angesprochene Schonungspflicht sich auch ohne eine gesetzliche Regelung aus der § 242 BGB zu entnehmenden allgemeinen Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme ergeben würde. Die Subsumtionsmöglichkeit unter eine Generalklausel schließt spezielle Regelungen der Auswirkungen von Treu und Glauben als Inhalt eines besonderen Rechtsverhältnisses nicht aus. Im übrigen könnte die sich aus § 1020 Satz 2 BGB ergebende Pflicht nicht ohne weiteres aus § 242 BGB abgeleitet werden.

Das Bestehen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses kann auch nicht davon abhängig sein, ob die Schonungspflicht des § 1020 Satz 1 BGB die Grunddienstbarkeit ihrem Inhalt oder nur ihrer Ausübung nach beschränkt. Ein gesetzlich normiertes Schuldverhältnis kann begrifflich — ebenso wie ein vertraglich ausgestaltetes — Rechte und Ansprüche sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer Ausübung beschränken.

Endlich steht auch die Rechtsprechung des Senats, wonach das bloße nachbarliche Nebeneinander von Grundstücken für sich allein nicht ausreicht, um zwischen den Beteiligten schuldrechtliche Beziehungen herzustellen (vgl. BGHZ 42, 374, 377; BGHZ 42, 63, 69 und Senatsurteil vom 10. Dezember 1976, V ZR 235/75, NJW 1977, 375), der Anerkennung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses für die Dienstbarkeit nicht entgegen. Wenn auch das Recht der Dienstbarkeit dem Nachbarrecht nahe verwandt ist (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 1959, aaO zu Ziffer 3 a. E.), so kann doch nicht außer acht bleiben, daß für die Dienstbarkeiten in den §§ 1018 ff BGB — anders als beim bloßen nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis — u. a. Schonungs- und Erhaltungspflichten ausdrücklich normiert sind.

Die Anerkennung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen dem Eigentümer des berechtigten und dem Eigen-

tümer des belasteten Grundstücks hat zur Folge, daß im Falle der Verletzung der Schonungspflicht aus § 1020 Satz 1 BGB der Eigentümer des herrschenden Grundstücks im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs aus positiver Forderungsverletzung nach § 278 BGB das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen wie eigenes zu vertreten hat. Der Pächter des herrschenden Grundstücks ist bei der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus der Grunddienbarkeit der Erfüllungsgehilfe des Eigentümers und Verpächters.

Das auf einer anderen Rechtsauffassung beruhende Berufungsurteil kann folglich nicht aufrechterhalten bleiben. Zur Prüfung der Frage, ob durch den Pächter der Beklagten das Grundstück des Klägers am 30. und 31. Januar 1980 schuldhaft unter Verletzung der Schonungspflicht beschädigt worden ist, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

4. BGB §§ 1274, 1281, 1282, 1287; GBO §§ 13, 19, 20 (Eigentumsumschreibung bei Verpfändung des Auflassungsanspruchs)

Ist der Eigentumsverschaffungsanspruch nach Auflassung verpfändet worden, so ist die Auflassung ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers materiell-rechtlich wirksam. Zur Eigentumsumschreibung ist jedoch die Eintragungsbewilligung des Pfandgläubigers erforderlich. Ob sie entbehrlich ist, wenn für ihn gleichzeitig die beim Eigentumswechsel entstehene Sicherungshypothek eingetragen wird, bleibt offen (Ergänzung zu BayObLG Rpfleger 1976, 421 = 1984, 264).

BayObLG, Beschluß vom 24.9.1985 — BReg. 2 Z 28/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG, und Notar *Dr. Gerhard Bünthe*, Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellem Vertrag vom 27.4.1981 verkaufte der Beteiligte zu 1 ein Grundstück an die Beteiligten zu 2. Gleichzeitig wurde die Auflassung erklärt. Am 29.5.1981 wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Am 26.6.1981 wurde eine Grundschuld zu 420 000 DM nebst Zinsen gebucht, die den Vorrang vor der Auflassungsvormerkung erhielt.

Zu notarieller Urkunde vom 14.9.1981 bestellten die Beteiligten zu 2 für die Beteiligte zu 3 zur Sicherung einer Darlehensforderung (Abschnitt II der Urkunde) eine Hypothek (Abschnitt VI der Urkunde) an dem gekauften Grundbesitz; zugleich verpfändeten sie ihr die Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag vom 27.4.1981. Abschnitt XI der notariellen Urkunde bestimmt:

1. Der Schuldner hat mit Urkunde vom 27.4.1981 den in Ziffer VII bezeichneten Pfandbesitz erworben. Zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung und Eigentumsumschreibung ist am Pfandbesitz in Abteilung II eine Vormerkung für den Schuldner eingetragen.

2. Der Schuldner verpfändet hiermit alle Rechte und Ansprüche, welche ihm aus dem in Ziffer 1. bezeichneten Vertrag zustehen an den Gläubiger zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen nebst Zinsen, Provisionen und Kosten gegen den Schuldner oder seine Rechtsnachfolger aus Darlehens- und Kreditgewährung, Bürgschaften, laufender Rechnung und aus jedem sonstigen Grunde, der aus dem Geschäftsverkehr mit dem Gläubiger erwächst oder mit diesem in Zusammenhang steht, sowie aus Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang bis zum Höchstbetrage von 60 000,— DM, m. W. Sechzigtausend Deutsche Mark —.

Das Pfandrecht ist auflösend bedingt in der Weise, daß es erlischt, wenn gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung des in Ziffer VII bezeichneten Pfandbesitzes auf den Schuldner die in Ziffer VI bestellte Grundschuld (in Ziff. XIII der Urkunde in „Hypothek“ berichtet) zugunsten des Gläubigers an zweiter Rangstelle im Grundbuch eingetragen wird. Der Gläubiger ist bevollmächtigt, die zur Wirksamkeit der Verpfändung gemäß § 1280 BGB erforderliche Anzeige gegenüber dem Verkäufer vorzunehmen.

5. Der Schuldner bewilligt und beantragt

a) die Verpfändung in Ziffer 2. bei der Auflassungsvormerkung zu vermerken,

b) bei Eigentumsumschreibung die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek, wie in Ziffer 2. näher bezeichnet, im Grundbuch einzutragen und sodann (§ 16 Abs. 2 GBO) den Verpfändungsvermerk wieder zu löschen. Die Eintragung der Sicherungshypothek soll jedoch unterbleiben, wenn gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung die in Ziffer VI bestellte Grundschuld (Hypothek, s. o.!) an der bedungenen Rangstelle im Grundbuch eingetragen wird,

c) bei Eigentumsumschreibung die in Ziffer VI bestellte Grundschuld einzutragen.

Bei der Auflassungsvormerkung wurde am 5.1.1982 ein Verpfändungsvermerk eingetragen.

Am 9.11.1983 wurde die Anordnung der Zwangsversteigerung auf Betreiben eines Gläubigers der am 26.6.1981 eingetragenen Grundschuld im Grundbuch vermerkt.

2. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben Antrag auf Vollzug der Auflassung gestellt; nicht beantragt sind die Eintragungen der in Abschnitt XI 5 der Urkunde vom 14.9.1981 genannten Sicherungshypothek und Vertragshypothek. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Vollzug der Auflassung mit Zwischenverfügung beanstandet: Es fehlten die Zustimmung der Beteiligten zu 3 „zur Auflassung nebst Löschung des Verpfändungsvermerks und evtl. Antrag auf Eintragung der gesetzlichen Sicherungshypothek oder der Vertragshypothek“.

Mit Beschluß vom 21.8.1984 hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag nach Ablauf der in der Zwischenverfügung gesetzten Frist zurückgewiesen. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben gegen den Beschluß Erinnerung/Beschwerde eingelegt.

Die Beteiligte zu 3 hat „für den Fall, daß die Umschreibung des Eigentums auf den Käufer ohne Zustimmung des Pfandgläubigers . . . vorgenommen wird“, die Eintragung der gemäß § 1287 BGB entstehenden Sicherungshypothek beantragt.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben gegen den Beschluß eine weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die von den Beteiligten zu 1 und 2 eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 15, 78, 80 GBO); sie ist aber nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Ein Anspruch auf Auflassung habe nicht mehr verpfändet werden können, da er durch Erfüllung — die im Vertrag vom 27.4.1981 erklärte Auflassung — erloschen sei; dagegen habe die Rechtsstellung aus der Auflassung, der Anspruch auf Übertragung des Eigentums, verpfändet werden können.

Die Beteiligte zu 3 habe durch Annahme der Verpfändungserklärung ein Pfandrecht erworben. Während unbestritten sei, daß bei Verpfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs vor der Erklärung der Auflassung diese grundsätzlich der Mitwirkung des Pfandgläubigers bedürfe, werde bei der Verpfändung erst nach der Auflassung die Meinung vertreten, daß eine weitere Mitwirkung des Pfandgläubigers beim Vollzug der Auflassung nicht nötig sei. Das Landgericht schließe sich der Meinung an, daß die Mitwirkung des Pfandgläubigers beim Vollzug der Auflassung auch im letztgenannten Fall erforderlich sei. Denn die Interessenlage sei für den Pfandgläubiger die gleiche, ob er nun das Pfandrecht vor oder nach Auflassung erwerbe. Wegen der Möglichkeit, daß eine ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers vollzogene Umschreibung des Eigentums den Untergang oder den Rangverlust der kraft Gesetzes entstandenen Sicherungshypothek zur Folge haben könne, sei dazu der Antrag des Pfandgläubigers oder dessen Zustimmung zum Antrag des Veräußerers oder des Erwerbers erforderlich.

2. Die weitere Beschwerde kann keinen Erfolg haben. Das Landgericht hat mit Recht angenommen, daß der Eigentumswechsel im Grundbuch nur eingetragen werden kann, wenn die Beteiligte zu 3 als Pfandgläubigerin der Eintragung zustimmt. Das Erfordernis der Zustimmung ergibt sich aus § 19 GBO.

a) Die Beteiligten zu 2 haben ihren auf die Übertragung des Eigentums an den Grundstücken gerichteten Anspruch gegen den Beteiligten zu 1 aus dem Kaufvertrag vom 27.4.1981 an die Beteiligte zu 3 verpfändet. Dies war auch noch nach der Auflassung möglich, da der Eigentumsverschaffungsanspruch bis zur Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch fortbesteht (BayObLG Rpfleger 1976, 421 = 1984, 264; BayObLGZ 1983, 301/304 [= MittBayNot 1984, 28]; Palandt BGB 44. Aufl. § 925 Anm. 6 a und § 1287 Anm. 3 a; Staudinger BGB 12. Aufl. Rdnr. 15, Soergel BGB 11. Aufl. Rdnr. 8, je zu § 1287; MünchKomm BGB § 925 Rdnr. 38 und § 1274 Rdnr. 25; Horber GBO 16. Aufl. § 26 Anm. 4 A; Haegeler/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnrn. 688 und 1887 b; Hieber DNotZ 1959, 350/353; Vollkommer Rpfleger 1969, 409/412; Blomeyer Rpfleger 1970, 228/232 Fn. 46; Reithmann DNotZ 1983, 716/721; ebenso bezüglich der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs KG JFG 3, 297/300; Stöber Forderungspfändung 7. Aufl. Rdnr. 2074; a. A. wohl nur Hoche NJW 1955, 931/933).

Ob den Beteiligten zu 2 nach Eintragung der Vormerkung schon ein verpfändbares Anwartschaftsrecht aus der Auflassung zustand, obwohl sie den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels noch nicht gestellt hatten (vgl. BGHZ 49, 197; 83, 395/399 [= MittBayNot 1982, 116]) kann hier dahinstehen. Gedanklich stehen der bis zur Eintragung noch nicht voll erfüllte Eigentumsverschaffungsanspruch und das etwaige Anwartschaftsrecht (als Vorstufe des in der Entstehung begriffenen dinglichen Rechts) nebeneinander; die Folgerungen aus der Verpfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs sind zunächst selbständig zu ziehen. Im übrigen ergibt sich, wie unten d) noch darzulegen sein wird, das Zustimmungserfordernis nach § 19 GBO auch bei Annahme eines verpfändeten Anwartschaftsrechts.

b) Da im vorliegenden Fall eine Auflassung vollzogen werden soll, ist in erster Linie § 20 GBO anzuwenden. Danach darf die Eintragung nur erfolgen, wenn dem Grundbuchamt eine materiell rechtswirksame Auflassung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist.

An der materiellen Wirksamkeit der Auflassung fehlt es im vorliegenden Fall nicht. Die vor der Verpfändung erklärte Auflassung ist ohne Mitwirkung der Pfandgläubiger wirksam. Kommt es zur Eintragung, so wird der Grundstückserwerber Eigentümer. Die §§ 1281, 1282, BGB stehen dem nicht im Wege (BayObLGZ 1983, 301/304; BayObLG Rpfleger 1976, 421 = 1984, 264; ebenso, meist unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats, LG Augsburg Rpfleger 1984, 263; Palandt Anm. 2 b cc, Erman BGB 7. Aufl. Rdnr. 2, je zu § 1281; Soergel § 1287 Rdnr. 9; Blomeyer Rpfleger 1970, 228/231).

c) Durch die Eintragung des Eigentumsübergangs würde aber die Beteiligte zu 3 als Inhaberin des im Grundbuch bei der Vormerkung vermerkten Pfandrechts beeinträchtigt. Mit dem Eigentumsübergang würde der Eigentumsverschaffungsanspruch infolge Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) erlöschen; das Pfandrecht würde infolge Wegfalls des Pfandgegenstands untergehen und die gleichzeitige Eintragung der anstelle des wegfallenden Pfandrechts entstehenden Sicherungshypothek (vgl. § 1287 Satz 2 BGB) ist nicht beantragt.

In einem solchen Fall ist die Zustimmung des Pfandrechtsinhabers zur Eintragung des Eigentumsübergangs (Bewilligung) gemäß § 19 GBO erforderlich.

(1) Daraus, daß sich die Eintragungsvoraussetzungen in erster Linie nach § 20 GBO richten, folgt nicht, daß § 19 GBO in jeder Hinsicht unanwendbar wäre. Auf die Frage des allgemeinen Verhältnisses der beiden Vorschriften zueinander (vgl. Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE — Grundbuchrecht 3. Aufl. § 20 Rdnrn. 5 ff. mit Nachw.) braucht hier nicht eingegangen zu werden. Auch die Annahme, daß eine besondere Eintragungsbewilligung nicht neben dem Nachweis der Voraussetzungen des § 20 GBO erforderlich ist (vgl. BayObLGZ 1948-51, 426/437), schließt nicht aus, daß § 19 GBO insoweit anwendbar bleibt, als es sich nicht um die Wirksamkeit der materiell-rechtlichen Einigung handelt, zugleich aber ein weiterer Beteiligter i. S. des § 19 GBO „betroffen“ ist.

(2) Betroffen von einer Eintragung ist jeder, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung rechtlich beeinträchtigt wird oder beeinträchtigt werden kann (BGHZ 66, 341/345 [= MittBayNot 1976, 65]; BayObLGZ 1974, 217/220; KG JFG 14, 146/147; Horber Anm. 5 B, KEHE Rdnr. 51, je zu § 19). Abzustellen ist darauf, ob seine dingliche Rechtsstellung durch die vorzunehmende Eintragung irgendwie ungünstiger gestaltet wird oder gestaltet werden kann (BayObLG, KG, je aaO). Dies wäre bei der Beteiligten zu 3 der Fall.

(3) Durch den Vollzug der Auflassung würde die Beteiligte zu 3 in diesem Sinn betroffen. Denn mit der Eintragung würde, wie bereits erwähnt, der Eigentumsverschaffungsanspruch erlöschen (§ 362 Abs. 1 BGB); mit dem Pfandgegenstand würde auch das daran begründete Pfandrecht untergehen (BayObLGZ 1983, 301/304 [= MittBayNot 1984, 28] m. w. Nachw.). Wie (unten 4) noch darzulegen sein wird, erhält die Beteiligte zu 3 auch keinen vollwertigen Ausgleich für diese Beeinträchtigung. Deshalb ist es geboten, den Vollzug der Auflassung in Anwendung des § 19 GBO von einer „Mitwirkung“, d. h. von der Zustimmung (Bewilligung) des Pfandgläubigers abhängig zu machen. Zwar ist das Pfandrecht am Eigentumsverschaffungsanspruch kein Recht an einem Grundstück. Doch ist der Anspruch im Grundbuch vorgemerkt und bei der Vormerkung ist die Verpfändung vermerkt. Daß man die Eintragung des Verpfändungsvermerks für zulässig hält, hat seinen Sinn u. a. darin, daß der Inhaber des Pfandrechts vor Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit Grundbucheintragungen geschützt werden soll. Diese Rechtsstellung rechtfertigt es, gemäß § 19 GBO den Vollzug der Auflassung, durch den das Pfandrecht wegfallen würde, von der Zustimmung (Bewilligung) des Pfandgläubigers abhängig zu machen.

(4) Anstelle des wegfallenden Pfandrechts entsteht zwar eine Sicherungshypothek an dem übereigneten Grundstück (§ 1287 Satz 2 BGB). Diese würde, auch in der Zwangsversteigerung, am Rang der Auflassungsvormerkung „teilnehmen“ (siehe für den vergleichbaren Fall der Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs KG JFG 8, 318/321 und Stöber Rdnrn. 2047, 2048). Das gilt im vorliegenden Fall für das Verhältnis zu der am 26.6.1981 eingetragenen vorrangigen Grundschuld, aus der die Zwangsversteigerung betrieben wird.

Die Sicherungshypothek entsteht in einem Fall wie dem vorliegenden bei Vollzug der Auflassung, auch wenn der Pfandgläubiger materiell-rechtlich bei der Auflassung nach

§§ 1281, 1282 BGB nicht mitgewirkt hat (offengelassen in BayObLGZ 1983, 301/304 [= MittBayNot 1984, 28]). Das Gegenteil kann nicht daraus abgeleitet werden, daß § 1287 BGB seinem Wortlaut nach voraussetzt, daß der Schuldner des Eigentumsverschaffungsanspruchs „in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB“ leistet. Denn der maßgebliche Sinn der Vorschrift liegt darin, daß sich das Pfandrecht am Anspruch, wenn es infolge Erfüllung des Anspruchs wegfällt, als Pfandrecht am Leistungsgegenstand (§ 1287 Satz 1 BGB) — bzw. bei einem Grundstück als Sicherungshypothek (§ 1287 Satz 2 BGB) — fortsetzen soll. Wie oben dargelegt wurde, treten bei der vorliegenden Fallgestaltung (Verpfändung nach Auflassung) der Eigentumsübergang und damit Erfüllung ein, ohne daß nach §§ 1281, 1282 BGB die Mitwirkung des Pfandgläubigers erforderlich wäre; dann ist es gerechtfertigt, auch die Entstehung der Sicherungshypothek nicht von dieser Mitwirkung abhängig zu machen (siehe für den vergleichbaren Fall der Auflassung in Unkenntnis einer Verpfändung: *Palandt* § 1281 Anm. 2 b bb und § 1287 Anm. 3 a; *Staudinger* § 1281 Rdnr. 7; *Soergel* Rdnr. 4; *Erman* Rdnr. 5, je zu § 1287; *Wolff/Raiser* Sachenrecht 10. Aufl. § 176 I 1).

Das Entstehen der Sicherungshypothek allein beseitigt jedoch nicht das „Betroffensein“ des Pfandgläubigers i. S. des § 19 GBO. Die Sicherungshypothek entsteht außerhalb des Grundbuchs; ihre Eintragung ist Grundbuchberichtigung. Solange sie nicht im Grundbuch eingetragen ist, ist sie kein vollwertiger Ausgleich für den Wegfall des Pfandrechts am Eigentumsverschaffungsanspruch, das bei der Vormerkung vermerkt ist. Der Inhaber der Sicherungshypothek wäre vor Beeinträchtigungen seines Rechts nicht umfassend geschützt. Die Beeinträchtigungen könnten infolge gutgläubigen Erwerbs Dritter eintreten (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es bestünde für die Beteiligte zu 3 die Gefahr, daß ihre Sicherungshypothek erlöschen oder sich im Rang verschlechtern würde, wenn die Beteiligten zu 2 nach ihrer Eintragung als Eigentümer über das Grundstück verfügten und der Erwerber des Grundstücks oder eines Rechts an dem Grundstück hinsichtlich des Bestandes der nicht eingetragenen Sicherungshypothek in gutem Glauben wäre (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der bei der Auflassungsvormerkung eingetragene Verpfändungsvermerk schließt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht aus, da diese Eintragung allein dem Erwerber noch keine Kenntnis davon verschaffen muß, daß das Grundbuch infolge Nichteintragung der Sicherungshypothek unrichtig ist (vgl. dazu KG HRR 1931 Nr. 1755, insoweit in JFG 8, 318/323 nur teilweise mit abgedruckt). Außerdem könnten die Beteiligten zu 2 nach ihrer Eintragung den Verpfändungsvermerk ohne Bewilligung der Beteiligten zu 3 gemäß § 22 GBO löschen lassen, da, wie bereits ausgeführt, das Pfandrecht mit der Eintragung der Auflassung erlischt (vgl. BayObLGZ 1983, 301/304 [= MittBayNot 1984, 28]).

Im vorliegenden Fall ist die Eintragung der Sicherungshypothek nicht beantragt; es soll nur die Auflassung vollzogen werden. Jedenfalls bei einer solchen Fallgestaltung ist die Zustimmung (Bewilligung) des Pfandgläubigers nach § 19 GBO zur Eigentumsumschreibung erforderlich, weil er, wie oben (3) dargelegt, durch die Eintragung in seiner Rechtsposition nachteilig betroffen würde, ohne daß dies durch das Entstehen der Sicherungshypothek (4) voll ausgeglichen würde.

(5) Ob die Zustimmung (Bewilligung i. S. des § 19 GBO) des Pfandgläubigers zur Eigentumsumschreibung dann entbehrlich wäre, wenn sichergestellt wäre, daß gleichzeitig die

Sicherungshypothek eingetragen wird, muß hier nicht abschließend entschieden werden; für die Entbehrlichkeit der Zustimmung könnte sprechen, daß der Pfandgläubiger in Form der Eintragung der Sicherungshypothek alles erhalten würde, was ihm auf Grund seines Pfandrechts zukommt.

Ebenso braucht der Frage nicht weiter nachgegangen zu werden, ob das Erfordernis der Zustimmung (Bewilligung i. S. des § 19 GBO) des Pfandgläubigers zum Vollzug der Auflassung dann entfällt, wenn, was vorliegend geschehen ist, die Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs dahin auflösend bedingt ist, daß gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung das vertragliche Grundpfandrecht an der bedungenen Rangstelle eingetragen wird. Im vorliegenden Fall ist, wie bereits erwähnt, beantragt, allein die Auflassung zu vollziehen; das vertragliche Grundpfandrecht kann also nicht gleichzeitig eingetragen werden.

d) Die vorstehend unter c) gezogenen Folgerungen, die aus der Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs das Erfordernis der Zustimmung (Bewilligung i. S. des § 19 GBO) des Pfandgläubigers zum Vollzug der Auflassung abgeleitet haben, werden nicht beseitigt, wenn — was hier offen bleiben kann — Gegenstand der Verpfändung (daneben) auch ein Anwartschaftsrecht des Grundstückserwerbers war.

Im übrigen würde aus der Verpfändung des Anwartschaftsrechts ebenfalls das Erfordernis der Zustimmung (Bewilligung i. S. des § 19 GBO) des Pfandgläubigers zum Vollzug der Auflassung abzuleiten sein. Denn das Anwartschaftsrecht erstarkt beim Vollzug der Auflassung zum Vollrecht, d. h. der Erwerber wird Eigentümer des Grundstücks; zugleich entsteht für den Pfandrechtsgläubiger eine Sicherungshypothek nach § 1287 Satz 2 BGB, und zwar ohne daß zum Eigentumsübergang materiell-rechtlich die Mitwirkung des Pfandgläubigers erforderlich wäre (allgemeine Meinung: BGHZ 49, 197/205; *Staudinger* § 1287 Rdnr. 18; *Soergel* § 1287 Rdnr. 10; BGB-RGRK 12. Aufl. § 1287 RdNr. 8; *Erman* § 1274 Rdnr. 5; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 1887 f; *Hoche* NJW 1955, 653/654; *Vollkommer* Rpfleger 1969, 409/411; für den vergleichbaren Fall der Pfändung (§ 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO) BGH aaO S. 206 m. w. Nachw.). Die Sicherungshypothek aber ist, solange sie im Grundbuch nicht eingetragen ist, kein vollwertiger Ausgleich gegenüber der Rechtsstellung des Pfandgläubigers, die er vor Eigentumsumschreibung hatte und auf die durch den Verpfändungsvermerk im Grundbuch hingewiesen war.

e) Das hier gefundene Ergebnis deckt sich mit der in der Literatur ganz überwiegend vertretenen Meinung. Dort wird meist ausgeführt, daß der Pfandgläubiger bei der Eintragung des Eigentumswechsels auch dann „mitwirken“ müsse, wenn der Eigentumsübertragungsanspruch erst nach der Auflassung (oder entsprechend das aus der Auflassung mit Stellung des Eintragungsantrags durch den Erwerber entstehende Anwartschaftsrecht) verpfändet worden ist (*Palandt* Anm. 3 b, *Staudinger* Rdnr. 18, je zu § 1287; MünchKomm Rdnr. 25, *Erman* Rdnr. 5, je zu § 1274; KEHE § 20 Rdnrn. 140, 142, 147; *Vollkommer* Rpfleger 1969, 409/411; *Hoche* NJW 1955, 653/654; *Reithmann* DNotZ 1983, 716/718, 721; a. A. *Hieber* DNotZ 1954, 171/176). Der gleiche Standpunkt wird auch bei Pfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs oder des Anwartschaftsrechts eingenommen (BayObLG JFG 9, 233/235; *Stöber* Rdnrn. 2060 und 2077; *Horber* NJW 1955, 1401/1402). In der Begründung für das Mitwirkungserfordernis wird teils darauf abgestellt, daß nach Verpfändung (oder Pfändung) Grundstücksveräußerer und/oder -erwerber nur

noch zusammen mit dem Pfandgläubiger antragsberechtigt seien, womit wohl auf § 13 GBO abgehoben wird. Teilweise wird auf § 1276 BGB verwiesen; doch ist diese Vorschrift jedenfalls unmittelbar nicht anwendbar und es soll damit wohl auch nicht die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Auflassung in Frage gestellt werden. Ferner wird aufgeführt, das Grundbuchamt dürfe nicht daran mitwirken, daß das Grundbuch dadurch unrichtig werde, daß die beim Vollzug der Auflassung entstehende Sicherungshypothek nicht gleichzeitig miteingetragen werde. Allen diesen Stellungnahmen ist gemeinsam, daß sie für die Eigentumsumschreibung die „Mitwirkung“ (Zustimmung) des Pfandgläubigers fordern, ohne daß sie damit die Folgerung der materiell-rechtlichen Unwirksamkeit der Grundstücksübergabe verknüpfen, wenn es zu einer Eigentumsumschreibung ohne Zustimmung des Pfandgläubigers kommt.

f) Es sei noch bemerkt, daß hinsichtlich der Wahl des Ausdrucks, mit welchem die erforderliche Bewilligung des Pfandgläubigers zur Eigentumsumschreibung im Sinn des § 19 GBO erteilt wird, keine engen Anforderungen zu stellen sind. Wie auch sonst genügt es, daß die Auslegung ergibt, daß der Pfandgläubiger sich in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO mit der Eintragung einverstanden erklärt hat. Dieses Einverständnis kann z. B. darin liegen, daß er die Eintragung „beantragt“ oder ihr „zugestimmt“ hat.

Die Beteiligte zu 3 kann die Bewilligung gemäß § 16 Abs. 2 GBO, der auf die Eintragungsbewilligung entsprechend anwendbar ist (KG HRR 1937 Nr. 466; *Horber* Anm. 6, KEHE Rdnrn. 23, 24, *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. Rdnr. 15, je zu § 16) unter den Vorbehalt stellen, daß gleichzeitig die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek oder stattdessen die ihr von den Beteiligten zu 2 bewilligte Hypothek „an bedingener Rangstelle“ in das Grundbuch eingetragen werden. Dieser Vorbehalt ersetzt aber den nach § 13 GBO für die Eintragung der Grundpfandrechte erforderlichen Eintragungsantrag nicht; er müßte vom Pfandgläubiger oder von einem der übrigen Antragsberechtigten gestellt werden.

g) Im vorliegenden Fall hat die Beteiligte zu 3 die Eintragung der Sicherungshypothek „für den Fall“ beantragt, daß die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligten zu 2 ohne ihre Zustimmung erfolgt. Darin liegt nicht die gemäß § 19 GBO erforderliche Zustimmung der Pfandgläubigerin zur Eigentumsumschreibung. Sie hat vielmehr nur zum Ausdruck gebracht, daß sie die Eintragung der Sicherungshypothek beantrage für den Fall daß — gegen ihren Willen und jedenfalls ohne ihre Zustimmung — die Eigentumsänderung eingetragen wird.

Da die gemäß § 19 GBO erforderliche Bewilligung der Beteiligten zu 3 zur Eigentumsumschreibung nicht vorlag, hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag nach Ablauf der in der Zwischenverfügung gesetzten Frist zu Recht zurückgewiesen. Beschwerde und weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 sind nicht begründet.

Anmerkung der Schriftleitung:

Probleme der Verpfändung des Auflassungsanspruchs werden ausführlich behandelt von *Stöber, Schöner* und *Reithmann* in DNotZ 1985, Heft 10, S. 587 ff.

5. GBO § 29 (Zum Nachweis des Fortbestandes einer Auflassungsvollmacht)

Hat der Käufer dem Veräußerer im notariell beurkundeten Kaufvertrag Auflassungsvollmacht erteilt, so darf das Grundbuchamt für den Fortbestand der Vollmacht die Vorlage eines weiteren Beweismittels in der Form des § 29 GBO nur dann verlangen, wenn die Umstände Zweifel am Fortbestand der Vollmacht begründen.

BayObLG, Beschluß vom 11.9.1985 — BReg. 2 Z 75/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG und Notar *Rudolf Ertl*, Kempten (Allgäu)

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde vom 30.9.1982 verkauften die Eheleute P. (Beteiligte zu 1) dem Beteiligten zu 2 eine Eigentumswohnung in einer erst zu errichtenden Wohnanlage. Nach Nr. IV dieses Vertrages hat der Veräußerer die Auflassung „erst nach vollständiger Erfüllung der Verpflichtung des Erwerbers aus dem gegenseitigen Vertragsverhältnis“ zu erklären.

Mit notarieller Urkunde vom 13.12.1984 wurde die Auflassung erklärt. Frau P. handelte dabei für sich und ihren Ehemann und auf Grund der ihr vom Erwerber (Beteiligten zu 2) mit der Kaufvertragsurkunde erteilten Auflassungsvollmacht auch für diesen.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag beanstandet, weil nicht nachgewiesen sei, daß die vom Erwerber erteilte Auflassungsvollmacht zum Zeitpunkt der Auflassung noch bestanden habe. Es hat die Vorlage einer Vollmachtsbestätigung verlangt. Die hiergegen eingelegte Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Grundbuchamt.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Daß der Erwerber Vollmacht zur Auflassung erteilt hat, ist in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Der Vorlage eines weiteren Beweismittels (in der Form des § 29 GBO), daß die Vollmacht zum Zeitpunkt der Auflassung nicht (durch Widerruf) erloschen war, also noch fortbestand, bedarf es hier nicht.

a) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß sich das Grundbuchamt nicht mit dem Nachweis der Erteilung der Vollmacht begnügen durfte. Im Fall der Auflassung eines Grundstücks darf der Eigentumswechsel nur eingetragen werden, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten mit dem anderen Teil wirksam erklärt ist (§ 20 GBO). Handelt bei der Auflassung ein Bevollmächtigter, so kann dies nur angenommen werden, wenn die Vollmacht zum Zeitpunkt der Auflassung nicht erloschen ist. Das Grundbuchamt hatte mithin zu prüfen, ob die bei Abschluß des Kaufvertrages vom 30.9.1982 erteilte Vollmacht am 13.12.1984 bei Erklärung der Auflassung noch bestand.

b) Zuzustimmen ist dem Landgericht auch darin, daß das Grundbuchamt im Rahmen dieser Prüfung nicht den urkundlichen Nachweis verlangen kann, daß die Vollmacht nicht widerrufen worden sei, weil sich solche negativen Tatsachen dem Nachweis durch öffentliche Urkunden im Sinn von § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO entziehen (BayObLGZ 1959, 297/301; KG DNotZ 1972, 18/21; *Horber* GBO 16. Aufl. Anm. 9 b, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 139, je zu § 29). Das Grundbuchamt hat vielmehr unter freier Würdigung aller ihm bekannten Tatsachen und unter Berücksichtigung der allgemeinen Erfahrungssätze darüber zu entscheiden, ob es das Fortbestehen der Vollmacht annehmen kann (KG, *Horber* je aaO; der Sache nach ebenso, aber darauf abstellend, ob auf Grund beste-

hender Erfahrungssätze oder nach den Umständen des Einzelfalles die „Offenkundigkeit“ des Fortbestehens der Vollmacht bejaht werden kann, OLG Stuttgart DNotZ 1952, 183/184; wohl auch OLG Köln, DNotZ 1984, 569/570 f.; Hägele/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 1953). Von diesen Grundsätzen ist auch das Landgericht ausgegangen. Es hat geprüft, ob es nach den Umständen des gegebenen Falles gerechtfertigt ist, vom Fortbestand der Vollmacht auszugehen.

c) Das Landgericht hat dies verneint, weil es einen allgemeinen Erfahrungssatz, daß eine einmal erteilte Vollmacht fortbestehe, nicht gebe und Umstände, welche das Fortbestehen der Vollmacht als offenkundig erscheinen ließen, nicht zu erkennen seien.

Dem Landgericht kann nicht darin gefolgt werden, daß das Fortbestehen der erteilten Vollmacht stets nur dann angenommen werden darf, wenn Umstände vorliegen, die — positiv — für das Weiterbestehen der Vollmacht sprechen. Hat der Käufer dem Veräußerer im notariell beurkundeten Kaufvertrag Auflassungsvollmacht erteilt, so darf das Grundbuchamt für den Fortbestand der Vollmacht die Vorlage eines weiteren Beweismittels in der Form des § 29 GBO nur dann verlangen, wenn die Umstände Zweifel am Fortbestand der Vollmacht begründen. Da im vorliegenden Fall als Erlöschensgrund allein ein Widerruf der Vollmacht in Betracht kommen kann, hätte das Landgericht die ihm bekannten Tatsachen auch daraufhin zu überprüfen gehabt, ob sie den Schluß zulassen, die Vollmacht sei nicht widerrufen worden.

Da dies nicht geschehen ist, ist das Gericht der weiteren Beschwerde befugt, in der Sache selbst zu entscheiden (vgl. BGHZ 35, 135/142 f.; BayObLGZ 1971, 307/309 [= DNotZ 1972, 233]).

d) Die eigene Würdigung führt zu dem eingangs dargestellten Ergebnis: Bei der gegebenen Fallgestaltung besteht kein begründeter Zweifel am Fortbestand der Vollmacht und mithin kein Grund, den mit der Zwischenverfügung verlangten Nachweis zu fordern.

Vollmachtgeber ist der Käufer der Eigentumswohnung, also der durch die Auflassung gewinnende Teil. Nach dem Kaufvertrag braucht die Auflassung erst erklärt zu werden, wenn der Käufer sämtliche Verpflichtungen erfüllt hat, die sich aus dem gegenseitigen Vertrag ergeben. Die sich aus dem notariellen Kaufvertrag ergebende Interessenlage läßt darauf schließen, daß die Vollmacht nicht erloschen ist. Anhaltspunkte für das Gegenteil sind hier nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein Grund zu der Annahme, der Käufer könne ein Interesse daran haben, die Eigentumsumschreibung durch Widerruf der Auflassungsvollmacht zu verhindern. Die rein gedachte Möglichkeit des Erlöschens der Vollmacht ist nicht geeignet, Zweifel am Fortbestand der Vollmacht zu begründen (KG DNotZ 1972, 18/21; KEHE § 29 Rdnr. 139; Hägele/Schöner/Stöber Rdnr. 1953; vgl. auch BayObLGZ 1975, 137/142 [= MittBayNot 1975, 178]). Das Grundbuchamt ist mithin nicht berechtigt, einen weiteren Nachweis der Vollmacht zu verlangen.

e) Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht von der des Oberlandesgerichts Köln vom 14.12.1983 (DNotZ 1984, 569) ab. Die Entscheidung des OLG Köln enthält zwar Ausführungen darüber, in welcher Weise der Fortbestand einer mündlich erteilten Vollmacht, die vom Notar mitbeurkundet worden ist, nachgewiesen werden kann. Das OLG Köln hat in dem von ihm entschiedenen Fall den Nachweis für erforderlich gehalten, daß die Vollmacht gegenüber dem Notar nicht

widerrufen worden ist. Darauf beruht diese Entscheidung jedoch nicht. Sie ist allein darauf gestützt, daß die beglaubigte Abschrift der notariellen Vollmachtsurkunde dem Grundbuchamt nicht vorgelegen hatte.

Kein Widerspruch besteht auch zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 9.1.1984 (DNotZ 1984, 389), denn dieser Entscheidung lag ein Fall zugrunde, bei dem nicht nachgewiesen war, ob der Bevollmächtigte die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde in Besitz hatte oder nicht.

6. BGB §§ 21, 54; GBO § 47 (Zur Grundbuchfähigkeit politischer Parteien)

Der Bezirksverband einer politischen Partei ist nicht grundbuchfähig

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 16.9.1985 — 3 W 157/85 — mitgeteilt von *W. Dury*, Richter am OLG Zweibrücken

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) veräußerten ihren 85/10 000-Miteigentumsanteil an dem Grundstück Fl. Nr. 1055 an den Beteiligten zu 2), den nicht im Vereinsregister eingetragenen Bezirksverband der A-Partei. In Ziffer 7) der notariellen Urkunde bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers in das Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat diesen Antrag abgelehnt, weil der Beteiligte zu 2) nicht grundbuchfähig sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht nach Nichtabhilfe und Vorlage durch den Grundbuchrichter zurückgewiesen. Es hat die Ansicht des Grundbuchamts bestätigt, daß ein nicht rechtsfähiger Verein nicht grundbuchfähig sei.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 2) mit seiner weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Die Ablehnung der beantragten Eintragung einer Auflassungsvormerkung durch die Vorinstanzen beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 GBO).

1. . . .

2. Die Vorinstanzen haben ohne Rechtsfehler angenommen, daß die beantragte Eintragung einer Auflassungsvormerkung deshalb nicht möglich ist, weil der Beteiligte zu 2) nicht grundbuchfähig ist. Ein nicht rechtsfähiger Verein — dazu zählt auch ein Bezirksverband der A-Partei — kann nicht unter dem Vereinsnamen als Träger von Rechten und Pflichten im Grundbuch eingetragen werden. Träger des Vereinsvermögens sind die Mitglieder zur gesamten Hand, vgl. § 54 Satz 1 BGB. Die das Grundbuchrecht beherrschenden Grundsätze der Bestimmtheit und Klarheit erfordern deshalb, das „Vereinsvermögen“ im Grundbuch durch Eintragung aller Mitglieder mit einem das Rechtsverhältnis klarstellenden Zusatz („als Mitglieder des nicht eingetragenen Vereins . . .“) einzutragen. Das entspricht allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung sowie einem Teil der Literatur (RGZ 127, 309, 312; JFG 7, 34, 37; vgl. BGHZ 43, 316, 320; LG Kaiserslautern MittBayNot 1978, 208; *Horber*, Grundbuchordnung, 16. Aufl., § 19 Anm. 6 d; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 65; *Meikell/Imhoff/Riedel*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 47 Rdnr. 25; *Hägele/Schöner/Stöber* aaO, Rdnr. 217; *Erman/Westermann*, BGB, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 8; *Staudinger/Ertl*, BGB, 11. Aufl., § 873 Rdnr. 53; *Sauter/Schweyer*, Der eingetragene Verein, 12. Aufl., Rdnr. 436; *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1, 15. Aufl., S. 708; *Schmidt* NJW 1984, 2249; *Böhringer* BWNotZ 1985, 108 m. w. Nw.).

Der Senat hält diese Meinung für überzeugend. Er erkennt dabei nicht, daß sich in der Literatur die Stimmen mehren, die vor allem unter Hinweis auf die Schwierigkeiten in der Praxis, insbesondere die Unmöglichkeit einer nicht eingetragenen Massenorganisation, Grundvermögen zu erwerben (vgl. BGHZ aaO), die Grundbuchfähigkeit eines nicht rechtsfähigen Vereins bejahen (*Jauernig*, BGB, 3. Aufl., § 54 Anm. 3 c, cc; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 44. Aufl., § 54 Anm. 4 b; *Soergel/Schultze-von Lasaulx*, BGB, 11. Aufl., § 54 Rdnr. 33 — jedenfalls für mitgliederstarke Vereine —; *Steffen* in RGRK zum BGB, 12. Aufl., § 54 Rdnr. 16 — für Massenorganisationen —; *Reuter* in MünchKomm. z. BGB, § 54 Rdnr. 10; *Staudinger/Coing*, BGB, 11. Aufl., § 54 Rdnr. 80 — Eintragung der Mitglieder unter dem Vereinsnamen als Gesamtbezeichnung —; *Reichert/Dannecker/Kühr*, Handbuch des Vereins- und Verbandrechts, Rdnr. 1812; *Habscheid AcP* Band 155, 375, 401 f). Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß die Funktion des Grundbuchs, das die sachrechtlichen Verhältnisse an Grundstücken offenlegen soll, es verbietet, eine Eintragung eines Grundstücks vorzunehmen, ohne zugleich den wirklichen Rechtsträger zu kennzeichnen. Bei der Eintragung eines nicht rechtsfähigen Vereins als solchem würde im unklaren bleiben, wer tatsächlich Berechtigter ist. Durch Mitgliederwechsel, Abspaltung oder Fraktionsbildungen innerhalb des Vereins könnte die Beantwortung der Frage, wer tatsächlich Grundstückseigentümer ist, unüberwindliche Schwierigkeiten bereiten (*Schmidt* aaO, 2250). Bei späteren Verfügungen über das Recht könnte es zu ernstesten Beweisschwierigkeiten materieller (§ 891 BGB) oder formeller Art (§§ 29, 30 GBO) über die Person des Betroffenen kommen (*Böhringer* aaO).

Die vom Beschwerdeführer in Übereinstimmung mit manchen Stimmen der Literatur angestrebte Angleichung des nicht rechtsfähigen an den rechtsfähigen Verein läßt sich auch nicht unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Grundbuchfähigkeit einer Vorgesellschaft einer GmbH rechtfertigen (BGHZ 45, 338, 348 [= DNotZ 1967, 381]). Diese Rechtsprechung beruht vor allem auf dem Gesichtspunkt, daß bei Sachgründungen einer GmbH die Sacheinlagen auf die Gesellschaft übertragen sein müssen, ehe die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgen kann. Der Bundesgerichtshof hat die Eintragung der Gründerorganisation der GmbH unter deren Firma insbesondere auch zur Vermeidung einer weiteren Auffassung nach Entstehung der GmbH für zulässig erklärt (BGHZ aaO, 348 f). Diese für die Grundbuchfähigkeit der Vorgesellschaft einer GmbH gegebene Begründung dient ausschließlich dem Zweck, die einzutragende künftige GmbH zur Entstehung zu bringen. Die zwar errichtete, aber mangels Handelsregistereintragung noch nicht entstandene GmbH wird damit nicht als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern als Organisation behandelt, die einem Sonderrecht untersteht, das sich aus den aus Gesetz und Gesellschaftsvertrag ergebenden Gründungsvorschriften sowie dem Recht der eingetragenen GmbH, soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt, ergibt (BGH aaO). Dieses Sonderrecht zur GmbH-Vorgesellschaft kann nicht auf den nicht rechtsfähigen Verein übertragen werden (LG Kaiserslautern aaO; *Coing* aaO; *Böhringer* aaO; vgl. auch *Reuter* aaO, Rdnr. 11).

An dieser Rechtslage ändert auch § 3 des Gesetzes über die politischen Parteien (ParteiG) vom 15. Februar 1984 nichts, wodurch den Parteien und — soweit in der Parteisatzung nichts anderes bekannt ist — den Gebietsverbänden der jeweils höchsten Stufe die aktive und passive Prozeßfähigkeit

verliehen wird. Dabei kann dahinstehen, ob diese Regelung auf die hier zu entscheidende Frage der Grundbuchfähigkeit überhaupt Einfluß haben könnte. Denn der Beteiligte zu 2) gehört als Bezirksverband im Landesverband Rheinland-Pfalz der A-Partei schon nicht zu den Gebietsverbänden der jeweils höchsten Stufe (vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 43. Aufl., § 50 Anm. 2 F e; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 14. Aufl., § 50 Rdnr. 21 m. w. Nw.)

Eine Auffassung zugunsten des Beteiligten zu 2) kann somit im Grundbuch nur dergestalt vollzogen werden, daß alle Mitglieder mit einem das Rechtsverhältnis klarstellenden Zusatz (§ 47 GBO) als Eigentümer eingetragen werden; das hat zur Folge, daß das Grundbuch bei jedem Mitgliederwechsel berichtigt werden müßte. Zur Vermeidung dieses wenig praxisgerechten Weges bleibt u. a. die Möglichkeit, das Grundstück durch Treuhänder erwerben zu lassen (vgl. *Reichert/Dannecker/Kühr*, a a O, Rdnrn. 1060 bzw. 1812).

7. BGB § 1105; ZPO § 323 (Eintragungsfähigkeit einer Anpassungsklausel gem. § 323 ZPO)

Die für ein Taschengeld vereinbarte Klausel „Wenn sich die Ertragskraft des landwirtschaftlichen Betriebes wesentlich verändert, ist das Taschengeld gem. § 323 ZPO anzupassen.“ ist hinreichend bestimmbar, um dinglicher Inhalt der zur Sicherung des Taschengeldes bestellten Reallast zu sein.

(Leitsatz des Einsenders)

LG Augsburg, Beschluß vom 4.11.1985 — IV T 4316/85 — mitgeteilt von Notar *Karl-Heinz Röder*, Wassertrüdingen

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten ließen einen Hofübergabevertrag beurkunden, in welchem als Gegenleistung für die Hofübergabe zugunsten der Beteiligten zu 1) und 2) unter anderem eine Reallast bestellt wurde. Als Teil dieser Reallast wurde ein monatliches gemeinsames Taschengeld von DM 200,—, nach Ableben eines der beiden Berechtigten von DM 150,— für den Überlebenden vereinbart. Weiter wurde in dieser Urkunde folgendes vereinbart:

„Wenn sich die Ertragskraft des landwirtschaftlichen Betriebes wesentlich verändert, ist das Taschengeld gemäß § 323 ZPO anzupassen.“

Die genannte Urkunde wurde dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt.

Das Grundbuchamt war der Ansicht, daß diese Klausel nicht als Inhalt der Reallast im Grundbuchamt eingetragen werden kann, da der Geldwert der Leistungen nicht mehr bestimmbar und somit die Reallast zu unbestimmt sei.

Nachdem das Amtsgericht der Erinnerung der Beteiligten nicht abhalf, hob das Landgericht als Beschwerdegericht die Zwischenverfügung des GBA auf.

Aus den Gründen:

Die begehrte Eintragung ist nach Auffassung der Kammer eintragungsfähig, da die Anpassungsklausel nach § 323 ZPO hinreichend bestimmbar ist.

Für die Eintragung einer Reallast ist es nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht erforderlich, daß der Geldwert, der aus dem Grundstück stets wiederkehrend zu entrichten ist, fest bestimmt ist. Es reicht aus, daß er bestimmbar ist (vgl. BayObLG DNotZ 1980, 97 [= MittBayNot 1979, 233]; BGHZ 22, S. 54, 58; BayObLGZ 1953, 203). Für die Bestimmbarkeit ist genügend, daß auch außerhalb der Grundbucheintragung und der Eintragungsbewilligung liegende Umstände herangezogen werden können, soweit auf sie verwiesen ist und soweit diese im Einzelfall nachprüfbar sind.

Diesen Anforderungen entspricht die Klausel, daß bei einer wesentlichen Änderung der Ertragskraft des landwirtschaftlichen Betriebes das Taschengeld gemäß § 323 ZPO anzupassen sei. Denn die Ertragskraft des landwirtschaftlichen Betriebes ist jederzeit bestimmbar, zumal sie letztendlich mit den landwirtschaftlichen Einkünften gleichzusetzen sind, welche jederzeit ermittelbar und nachprüfbar sind. Auch dürfte zum Zwecke der steuerlichen Überprüfbarkeit sowieso in regelmäßigen Zeitabständen eine Aufstellung über die landwirtschaftlichen Einkünfte notwendig werden.

Aus diesem Grunde war die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, die begehrte Eintragung vorzunehmen.

8. WEG §§ 8, 10, 16 (Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer)

Enthält die Teilungserklärung einen Verteilungsschlüssel für die Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums und sieht sie eine Abänderungsmöglichkeit durch „absoluten“ Mehrheitsbeschluß vor, ist eine Änderung des Verteilungsschlüssels gleichwohl nur dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund vorliegt und einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden.

BGH, Beschluß vom 27. 6. 1985 — VII ZB 21/84 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die aus fünf Häusern bestehende Wohnungseigentumsanlage D. in N. ist in drei Häusern mit Aufzügen ausgestattet. Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer dieser Häuser, und zwar die Antragsteller die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen, die Antragsgegner die Eigentümer der übrigen Wohnungen.

Nach § 15 Nr. 16 der „Gemeinschaftsordnung“, die Bestandteil der Teilungserklärung ist und im Grundbuch eingetragen wurde, werden die Kosten für den Betrieb und die Unterhaltungs- bzw. die Instandhaltungskosten der Aufzugsanlagen nach einem „Aufzugsschlüssel“ lediglich auf die Antragsgegner verteilt. § 20 sieht vor, daß die „Gemeinschaftsordnung“ durch „absoluten Mehrheitsbeschluß“ der Wohnungseigentümer geändert werden kann, wenn die Gläubiger aller im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechte zustimmen.

In einer Eigentüerversammlung vom 3. Juni 1982 beschloß die Mehrheit der Beteiligten, den „Aufzugsschlüssel“ abzuändern und rückwirkend ab 1. Januar 1982 auch die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen einzubeziehen.

Die Antragsteller halten diesen Beschluß für eine Änderung der Teilungserklärung, die nur durch eine einstimmige Vereinbarung vorgenommen werden könne. Sie haben deshalb am 2. Juli 1982 im Verfahren nach § 43 WEG beantragt, den Beschluß für ungültig zu erklären. Amtsgericht und Landgericht haben den Antrag zurückgewiesen. Die nach der Abänderungsklausel der Gemeinschaftsordnung erforderliche Zustimmung der Grundpfandgläubiger haben beide Gerichte nicht für notwendig erachtet, weil sich nach ihrer Auffassung der Beschluß der Wohnungseigentümer auf die Stellung der dinglich berechtigten Gläubiger nicht auswirke.

Das Bayerische Oberste Landesgericht ist der Ansicht, die Änderung des in der Gemeinschaftsordnung festgesetzten „Aufzugsschlüssels“ bedürfe der Zustimmung der Grundpfandgläubiger. Es möchte deshalb auf die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 11 die Sache zu weiteren Ermittlungen an das Landgericht zurückverweisen. An einer entsprechenden Entscheidung sieht es sich jedoch durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Köln vom 21. April 1982 (OLGZ 1982, 413 [= DNotZ 1982, 753]) und des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 21. Februar 1984 (OLGZ 1984, 146) gehindert. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat daher die sofortige weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof vorgelegt (BayObLGZ 1984, 257 [= MittBayNot 1985, 30]). Dieser hat die Beschlüsse des Amtsgerichts und des Landgerichts aufgehoben und den Beschluß der Eigentüerversammlung für ungültig erklärt.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist statthaft (§ 43 Abs. 1 WEG i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

Die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zur Abänderung des in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Verteilungsschlüssels für die Aufzugskosten ist nur dann von Bedeutung, wenn der „Aufzugsschlüssel“ durch Mehrheitsbeschluß geändert werden kann. Das Bayerische Oberste Landesgericht will das bejahen und setzt sich damit in Widerspruch zu den angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Köln und Frankfurt, nach deren Auffassung die Gemeinschaftsordnung auch dann nur einstimmig abgeändert werden kann, wenn diese selbst eine Abänderung durch Mehrheitsbeschluß vorsieht.

II. Der in einer Gemeinschaftsordnung festgesetzte Verteilungsschlüssel für die Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums kann grundsätzlich jedenfalls dann durch Mehrheitsbeschluß abgeändert werden, wenn die Gemeinschaftsordnung eine entsprechende Regelung enthält. Eine solche Abänderung ist jedoch nur zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt und einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem bis dahin bestehenden Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht gegeben; die sofortige weitere Beschwerde hat deshalb Erfolg.

1. Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Gegenständen, die die Wohnungseigentümer durch (Mehrheits-) Beschluß (§§ 10 Abs. 3, 25 WEG) und solchen, die sie durch Vereinbarung, d. h. nur einstimmig, regeln können. Die von den Wohnungseigentümern im Streitfall getroffene Regelung betrifft einen Gegenstand, über den grundsätzlich nur im Wege einer Vereinbarung entschieden werden kann. Denn die beschlossene Neufestsetzung der anteiligen Aufzugskosten weicht von dem in § 16 Abs. 2 WEG vorgesehenen Verteilungsmaßstab ab und muß daher gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG von den betroffenen Wohnungseigentümern vereinbart werden (a. A. OLG Frankfurt OLGZ 1983, 180, 181; früher auch das Bayerische Oberste Landesgericht, das in seinem Vorlagebeschluß an dieser Auffassung jedoch ausdrücklich nicht mehr festhält).

Trotzdem ist — mit der ganz überwiegenden Meinung — grundsätzlich eine Änderung durch — abändernden — Mehrheitsbeschluß dann für wirksam zu erachten, wenn die Gemeinschaftsordnung eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorsieht (vgl. LG Mannheim MDR 1976, 582; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 116; *Weitnauer*, WEG, 6. Aufl., § 10 Rdnr. 17 c, § 16 Rdnr. 13 c; *Augustin* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 25; *Palandt/Bassenge*, BGB, 44. Aufl., § 10 WEG Anm. 2 a, § 16 WEG Anm. 1 a; *Röll* in MünchKomm, BGB, § 10 WEG Rdnr. 22 und DNotZ 1982, 731, 732 ff; *Soergel/Baur*, BGB, 11. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 10, § 16 WEG Rdnr. 1; *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5, S. 51 f; *Korff*, Der Wohnungseigentümer 1980, 108, 110; *Stoll* SchIHAnz 1978, 165; *Tasche* DNotZ 1973, 453, 455; einschränkend *Erman/Ganten*, BGB, 7. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 3; *Staudinger/Ring*, BGB, 11. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 12; a. A. LG Wuppertal ZMR 1984, 387, 388; *Karstädt* MDR 1965, 256, 258; *Schmid* BIGBW 1980, 203, 205; kritisch auch *Walberer* NJW 1984, 109, 110).

a) Das Bayerische Oberste Landesgericht weist zutreffend darauf hin, daß das Wohnungseigentumsgesetz den Wohnungseigentümern für die Regelung ihres Verhältnisses untereinander in weitem Umfang Vertragsfreiheit einräumt.

Die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer soll nicht mehr als notwendig beschränkt werden (vgl. *Bärmann/Pick/Merle*, aaO, vor § 10 Rdnr. 6; *Weitnauer*, aaO, vor § 1 Rdnr. 26). Dem entspricht es, wenn § 23 Abs. 1 WEG Vereinbarungen darüber zuläßt, ob eine Angelegenheit durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden kann. Einer Regelung durch Mehrheitsbeschluß unterliegen mithin nicht nur die gesetzlich bestimmten Fälle. Den Wohnungseigentümern wird vielmehr ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, durch Vereinbarung zusätzliche Angelegenheiten von dem Einstimmigkeitsprinzip auszunehmen. Besteht somit auch in diesem Umfang weitgehend Gestaltungsfreiheit, begegnet es keinen Bedenken, wenn die Wohnungseigentümer vereinbaren, daß auch dort Mehrheitsbeschlüsse zulässig sein sollen, wo das Gesetz an sich eine Vereinbarung vorschreibt. Denn mit Billigung einer Abänderungsklausel in der Gemeinschaftsordnung erklären sich die Wohnungseigentümer mit der Geltung des Mehrheitsgrundsatzes einverstanden.

b) Diese Möglichkeit, die Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluß abändern zu können, entspricht auch praktischen Bedürfnissen (vgl. insbesondere *Röll* DNotZ 1982, 334, 337 ff; 1982, 731, 733 ff).

Wohnungseigentum wird ganz überwiegend durch Teilung nach § 8 WEG gebildet. Die Ausgestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses liegt damit fast vollständig in den Händen der Bauträger. Diese bestimmen in der Teilungserklärung aufgrund § 8 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 4 und § 10 WEG das Rechtsverhältnis der künftigen Wohnungseigentümer untereinander. Die Gemeinschaftsordnung wird demnach bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt festgelegt. Die Regelung kann sich deshalb im Zusammenleben der Wohnungseigentümer als von Anfang an verfehlt oder unzweckmäßig erweisen, etwa weil sie zu wenig auf die Besonderheiten der jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaft abgestimmt ist. Ferner kommt es bei Großanlagen vor, daß die Anlage nicht wie geplant fertiggestellt wird. Hierdurch kann der in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene Lasten- und Kostenverteilungsschlüssel unbillig werden. Auch können neuere Erfahrungen, technische Entwicklungen oder eine Umstellung der Lebensgewohnheiten eine Anpassung an die geänderten Verhältnisse erforderlich machen.

Mag aufgrund dieser Umstände eine Änderung noch so notwendig und dringlich sein, sind einstimmige Entscheidungen noch vielfach nicht zu erreichen. Dies zeigen die Fälle, in denen einzelne Wohnungseigentümer ihre Zustimmung aus bestimmten Gründen verweigern. Besondere Schwierigkeiten können sich z. B. auch bei nach dem Bauherrenmodell errichteten Großanlagen ergeben. Die Wohnungseigentümer solcher Anlagen sind oft über das ganze Bundesgebiet verstreut und als reine Kapitalanleger häufig wenig interessiert, Fragen des praktischen Zusammenlebens in der Wohnungseigentümergeinschaft übereinstimmend mit den anderen Wohnungseigentümern zu regeln.

2. Im Schrifttum wird demgegenüber darauf hingewiesen, daß diejenigen Wohnungseigentümer, die eine Änderung wünschen, in solchen Fällen nicht schutzlos sind. Denn nach § 242 BGB stehe ihnen unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Zustimmung gegen die widerstrebenden Wohnungseigentümer zu (so etwa *Tasche* DNotZ 1973, 452, 464; *Weitnauer*, Deutsche Wohnungswirtschaft 1979, 237, 240). Hiergegen wird von *Röll* (DNotZ 1982, 731, 734) zu Recht eingewandt, daß dieser Weg vor allem dort

nicht weiterhilft, wo eine rasche Änderung nottut und die verweigerte Zustimmung erst nach Jahren durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt wird.

a) Dennoch entspricht diese Lösung den berechtigten Interessen der betroffenen Wohnungseigentümer. Sie begegnet der Gefahr, daß sich die Mehrheit über schutzwürdige Interessen der Minderheit hinwegsetzt. Denn eine Abänderungsklausel in der Gemeinschaftsordnung darf nicht dazu führen, daß einmal getroffene Vereinbarungen nach Belieben der jeweiligen Mehrheit abgeändert werden können. Der einzelne Wohnungseigentümer muß vielmehr darauf vertrauen können, daß Änderungen nicht ohne weiteres möglich sind.

Am Beispiel des Lasten- und Kostenverteilungsschlüssels wird dies besonders deutlich. Trifft ein Veräußerer in der Gemeinschaftsordnung Regelungen, die die einzelnen Wohnungseigentümer unterschiedlich belasten, wird er das nicht ohne sachlichen Grund tun. Er muß diese Regelung den künftigen Erwerbern gegenüber vertreten können und wird sich gerade deshalb um einen differenzierten, an den jeweiligen Vorteilen ausgerichteten Kosten- und Lastenverteilungsschlüssel bemühen. Dementsprechend kann auch die Entscheidung des einzelnen Erwerbers für ein bestimmtes Objekt durch die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung — zumindest — mitbestimmt werden.

b) Bei dieser Sachlage ist es nicht gerechtfertigt, den durch eine Regelung begünstigten Erwerber ohne weiteres abändernden Mehrheitsentscheidungen auszusetzen. Eine Änderung durch Mehrheitsbeschluß ist vielmehr nur zuzulassen, wenn sachliche Gründe vorliegen und einzelne Wohnungseigentümer aufgrund der Neuregelung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden (ähnlich *Staudinger/Ring*, aaO, § 10 WEG Rdnr. 12; vgl. auch OLG Oldenburg NdsRpflge 1977, 213, 214/215). Bei einem Lasten- und Kostenverteilungsschlüssel ist dies insbesondere dann der Fall, wenn sich die Verhältnisse gegenüber früher in wesentlichen Faktoren geändert haben oder die ursprünglich vorgesehene Verteilung — weil den tatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen — sich nicht bewährt hat. Ob eine Änderung durch Mehrheitsbeschluß zulässig ist, hängt demnach von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab.

III. Nach diesen Grundsätzen ist der angefochtene Beschluß für ungültig zu erklären.

Die Antragsgegner haben die Änderung des Verteilungsschlüssels lediglich damit begründet, daß auch die Bewohner des Erdgeschosses den Aufzug benutzen könnten, weil sich die Tiefgarage und das Schwimmbad im Untergeschoß befänden. Die Antragsteller haben demgegenüber eingewandt, diese Nutzungsmöglichkeit sei rein theoretischer Natur, da es sich nur um wenige Treppenstufen handle. Wie die Anlagen im einzelnen ausgestattet sind, kann offen bleiben. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß der Verteilungsschlüssel nicht unangemessen erscheint und sich die Verhältnisse zwischen den Beteiligten insoweit nicht geändert haben.

Die Antragsteller waren als Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen von Anfang an in der Lage, Tiefgarage und Schwimmbad zu benutzen. Trotzdem brauchten sie sich nach dem in der Gemeinschaft vorgesehenen Verteilungsschlüssel nicht an den Aufzugskosten zu beteiligen. Mit dieser Regelung erklärten sich die anderen Wohnungseigentümer bei Erwerb einer Wohnung einverstanden. An dieses

Einverständnis sind sie gebunden. Allein durch einen Mehrheitsbeschluß kann somit der Verteilungsschlüssel nicht abgeändert werden. Eine solche Änderung wird auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß in der Gemeinschaftsordnung eine Regelung hätte getroffen werden können, wonach sich auch die Bewohner der Wohnungen im Erdgeschoss an den Aufzugskosten beteiligen müssen (vgl. zu dieser Problematik Senat BGHZ 92, 18).

9. Art. 3 Abs. 2 GG; Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen, Art. 117 Abs. 1 GG (*Zum Güterstand in einer gemischt-nationalen Ehe zwischen deutschen und italienischen Staatsbürgern*)

1. Der nur noch im Verhältnis zu Italien geltende Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens, wonach bei der Beurteilung des Güterstandes einer gemischt-nationalen Ehe ausschließlich auf das Recht des Ehemannes abgestellt werden soll, verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 2 GG.

2. Bei Verstoß einer staatsvertraglichen Kollisionsnorm gegen Verfassungsrecht hat grundsätzlich das Verfassungsrecht Vorrang.

3. Art. 2 des Haager Ehwirkungsabkommens ist vorkonstitutionelles Recht, dessen Fortgeltung gemäß Art. 117 Abs. 1 GG zu beurteilen ist.

(*Leitsatz des Einsenders*)

LG Frankenthal, Beschluß vom 28.10.1985 — 1 T 315/85 — mitgeteilt von Notarassessor *Thomas Walter*, Ludwigshafen, und *Dr. Jürgen Wolf*, Vors. Richter am LG Frankenthal

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 2) und 3) sind Eheleute; ein Ehevertrag besteht nicht. Der Beteiligte zu 2) ist italienischer Staatsangehöriger, während die Beteiligte zu 3) die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

Mit notarieller Urkunde hat die Beteiligte zu 1) ein Grundstück an ihre Tochter, die Beteiligte zu 3), übertragen, die sodann in derselben Urkunde einen Miteigentumsanteil von 1/2 an ihren Ehemann, den Beteiligten zu 2), weiter übertragen hat.

Der Rechtspfleger hat den Vollzugsantrag gemäß § 5 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 RpfVG der Grundbuchrichterin vorgelegt. Diese hat den auf Eintragung als Miteigentümer zu je 1/2 gerichteten Antrag der Erwerber als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, wegen der verschiedenen Nationalitäten der Erwerber sei Art. 2 des sog. Haager Ehwirkungsabkommens mit der Folge anwendbar, daß der von den Beteiligten zu 2) und 3) beabsichtigte Erwerb in deren Innenverhältnis nach italienischem Recht zu behandeln sei. Da während der Ehe erworbenes Vermögen nach italienischem Eherecht in die eheliche Gütergemeinschaft fällt und ein getrennter Erwerb als Miteigentümer nicht möglich ist, könne die beantragte Eintragung wegen des Erfordernisses der materiellen Richtigkeit des Grundbuchs nicht vorgenommen werden.

Der Beschwerde hat die Grundbuchrichterin nicht abgeholfen und diese dem Landgericht Frankenthal (Pfalz) zur Entscheidung vorgelegt. Das Landgericht hat entschieden, daß sich der Erwerb des Grundstücks nach deutschem Ehegüterrecht beurteilt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet. Entgegen der dem angefochtenen Beschluß zugrundeliegenden Ansicht ist die Kammer der Auffassung, daß Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen nicht zur Anwendung gelangen kann:

Das am 23. August 1912 in Kraft getretene Abkommen gilt heute für die Bundesrepublik Deutschland gemäß Wiederinkraftsetzungserklärung vom 1. Mai 1952 (BGBl 1955 II, 188) nur noch im Verhältnis zu Italien. Die dem Art. 2 dieses Abkommens inhaltlich entsprechende Regelung in Art. 15

Abs. 2 S. 1 EGBGB ist mit dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Februar 1983 (BGBl 1983, 525; NJW 1983, 1968; FamRZ 1983, 566 [= MittBayNot 1983, 70 = DNotZ 1983, 356]) für nichtig erklärt worden. In den Gründen ist unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen ausgeführt, daß auch die Vorschriften des deutschen Internationalen Privatrechts in vollem Umfange an den Grundrechten zu messen sind, weil der deutsche Gesetzgeber, der diese Kollisionsnormen erläßt oder in seinen Willen aufnimmt, ebenso wie bei seiner sonstigen Gesetzgebung an die Grundrechte gebunden ist. Wenn im Rahmen einer solchen Kollisionsregelung stets an die Staatsangehörigkeit des Mannes angeknüpft werde, so sei dies mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar. Dieses Grundrecht verbiete als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, daß der Geschlechtsunterschied ein beachtlicher Grund für Differenzierungen im Recht abgeben könne, es sei denn, „objektive biologische und funktionale Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses zwischen Männern und Frauen“ rechtfertigen eine solche Differenzierung. Nach Ansicht der Kammer führt die Anwendung dieser höchstrichterlich gefestigten Ausgestaltung des verfassungsrechtlich geschützten Gebots der Gleichbehandlung zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen als verfassungswidrig angesehen werden muß. Insoweit besteht in der Literatur weitgehend auch Einigkeit (vgl. stellvertretend *Staudinger/von Bar*, BGB, Internationales Privatrecht, Vorbem. 124 f. zu Art. 13 EGBGB; *Palandt-Heldrich*, Anhang zu Art. 15 EGBGB, Anm. 3 m. w. N.; *Heldrich*, FamRZ 1983, 1085; *Lichtenberger* MittBayNot 1983, 71 f).

Hingegen ist die sich anschließende Frage, welche Konsequenzen in der Rechtsanwendung aus der Verfassungswidrigkeit des Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen abzuleiten sind, umstritten. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung soll ein Verfassungsverstoß die Gültigkeit einer staatsvertraglichen Kollisionsnorm grundsätzlich unberührt lassen (vgl. *Jayme/von Olshausen*, FamRZ 1973, 281; *Jayme/Meessen*, Staatsverträge zum Internationalen Privatrecht, 1975, 41). Dies wird teilweise aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ hergeleitet, dem über Art. 25 GG als allgemeine Regel des Völkerrechts Bundesrechtscharakter beigegeben wird. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, daß aus Art. 25 GG ein innerstaatlicher Vorrang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts vor den Grundrechten der Verfassung nicht entnommen werden kann (*Maunz-Dürig-Herzog*, GG, 4. Aufl., Art. 25 Rdnr. 25; *Staudinger/v. Bar* a.a.O., *Heldrich* a.a.O.). Zudem würde bei Anerkennung des vorgenannten Rechtsgrundsatzes vertragsgemäßen Verhaltens als allgemeiner Regel des Völkerrechts im Ergebnis jegliches Völkervertragsrecht über Art. 25 GG zum Bestandteil innerstaatlichen Bundesrechts, was eine Überziehung der mit dieser Verfassungsnorm bezweckten Umsetzungsfunktion bedeuten würde (*Maunz-Dürig-Herzog* a.a.O.). Hinzu kommt schließlich, daß die eine Fortgeltung des Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen befürwortenden Beiträge in der Literatur, soweit ersichtlich, ausschließlich aus der Zeit vor der zu Art. 15 EGBGB ergangenen Nichtigkeitsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 1983 herrühren. Ebenso sind nach diesem Beschluß zur fraglichen Problematik ergangene Gerichtsentscheidungen nicht bekannt; lediglich in der früheren Rechtsprechung wurde ebenfalls teilweise die Auffassung vertreten, daß trotz der schon damals aktuellen verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen anwendbar sei (so *OLG Hamm*, FamRZ 1968, 321 und *KG* FamRZ 1973, 307 [= DNotZ

1973, 620]). Die neuere Entscheidung des OLG Düsseldorf in Rpfleger 1984, 188 betrifft nicht den hier in Rede stehenden Meinungsstreit, denn jener Entscheidung lag die Fallgestaltung zugrunde, daß beide Eheleute italienische Staatsangehörige gewesen sind, wobei die Ehefrau diese im Wege der Eheschließung erworben hatte.

Die Kammer schließt sich der in der neueren Literatur überwiegend vertretenen Ansicht an; nach der gemäß Art. 117 Abs. 1 GG eine Fortgeltung des Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen über den 31. März 1953 hinaus zu verneinen ist (so *Staudinger/v. Bar* a.a.O.; *Palandt-Heldrich* a.a.O. m.w.N., *Lichtenberger* DNotZ 1983, 397 und *Heldrich* a.a.O.). Da die lediglich mit Italien getroffene Wiederinkraftsetzungsvereinbarung vom 01. Mai 1952 ohne Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften erfolgt ist, ist sie von dem nachkonstitutionellen Gesetzgeber nicht in seinen Willen aufgenommen, so daß mithin vorkonstitutionelles Recht gegeben ist und demzufolge eine Vorlagepflicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zum Bundesverfassungsgericht nicht besteht (*Staudinger/v. Bar* a.a.O.). Vielmehr obliegt die Überprüfung der insoweit in Betracht kommenden Kollisionsnorm auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz dem jeweils mit der Frage der Anwendung befaßten Gericht selbst. Das von den Gegnern der hier vertretenen Auffassung in erster Linie ins Feld geführte Argument, daß die Annahme der Unwirksamkeit von Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führe, vermag nach dem Dafürhalten der Kammer schon deshalb nicht zu überzeugen, weil das Abkommen nur im Verhältnis zu Italien Gültigkeit besitzt und mithin auch bei Annahme seiner Wirksamkeit in bezug auf alle anderen Staaten ebenso große Rechtsunsicherheit gegeben wäre. Davon abgesehen ist die bei Verneinung der Anwendbarkeit der fraglichen Norm entstehende Lücke unschwer mit Hilfe des allgemeinen Grundsatzes verfassungskonformer Auslegung grundgesetzwidriger Bestimmungen zu schließen und damit die befürchtete Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Sowohl in der Literatur (insbesondere *Heldrich*, FamRZ 1983, 1084 und *Lichtenberger* MittBayNot 1983, 71 f) als auch in der Rechtsprechung sind auf der Grundlage der verfassungsrechtlich unbedenklichen Strukturelemente des geltenden Kollisionsrechts im Ergebnis weitgehend übereinstimmende Anknüpfungsregeln für die Bestimmung des bei gemischt-nationalen Ehen anzuwendenden Rechts abgeleitet worden. Der Bundesgerichtshof hat in seiner zu Art. 17 Abs. 1 EGBGB ergangenen Entscheidung BGHZ 86, 57 (64 f.), in der die Anknüpfung an das Heimatrecht des Ehemannes bei Scheidung ebenfalls für verfassungswidrig erachtet worden ist, umfassende Lösungskriterien für praktikable Ersatz-Anknüpfungspunkte entwickelt. Danach kommt — in Übereinstimmung mit den vorerwähnten Vorschlägen in der Literatur (ebenso bereits *Neuhaus-Kropholler* in FamRZ 1980, 753) — für die hier gegebene Fallgestaltung, also für Ehegatten, die kein gemeinsames Heimatrecht besitzen, das Recht ihres gemeinsamen, d. h. im selben Staat gelegenen, gewöhnlichen Aufenthaltsortes, vorliegend also deutsches Recht, zur Anwendung. Bei konsequenter Anwendung dieser vom Bundesgerichtshof aufgezeigten Anknüpfungsregel kann keine Rede mehr davon sein, daß die verfassungsrechtlich unumgängliche Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 2 Haager Ehwirkungsabkommen Rechtsunsicherheit nach sich ziehen würde. Auch der Umstand, daß diesen in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen die Gesetzen und bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen eigene Bindungswirkung fehlt, vermag nichts daran zu ändern, daß dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechts-

staatsprinzip, aus dem auch das Gebot der Rechtssicherheit abgeleitet ist, eher Rechnung getragen wird, wenn die Anwendung einer grundgesetzwidrigen Vorschrift unterbleibt, anstatt deren Anwendbarkeit trotz erkannter Verfassungswidrigkeit unter Berufung auf das Gebot der Rechtssicherheit zu bejahen; denn gerade die Anwendung grundgesetzwidriger Rechtsnormen widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip, so daß die, wenn auch in ihrer Ausgestaltung im einzelnen nicht bindend festgelegte, verfassungskonforme Heranziehung allgemeiner kollisionsrechtlicher Grundsätze zur Vermeidung allgemeiner verfassungsmäßig geschützter Garantien unabweichlich ist.

Nach alledem ist auf die Art des Erwerbes der Beteiligten zu 2) und 3) deutsches Recht anzuwenden, so daß die beantragte Eintragung der materiellen Rechtslage entspricht.

10. BGB § 1614 I, 134, 138 (*Zur Wirksamkeit einer Freistellungsverpflichtung*)

1. Freistellungsvereinbarungen in einem Scheidungsfolgenvergleich, in denen sich einer der Ehegatten verpflichtet, den Unterhalt für das gemeinschaftliche Kind allein aufzubringen, sind grundsätzlich nicht wegen Verstoßes gegen § 1614 BGB unwirksam.

2. Das gilt auch dann, wenn die wirtschaftliche Situation des Ehegatten, der dem anderen gegenüber die Verpflichtung übernommen hat, für den Barunterhalt des Kindes zu sorgen, als gefährdet erscheint.

KG, Urteil vom 4.6.1985 — 17 UF 6004/84 —

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht hat dem Freistellungsbegehren der Klägerin zu Recht entsprochen und den Beklagten zur Rückzahlung des an das gemeinschaftliche Kind der Parteien geleisteten Unterhalts verurteilt. Denn in Ziffer 6. der notariellen Vereinbarung vom 5. August 1981 hat der Beklagte im Innenverhältnis zwischen den Parteien die Verpflichtung übernommen, die Klägerin von Unterhaltsansprüchen des Kindes freizustellen. Diese Vereinbarung ist wirksam. Die vom Beklagten gegen die Wirksamkeit des notariellen Vertrages geäußerten Bedenken greifen nicht durch.

1. Die Freistellungsvereinbarung ist nicht wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Zwar ist eine Vereinbarung der Eltern, in der der nichtsorgeberechtigte Elternteil die Nichtausübung seines Umgangsrechts gegen Freistellung seiner Unterhaltungspflicht zusagt, unter Umständen wegen Verstoßes gegen die guten Sitten wirksam (BGH FamRZ 1984, 778). Ebenso kommt die Annahme einer Nichtigkeit nach § 138 BGB dann in Betracht, wenn die Eltern die Regelung der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts einerseits und die Gewährleistung des Kindesunterhalts andererseits im Verhältnis zueinander miteinander verknüpfen. Einer näheren Prüfung bedarf diese Frage im vorliegenden Fall aber deshalb nicht, weil der Beklagte selbst nicht geltend macht, daß bei Abschluß des Scheidungsfolgenvergleichs eine solche Verknüpfung vorgenommen worden sei.

Für die Wirksamkeit des Scheidungsfolgenvergleichs ist es auch ohne Bedeutung, ob der Beklagte — entsprechend seiner Behauptung — durch die getroffenen Regelungen wirtschaftlich schlechter gestellt worden sein sollte als die Klägerin. Denn der Beklagte hat sich freiwillig mit allen Punkten des Scheidungsfolgenvergleichs einverstanden erklärt. Die

Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB sind nach den eigenen Vorbringen des Beklagten nicht erfüllt. Was den Beklagten veranlaßt hat, die gesamten gemeinsamen Verbindlichkeiten zu übernehmen und sich damit zu begnügen, als einzigen wesentlichen Vermögensgegenstand den gebrauchten Kraftwagen zu behalten, hat er nicht dargetan. Wenn er dabei — wie er meint — übervorteilt worden sein sollte, hat der Beklagte sich dies selber zuzuschreiben. Denn es ist nicht dargetan worden, daß der Beklagte unter Ausnutzung seiner Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche von der Klägerin dazu veranlaßt worden ist, dem Scheidungsfolgenvergleich zuzustimmen.

2. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Freistellungsvereinbarung auch nicht nach § 134 BGB nichtig, weil auf diese Weise das gesetzliche Verbot des § 1614 Abs. 1 BGB, für die Zukunft auf Unterhalt zu verzichten, umgangen worden sein könnte. Freistellungsvereinbarungen der in der notariellen Urkunde vom 5. August 1981 getroffenen Art sind in Scheidungsfolgenvergleichen allgemein üblich. In Rechtsprechung und Schrifttum wird die Wirksamkeit derartiger Absprachen in der Regel nicht in Zweifel gezogen, weil hierdurch der Unterhaltsanspruch des gemeinschaftlichen Kindes der geschiedenen Ehegatten nicht berührt werde (*Palandt/Diederichsen*: BGB, 44. Aufl. Anm. 1 zu § 1614; *Rolland*: 1. EheRG, 2. Aufl., Rdnr. 32 zu § 1585 c). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, weil der Unterhaltsanspruch des Kindes, der ihm nach den §§ 1601 ff BGB gegen den barunterhaltspflichtigen Elternteil zusteht, durch einen Scheidungsfolgenvergleich nicht erlischt, und zwar unabhängig davon, was die Eltern untereinander vereinbart haben. Deshalb kann grundsätzlich die Anwendung der Vorschrift des § 134 BGB von vornherein nicht in Betracht kommen.

Eine andere Beurteilung kann allenfalls dann geboten sein, wenn eine zwischen den Eltern getroffene Freistellungsvereinbarung im Einzelfall geeignet sein kann, sich zum Nachteil des Kindes auszuwirken (*Göppinger/Wenz*: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 5. Aufl., Rdnr. 580; *Göppinger* JR 1984, 499, 500; *Mutschler* in RGRK, 12. Aufl., Rdnr. 5 zu § 1614 BGB; *Sörgel/Lange*: BGB, 11. Aufl., Rdnr. 3 zu § 1614 BGB). Denn eine Gefährdung des Kindesunterhalts als Folge einer Vereinbarung zwischen den Eltern könnte sich als teilweiser Unterhaltsverzicht darstellen und aus diesem Grunde zur Unwirksamkeit der Absprache führen (§§ 1614 Abs. 1, 134 BGB). Aufgrund dieser Erwägung wird in Rechtsprechung und Schrifttum die Unwirksamkeit einer zwischen den Eltern getroffenen Freistellungsvereinbarung schon dann angenommen, wenn nicht ausnahmsweise — etwa wegen eines größeren Vermögens oder außergewöhnlicher Einkommensverhältnisse des betreuenden Elternteils — eine Schmälerung der für den Unterhalt des Kindes zur Verfügung stehenden Mittel auszuschließen ist (OLG Hamm, 8. Zivilsenat, FamRZ 1977, 556; *Köhler* im Münchener Komm., Ergänzungsband, Rdnr. 2 zu § 1614 BGB). Diese Ansicht läuft im Ergebnis darauf hinaus, daß die Mehrzahl der Scheidungsfolgenvergleiche, in denen der betreuende Elternteil dem anderen gegenüber auch die Barunterhaltspflicht übernimmt, wegen eines Verstoßes gegen § 1614 Abs. 1 BGB nichtig wäre. Denn erfahrungsgemäß sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse eines geschiedenen Elternteils nur selten so beschaffen, daß der Kindesunterhalt für alle Zeiten als ungefährdet angesehen werden kann. Dem kann indessen nicht gefolgt werden. Eine Freistellungsvereinbarung zwischen den Eltern führt im Ergebnis nicht zum Entzug der wirt-

schaftlichen Basis für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Kindes. Auch wenn die wirtschaftliche Situation des betreuenden Elternteils, der dem anderen gegenüber die Verpflichtung übernommen hat, für den Barunterhalt des Kindes zu sorgen, als gefährdet erscheint, bewirkt dies nicht die Unwirksamkeit der Freistellungsvereinbarung. Denn das Kind behält in jedem Fall den Unterhaltsanspruch gegen den ihm gegenüber barunterhaltspflichtigen Elternteil. Es kann einen entsprechenden Unterhaltstitel erwirken und diesen notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Sollte der im Verhältnis zwischen den geschiedenen Ehegatten zur Freistellung Verpflichtete nicht leistungsfähig sein, so wäre ein gegen ihn erwirkter Freistellungstitel nicht realisierbar. Gegenüber einer Vollstreckung in sein Einkommen oder sein Vermögen kann sich der zur Freistellung Verpflichtete auf die Pfändungsschutzbestimmungen der §§ 811, 850 ff ZPO berufen. Damit kann im Endergebnis eine Gefährdung des Kindesunterhalts aufgrund einer Freistellungsvereinbarung der Eltern nicht eintreten. Die Freistellungsvereinbarung geht solange ins Leere, wie der hieraus Verpflichtete aus finanziellen Gründen nicht in der Lage ist, dem Berechtigten die dem Kind zur Verfügung gestellten Beträge zu erstatten. Damit scheidet eine Anwendung des § 134 BGB wegen Verletzung des § 1614 Abs. 1 BGB von vornherein aus (OLG Hamm, 5. Zivilsenat, FamRZ 1980, 724). Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß der betreuende Elternteil und das Kind aus einem Topf wirtschaften und der Kindesunterhalt nicht sichergestellt sei, weil der betreuende Elternteil die von dem anderen beigetragenen Beträge möglicherweise für sich verwende. Die Möglichkeit einer zweckwidrigen Verwendung des für das Kind gezahlten Barunterhalts durch den betreuenden Elternteil läßt sich nie ausschließen. Sie muß — wie in anderen Fällen auch — in Kauf genommen werden.

Im vorliegenden Fall mußte der Berufung der Erfolg aber selbst dann versagt bleiben, wenn man der Ansicht folgen würde, die bei denkbarer Gefährdung des Kindesunterhalts infolge wirtschaftlich begrenzter Leistungsfähigkeit des betreuenden Elternteils eine Unwirksamkeit der Freistellungsvereinbarung wegen Umgehung des § 1614 Abs. 1 BGB bejaht. Denn nach dem eigenen Vorbringen des Beklagten kann nicht davon ausgegangen werden, daß sein eigener Unterhalt und der des gemeinschaftlichen Kindes gefährdet wäre, wenn er der Klägerin den Betrag von 265,— DM im Monat, den diese dem Kind schuldet, erstatten müßte.

[Es folgen Ausführungen zu den Einkommensverhältnissen des Beklagten]

11. BGB § 1585 c (Umfang des sog. Notbedarfs)

Zur Auslegung des Begriffs „Notbedarf“ im Rahmen einer Unterhaltsverzichtsvereinbarung.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 20.5.1985 — 18 WF 39/85 —

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin hat anlässlich ihrer Ehescheidung mit dem Antragsgegner die gerichtlich protokollierte Scheidungsvereinbarung vom 18.10.1974 über ihren nachehelichen Unterhalt dahin getroffen, daß sie auf Unterhalt für Vergangenheit und Zukunft verzichte, daß dieser Verzicht jedoch nicht für den Fall ihres Notbedarfs gelte.

Die Antragstellerin macht geltend, daß nunmehr für sie der Fall des Notbedarfs eingetreten sei, da sie mit Erreichung des 65. Lebensjahres Altersrenten im Gesamtbetrag von nur 516,42 DM erhalte. Der An-

tragsgegner sei bei einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen von mindestens 1.848,— DM für die begehrte Unterhaltsrente von monatlich 575,82 DM leistungsfähig. Ihrem Antrag auf Prozeßkostenbeihilfe wurde durch das OLG Karlsruhe stattgegeben.

Aus den Gründen:

In Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof (BGH, FamRZ 1980, 1104 = NJW 1981, 51 bis 53) geht der Senat bei der Begriffsbestimmung des „Notbedarfs“ davon aus, daß es sich dabei nicht nur um den notdürftigen Unterhalt, sondern um den notwendigen Unterhalt handelt, der nicht wie beim notdürftigen Unterhalt eine völlige Anspruchslosigkeit in der Lebensführung voraussetzt. Der Fall der Not liegt nicht erst dann vor, wenn die elementaren Bedürfnisse nicht mehr befriedigt werden können, sondern ist schon gegeben, wenn der notwendige Unterhalt sichergestellt werden muß, der der Höhe nach zwischen dem notdürftigen und dem angemessenen Unterhalt liegt. Der Senat bemißt den notwendigen Bedarf nach den Richtsätzen der Düsseldorfer Tabelle. Er beträgt für eine nicht erwerbstätige Person bis Ende 1984 monatlich 825.— DM, seit 01.01.1985 monatlich 910.— DM.

Mit Rücksicht auf das von der Antragstellerin glaubhaft gemachte Renteneinkommen der Antragstellerin von monatlich 516,42 DM besteht mithin ein ungedeckter Notbedarf der Antragstellerin für Dezember 1984 von 309.— DM, ab 01.01.1985 von rund 395.— DM.

Der Antragstellerin war deshalb der Rechtsweg durch Bewilligung der Prozeßkostenhilfe für die Klage auf diesen Notbedarf zu eröffnen. Für eine höhere Klageforderung besteht keine hinreichende Erfolgsaussicht, die Klägerin darf insbesondere ihren Unterhaltsanspruch nicht nach der sogenannten Differenzmethode berechnen, da der Beklagte ihr nicht den den ehelichen Verhältnissen entsprechenden Unterhalt, sondern nur den Notbedarf schuldet.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

12. HGB §§ 18, 22; HRV § 26 Satz 2 (Unveränderte Fortführung einer Firma mit Inhabervermerk?)

Hat eine ursprüngliche Firma bei einem Ersterwerb des Handelsgeschäfts als Nachfolgezusatz einen Inhabervermerk erhalten, so darf diese Firma bei einem erneuten Erwerb des Handelsgeschäfts (von Todes wegen durch eine Erbengemeinschaft) nicht mit unverändertem Inhaberezusatz fortgeführt werden.

OLG Hamm, Beschluß vom 6.9.1985 — 15 W 211/85 — mitgeteilt von Dr. Joachim Kuntze, Vors. Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister war seit dem 13. Oktober 1955 die Firma „Franz M. W., Papierverarbeitungswerk“ mit Sitz in G. eingetragen. Handelsbetrieb und Firma sind mit dem Recht zur Fortführung des Firmenamens mit Wirkung ab 1. April 1965 an den Kaufmann Fritz C. in O. veräußert worden. Seitdem war ab 13. Januar 1966 im Handelsregister die Firma „Franz M. W. Inh. Fritz C., Papierverarbeitungswerk“ verzeichnet. Fritz C. ist 1984 verstorben und von seiner Ehefrau und seinem Sohn, den Beteiligten zu 1) und 2) des vorliegenden Verfahrens, beerbt worden.

2. Die Beteiligten zu 1) und 2) haben mit öffentlich beglaubigter Erklärung vom 3. Oktober 1984 zum Handelsregister angezeigt, daß sie als Erben des verstorbenen Inhabers das Geschäft mit unveränderter Firma — ohne Nachfolgezusatz — in ungeteilter Erbengemeinschaft weiterführen wollen.

Mit Zwischenverfügung hat der Rechtspfleger des Registergerichts die Beteiligten zu 1) und 2) darauf hingewiesen, daß der Inhaberezusatz der Firma nicht beibehalten werden könne, weil er auf einen bestimmten, nicht mehr existierenden Inhaber hinweise; die Firma täusche insoweit gemäß § 18 Abs. 2 HGB und sei entsprechend zu ändern.

Auf die als Beschwerde behandelte Erinnerung hat das Landgericht durch Beschluß die Zwischenverfügung aufgehoben und das Registergericht angewiesen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen.

Hiergegen wandte sich die zuständige Industrie- und Handelskammer mit der weiteren Beschwerde. Das OLG Hamm hob die landgerichtliche Entscheidung auf und bestätigte die Rechtsauffassung des Registergerichts.

Aus den Gründen:

In der Sache vermag sich der Senat der vom Rechtspfleger abweichenden Auffassung der Vorinstanz nicht anzuschließen, daß sich vorliegend der Grundsatz der Firmenbeständigkeit (§ 22 HGB) uneingeschränkt gegenüber dem der Firmenwahrheit (§ 18 HGB) durchsetze.

Das Firmenrecht wird beherrscht vom Grundsatz der Firmenwahrheit, der in § 18 HGB seinen Ausdruck findet. Danach darf die Firma weder über den Inhaber des Geschäfts noch über Art oder Umfang seines Unternehmens täuschen. Dieser Grundsatz wird durchbrochen, wenn § 22 HGB es dem Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts erlaubt, mit ausdrücklicher Einwilligung des bisherigen Inhabers oder dessen Erben die alte Firma fortzuführen. Dieser gesetzlichen Regelung liegt die Überlegung zugrunde, daß dem neuen Geschäftsinhaber der in der bisherigen Firma verkörperte Firmenwert erhalten bleiben soll (OLG Celle, BB 1974, 387).

Nach § 22 HGB darf derjenige, der ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen. Dieser Grundsatz der Firmenbeständigkeit setzt sich auch dann durch, wenn der bisherige Geschäftsinhaber durch eine (ungeteilte) Erbengemeinschaft beerbt worden ist. Danach darf auch eine (ungeteilte) Erbengemeinschaft das ererbte Geschäft unter der alten Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführen (Baumbach/Duden, HGB, 24. Aufl., Anm. 1 B zu §§ 22, 23 HGB).

Die hier beabsichtigte Fortführung der alten Firma ohne Nachfolgezusatz ist jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht uneingeschränkt möglich. § 22 HGB ist seinem Ausnahmecharakter entsprechend eng auszulegen (OLG Celle, a.a.O.). Probleme bei Anwendung dieser Vorschrift entstehen dann, wenn die unveränderte Fortführung der Firma mit dem Grundsatz der Firmenwahrheit kollidiert. Dabei kann davon ausgegangen werden, daß eine Irreführung durch die abgeleitete Firma über die fehlende Identität des Inhabers und der Person, auf welche die Firma hinweist, nicht zur Klarstellung oder Änderung der Firma nötig, weil solche irreführenden Hinweise naturgemäß mit dem Grundsatz des § 22 HGB verbunden sind (Heymann/Kötter, HGB, 21. Aufl., Rz. 8 zu § 22 HGB). Besonderheiten gelten jedoch für den hier einschlägigen Fall des wiederholten Erwerbs eines Handelsgeschäfts und der beabsichtigten Fortführung einer schon einmal fortgeführten Firma, die bei dieser Gelegenheit einen Inhaberezusatz erhalten hat. Gegenüber dem Grundsatz der Firmenbeständigkeit kommt vor allem in diesem Falle der Grundsatz der Firmenwahrheit begrenzend

zur Wirkung, da individualisierungskräftige Firmenbestandteile durch Veränderung im Unternehmen nunmehr die beteiligten Verkehrskreise falsch informieren (*Bandasch/Nickel*, HGB, 3. Aufl., Rz. 10 zu § 22 HGB). Hier waren der Handelsbetrieb und die Firma mit dem Recht zur Fortführung der Firma mit Wirkung ab 1. April 1965 an den Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1) und 2) veräußert worden. Der Erblasser hatte der fortgeführten Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz im Sinne des § 22 HGB hinzugefügt; denn ein solcher Nachfolgezusatz ist der Name des neuen Inhabers in Verbindung mit dem Wort „Inhaber“ (*Wessel*, Die Firmengründung, 4. Aufl., Rz. 451). Dieser Zusatz, der nicht Bestandteil der ursprünglichen Firma war, bedeutete für die fortgeführte Firma nunmehr einen individualisierungskräftigen Bestandteil. Veräußerte oder vererbte der Erblasser und Ersterwerber das Unternehmen mit dem Recht der Firmenfortführung weiter an einen Dritten oder Erben, so würde die unveränderte Beibehaltung des bisherigen Nachfolgezusatzes irreführend, da sie nunmehr auf einen nicht mehr vorhandenen gegenwärtigen Inhaber verwies. Nach einer erneuten Weiterveräußerung muß daher entweder der nicht mehr zutreffende Inhaberszusatz gestrichen und die ursprüngliche Firma ohne Nachfolgezusatz weitergeführt werden, oder aber, wenn der ursprüngliche Inhaber die Fortführung nur mit Nachfolgezusatz bewilligt hatte, mit zutreffendem Nachfolgezusatz, also mit hier neutralen Namen beispielsweise „Richard Neumann Nachf.“, „Richard Neumann Inhaber Peter Stahl“ oder auch „Richard Neumann Inhaber vordem Karl Busse, jetzt Peter Stahl“ (*Bokelmann*, Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen, 2. Aufl., Rz. 446; *Brüggemann* in Großkomm. HGB, 3. Aufl., Anm. 47 zu § 22 HGB; *Wessel*, Rz. 454). Entsprechendes hat wegen des sich gegenüber derartigen individualisierungskräftigen Nachfolgezusätzen durchsetzenden Grundsatzes der Firmenwahrheit beim Erwerb eines bestehenden Handelsgeschäfts von Todes wegen zu gelten.

Da ein Inhaberszusatz auf die gegenwärtigen Inhaberverhältnisse hinweist und dieser Nachfolgezusatz mit dem Tode des Vorerwerbers unrichtig geworden ist, erweist sich die Firma mit ihrem unveränderten Inhalt seit dem Tode des Erblassers Fritz C. als irreführend im Sinne von § 18 Abs. 2 HGB und kann deshalb so nicht mehr weiter im Handelsregister verlaubar werden.

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

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

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

BayObLG, Beschluß vom 14.5.1985 — BReg. 3 Z 41/85 — abgedruckt in MittBayNot 1985, 139 f.

Anmerkung:

Das Ergebnis des zu besprechenden Beschlusses entspricht der bereits zur Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB ergangenen, inzwischen auch von anderen Gerichten übernommenen Rechtsprechung des BayObLG. Dennoch fordern gerade die vorliegenden Gründe Widerspruch heraus.

Schon in seinen vorausgegangenen Beschlüssen zur Befreiung von § 181 BGB hatte das BayObLG bei seinen Hilferwägungen zur Absicherung seiner Entscheidung keine glückliche Hand¹. Dem Informationsbedürfnis Dritter trägt auch ein einfacher Gesellschafterbeschuß Rechnung. Entgegen den Ausführungen des BayObLG sind solche Beschlüsse von Gesetzes wegen dem Registergericht vorzulegen und zu den Akten zu nehmen². Dies gilt vor allem für die Geschäftsführerbestellung oder etwa die Auflösung der Gesellschaft, um nur die häufigsten, eintragungspflichtigen, vorlagepflichtigen, formlosen Beschlüsse zu nennen. Erst recht gilt dies für den formlosen Beschluß, der aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung zur Befreiung von § 181 BGB erging³.

Gerade dem Informationsbedürfnis Dritter trägt die von der Rechtsprechung, nicht zuletzt unter Berufung auf die EG-Richtlinie und § 10 Abs. 1 GmbHG⁴, geforderte Eintragung der Befreiung im Handelsregister Rechnung. Aufgabe des Handelsregisters ist doch, dafür zu sorgen, daß jedermann aus dem Handelsregister selbst — ohne Rückgriff auf den Gesellschaftsvertrag oder etwa die in dem betreffenden Land geltende gesetzliche Regelung — die Vertretungsbezeichnung der Personen entnehmen kann, die für die Gesellschaft im Rechtsverkehr auftreten⁵. Ob für den Rechtsverkehr hinsichtlich der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB das gleiche Informationsbedürfnis besteht, mag dahingestellt sein.

Anlaß zur erneuten Vorlage des Problems an das BayObLG war und ist dessen Begründung im Beschluß vom 17.10.1980⁶.

Bei der Abweichung von der gesetzlichen Regel der Gesamtvertretung der Liquidatoren ist, nach unbestrittener, auch vom BayObLG bestätigter Auffassung, kein satzungsändernder Beschluß erforderlich, weil die Vorschriften zur Satzungsänderung nicht anwendbar sind⁷. Das Gesetz selbst läßt eine Erweiterung der Vertretungsmacht einzelner Liquidatoren durch einfachen, gesetzesausfüllenden Beschluß zu (Vgl. § 35 Abs. 2 Satz 1 und § 68 Abs. 1 GmbHG, wonach die Liquidatoren in der bei ihrer Bestellung bestimmten Form ihre Willenserklärung kundzugeben haben). Dies ist, entgegen der Meinung des BayObLG nicht bei jeder, also bei der werbenden wie der liquidierenden Gesellschaft der Fall, sondern nur bei der liquidierenden Gesellschaft. Denn die Durchbrechung des Grundsatzes der Gesamtvertretung der Geschäftsführer erfordert, wie das Gericht in seinem vorstehenden Beschluß nochmals ausdrücklich feststellt, immer einen satzungsändernden Beschluß, gleich, ob sich die Gesamtvertretung aus der Satzung oder dem Gesetz ergibt, von der Befreiungsmöglichkeit in der Satzung abgesehen.

¹ MittBayNot 1980, 170, m. Anm. von Rausch;

² zur Führung der Registerakten vgl. Stöber, Registerrecht, 4. Aufl., Rdnr. 5 und 6; zur Vorlagepflicht formloser Beschlüsse vgl. Stöber, Rdnr. 734 c, 757;

³ nicht eintragungsfähig und nicht eintragungspflichtig, weil konkret nichtssagend, ist dagegen eine in der Satzung enthaltene Befreiungsermächtigung von den Beschränkungen des § 181 BGB, Stöber, Rdnr. 734 c;

⁴ BGH DNotZ 83, 633, m. Anm. von Kanzleiter;

⁵ Kanzleiter, Registereintragung der Vertretungsbefugnis des GmbH-Geschäftsführers, RPfeger 1984, 1 ff.; Stöber, Registerrecht, Rdnr. 1; BayObLGZ 1977, 76;

⁶ vgl. 1;

⁷ vgl. Scholz/Schmidt, GmbHG 6. Aufl., Anm. 5 zu § 68 GmbHG;

Der vom BayObLG in seinem zitierten Beschluß vom 17.07.1980 aufgestellte Grundsatz, daß die Erwägungen zur Satzungsänderung bei Abweichung von der Gesamtvertretung entsprechend für die Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB gelten, hätte im konkreten Fall zum genauen Gegenteil des Beschlusses führen müssen. Die Satzung schweigt zur Vertretungsmacht des Liquidators. Also gilt das Gesetz. Das Gesetz läßt jedoch eine einfache Änderung zu. Was für die Erweiterung der Vertretungsmacht, etwa die Einzelvertretung gilt, müßte demnach auch für die weitere Erweiterung, die Befreiung von § 181 BGB gelten⁸. Erwägungen zum Schutz der Gesellschafter finden im Liquidationsstadium keine Parallele. Der Minderheitenschutz, vgl. § 66 Abs. 2 GmbHG, gilt in dieser Form nur im Liquidationsstadium. Daran ändert auch eine 3/4-Mehrheit, die zu einer entsprechenden Satzungsänderung erforderlich wäre, nichts. Selbst ein satzungsgemäßes Sonderrecht des Liquidators könnte, etwa bei Gefährdung des Abwicklungszweckes, über die Minderheit zu Fall gebracht werden.

Die Gründe der Entscheidung enthalten m. E. noch einen weiteren Widerspruch. Nach Auffassung des BayObLG, das sich insoweit der herrschenden Meinung anschließt, hat die Vertretungsmacht des geborenen Liquidators „im Regelfall“ denselben Umfang, wie die des Geschäftsführers. Gleichwohl gäbe es keinen „Grundsatz“, daß die für den Geschäftsführer bestehenden Regelungen des Gesellschaftsvertrages über die „Vertretungsverhältnisse“ ohne weiteres für den Liquidator gelten. Wäre dies richtig, dann hätte der geborene Liquidator keine Einzelvertretungsbefugnis mehr, obgleich diese ihm im Gesellschaftsvertrag oder durch einfachen Beschluß als Geschäftsführer eingeräumt war. Die Entscheidung wäre dann Anlaß, die einschlägigen Kommentare zum GmbHG — nicht jedoch zum AktG — umzuschreiben.

Die Theorie, wonach sich die Vertretungsmacht mit dem Liquidationszweck ändere, gilt m. W. als überholt, zumal sich Korrekturen über das „Rechtsinstitut des Mißbrauches der Vertretungsmacht“ lösen lassen⁹. Unbestritten ist, daß sich die Aufgabe des Liquidators gegenüber der des Geschäftsführers inhaltlich ändert und seine Geschäftsführungsbefugnisse einen anderen Inhalt bekommen. Die nach außen wirkende Vertretungsmacht ändert sich dadurch jedoch nicht. Dies würde, abgesehen von der Befreiung von § 181 BGB, zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen.

Das Landgericht hatte die Fortgeltung der Befreiung des Geschäftsführers auch für den Liquidator u. a. mit der Begründung abgelehnt, daß infolge des Zeitunterschiedes zwischen der Schaffung dieser Satzungsbestimmung und dem Eintritt des Liquidationsstadiums nicht anzunehmen sei, daß die Gesellschafter die Fortgeltung wollten, obgleich ein einstimmiger Gesellschafterbeschluß genau das Gegenteil bestätigte. Das BayObLG rechtfertigt dies unter dem Gesichtspunkt, daß Umstände, welche außerhalb der Vertragsurkunde liegen und nicht allgemein erkennbar sind, bei der nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmenden Satzungslegung auszuscheiden haben. Die damit aufgestellte Behauptung, daß der einstimmige, formlose, nicht satzungserweiternde Beschluß nicht allgemein erkennbar sei, läßt sich nur vor dem Hintergrund der Behauptung erklären, solche Beschlüsse seien nicht dem Registergericht vorzulegen und zu den Akten zu nehmen.

⁸ zur Rechtsnatur der Befreiung vgl. Bühler, Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 83, 588;

⁹ Scholz/Schmidt, Anm. 3 zu § 70 GmbHG; Wiedemann in Aktiengesetz, Großkommentar, 3. Aufl., Anm. 1 zu § 269 AktG;

Man könnte argwöhnen, daß das BayObLG mit dieser Behauptung weitere, überraschende Änderungen der bisherigen gefestigten Rechtspraxis ankündigen wollte. Angeblich¹⁰ gibt es bereits Entscheidungen, die den Beschluß des BGH vom 28.02.1983¹¹ entgegen der bisherigen herrschenden Rechtsauffassung dahingehend interpretieren, daß eine Befreiung von § 181 BGB überhaupt nur durch satzungserweiternden Beschluß, also auch nicht durch einen aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung gefaßten formlosen Beschluß erteilt werden könne.

Auf das Ergebnis des Beschlusses wird sich die Praxis einzustellen haben. Wie, bleibt jedoch angesichts der Beschlußgründe nach wie vor offen. Da die GmbH in zunehmendem Maße durch „Rechtsfortbildung“¹² dem Recht der Aktiengesellschaft angeglichen wird, werden künftig, auch unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges, Beschlüsse der Gesellschafter einer GmbH, mindestens, soweit sie die Rechtsbeziehungen gegenüber Dritten betreffen, notariell, u. U. auch satzungserweiternd, zu protokollieren sein, es sei denn, es gelingt einem obersten Gericht, die Verwirrungen durch dogmatisch solide Begründungen auf der Grundlage der bestehenden, einschlägigen Gesetze zu beseitigen.

Notar Arno Malte Uhlig, Waldsassen

¹⁰ vgl. Bühler, a. a. O.;

¹¹ vgl. 4.;

¹² vgl. zum konkreten Fall die vom BayObLG zitierten, jedoch ganz anders lautenden Bestimmungen des § 269 AktG und die hierzu bestehende Literatur, statt vieler Wiedemann in Aktiengesetz, Großkommentar, 3. Aufl., Anm. 1 ff. zu § 269 AktG.

14. GmbHG § 11 Abs. 2 (Handelndenhaftung beim Mantelkauf)

Die Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG greift jedenfalls beim Mantelkauf dann ein, wenn die umgegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht in das Handelsregister eingetragen werden soll und eingetragen wird, obwohl sie praktisch eine Neugründung ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Hamburg, Urteil vom 18.4.1985 — 2 S 199/84 —

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte wendet sich gegen seine Inanspruchnahme aus § 11 Abs. 2 GmbHG.

Im Handelsregister des Amtsgerichtes Hamburg ist die X-GmbH eingetragen. Gegenstand des Unternehmens sind Werbung, Absatzförderung und Unternehmensberatung. Alleiniger Geschäftsführer ist der Kaufmann G.

Dieser ist zusammen mit seinem Sohn Gesellschafter dieser GmbH. Die beiden Gesellschafter ließen am 12. Oktober 1982 einen Vertrag über den Verkauf und die Abtretung von GmbH-Anteilen notariell beurkunden. In diesem Vertrag sind unter Ziffer V eine Neufassung der Satzung und sonstige Beschlüsse vorgesehen.

Darin heißt es unter

§ 1:

„Die Firma lautet: N-GmbH . . .“

§ 2:

„Gegenstand des Unternehmens ist der Vertrieb von gesundheitsbezogenen Lebensmitteln und von pharmazeutischen Erzeugnissen . . . Gegenstand des Unternehmens ist ferner die Beteiligung an anderen Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art sowie die Verwaltung eigenen und fremden Vermögens, ausgenommen hiervon sind Bank- und Depotgeschäfte“

Der Kaufmann G. wurde als Geschäftsführer aberufen und der Beklagte wurde zum neuen, alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer berufen.

Eine Eintragung der Neufassung der Satzung und der sonstigen Beschlüsse in das Handelsregister ist nicht erfolgt.

Mit Schreiben vom 22. August 1983, das auf die Firma N.-GmbH lautet, bestellte der Beklagte, der dieses Schreiben auch unterzeichnete, bei der Klägerin Waren, die gem. deren Rechnung vom 19. September 1983 geliefert wurde. Aus dieser Rechnung sind noch 2.090,51 DM offen.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, daß sie diesen Betrag gem. § 11 Abs. 2 GmbHG vom Beklagten verlangen könne.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, daß er persönlich nicht aus § 11 Abs. 2 GmbHG hafte. Die Firma X.-GmbH sei im Handelsregister eingetragen. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Zahlungsanspruch wegen der unstreitig noch offenen Rechnung gegen den Beklagten in entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG.

Diese Norm begründet die persönliche Haftung des für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung Handelnden bis zu deren Eintragung im Handelsregister (sog. Handelndenhaftung; vgl. auch BGH NJW 81, 1373 [= DNotZ 1981, 506], 1452 [= MittBayNot 1981, 192]). Allerdings liegen die Voraussetzungen einer direkten Anwendung nicht vor (1). Jedoch kommt aufgrund des unstreitigen Sachverhalts eine Haftung des Beklagten nach dem Grundgedanken des § 11 Abs. 2 GmbHG in Betracht (2.).

1. Eine direkte Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG scheidet aus, weil die Gründung der Firma N.-GmbH nicht mittels einer sogenannten Vorgesellschaft (vgl. dazu BGH, a. a. O., sowie *Roth*, GmbHG, zu § 11, Anm. 3.2.1) erfolgt ist, sondern durch den Erwerb der Geschäftsanteile der eingetragenen Firma X.-GmbH. Dieses unstreitig von dem Beklagten gewählte Verfahren der (Wieder)Verwendung eines bestehenden sogenannten GmbH-Mantels für die wirtschaftliche Neugründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist zwar grundsätzlich rechtlich zulässig (vgl. zur Mantelverwendung *Ulmer*, in *Hachenburg*, GmbH, 7. Aufl., § 3, Rz. 27 ff. m. w. N.).

2. Jedoch hat § 11 Abs. 2 GmbHG in den Fällen der Mantelverwendung jedenfalls dann entsprechende Anwendung zu finden, in denen die umgegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht in das Handelsregister eingetragen werden soll und eingetragen wird, obwohl sie faktisch eine Neugründung ist. In diesen Fällen liegt eine Umgehung der Gründungsvorschriften des GmbHG vor, die eine entsprechende Anwendung des § 11 GmbHG rechtfertigt (OLG Hbg BB 1983, 1116, 1117 mit Anmerkung von *Ulmer*, BB 1983, 1123, 1124 und *Priester*, DB 1983, 2291, 2292, sowie *Ulmer* in *Hachenburg*, a. a. O., § 3, Rz 31), um eine Lücke in der Haftung des Handelnden zu schließen.

Nach dem unstreitigen Sachverhalt handelt es sich bei der neugegründeten Firma um eine faktische Neugründung. Die umgegründete Firma hat einen neuen Firmennamen und ein völlig geändertes Betätigungsfeld erhalten. Die eingetragene Firma X.-GmbH befaßte sich mit der Werbung, Absatzförderung und Unternehmensberatung, die noch nicht eingetragene Firma N.-GmbH vertreibt gesundheitsbezogene Lebensmittel und pharmazeutische Produkte.

Der Einwand des Beklagten, er habe eine Eintragung der Firma N.-GmbH am 12. Oktober 1982 beantragt, ist irrelevant. Unstreitig ist die Eintragung bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht erfolgt, obschon die Kauf-

preisforderung, die Gegenstand dieses Prozesses ist, bereits am 19. September 1983 entstanden und obwohl das vorliegende Verfahren seit dem 29. Februar 1984 anhängig ist. Der von der Klägerin bestrittene angebliche Antrag auf Eintragung ist folglich offenbar von dem Beklagten zurückgenommen worden; andernfalls hätte nach der Lebenserfahrung eine Eintragung inzwischen erfolgt sein müssen. Das angebliche Lösungsverfahren hat jedenfalls mit dem Mantelerwerb und mit dem behaupteten Eintragungsantrag kein Eintragungshindernis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung mehr bilden können.

C.

Verwaltungsrecht

15. BBauG §§ 133 Abs. 1 und 2, 134 Abs. 1 Satz 2 (*Entstehung der Erschließungsbeitragspflicht bei gemeindeeigenem Grundstück*)

Ein Grundstück, das im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage (§ 133 Abs. 2 BBauG) im Eigentum der zur Beitrags'erhebung berechtigten Gemeinde steht, unterliegt der Beitragspflicht nach § 133 Abs. 1 BBauG, wenn und sobald das Eigentum übertragen oder ein Erbbaurecht bestellt worden ist (im Anschluß an das Urteil vom 21. Oktober 1983 — BVerwG 8 C 29.82 — Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 89 S. 41).

BVerwG, Urteil vom 5.7.1985 — 8 C 127.83 —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, die den Rechtsstreit als Alleinerbin ihres verstorbenen Mannes fortsetzt, wendet sich gegen die Heranziehung zu einem Erschließungs(tell)betrag für das im Eigentum des beklagten Landes Berlin stehende Grundstück. Durch Vertrag vom 22. August 1977 hatte der Erblasser ein Erbbaurecht an diesem Grundstück erworben; er war am 7. Februar 1978 als Erbbauberechtigter im Grundbuch eingetragen worden.

Mit Bescheid vom 4. September 1980 zog das Bezirksamt den Erblasser im Wege der Kostenspaltung für die Kosten des Grunderwerbs und der Freilegung der M.-Straße zu einem Erschließungsbeitrag heran. Grunderwerb und Freilegung waren am 27. Mai 1977 abgeschlossen, die technischen Einrichtungen der Straße bereits im Jahre 1971 im Wege der Kostenspaltung abgerechnet worden.

Der nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobenen Anfechtungsklage hat das Verwaltungsgericht durch Urteil vom 23. September 1983 mit der Begründung stattgegeben, der Erblasser als Erbbauberechtigter sei nicht gemäß § 134 Abs. 1 Satz 2 BBauG beitragspflichtig gewesen.

Die Rechtmäßigkeit einer Heranziehung setze voraus, daß gemäß § 133 Abs. 2 BBauG eine Beitragspflicht für das entsprechende Grundstück entstanden sei. Hieran fehle es, weil das Grundstück im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage am 27. Mai 1977 ohne Belastung durch ein Erbbaurecht im Eigentum des beklagten Landes gestanden habe. Da die Gemeinde nicht zugleich abgabenberechtigt und -verpflichtet sein könne, ergebe sich, daß eine sachliche Beitragspflicht von vornherein nicht entstehen könne, wenn die Gemeinde in dem nach § 133 Abs. 2 BBauG für das Entstehen dieser Beitragspflicht maßgeblichen Zeitpunkt der endgültigen Herstellung Eigentümer des Grundstücks sei. Erwerbe die Gemeinde danach das Grundstück, gehe eine zuvor entstandene sachliche Beitragspflicht nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz unter, daß eine Schuld erlösche, wenn der Schuldner die Forderung erwerbe (Konfusion). Weder eine Veräußerung des Grundstücks durch die Gemeinde noch die Bestellung eines Erbbaurechts könne deshalb dazu führen, daß durch den Erlaß eines Heranziehungsbescheids eine persönliche Beitragspflicht des Erwerbers bzw. Erbbauberechtigten entstehen könne.

Die vom Verwaltungsgericht zugelassene, mit Zustimmung der Klägerin eingelegte Sprungrevison des beklagten Landes führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil beruht in seiner Annahme, für das im Eigentum des beklagten Landes stehende, seit dem 7. Februar 1978 mit einem Erbbaurecht belastete Grundstück habe eine (sachliche) Erschließungs(teil)beitragspflicht selbst durch die Bestellung des Erbbaurechts nicht entstehen und folglich der Erbbauberechtigte nicht zu einem Erschließungsbeitrag herangezogen werden können, auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO). Die abschließende Beurteilung des Falles erfordert weitere tatsächliche Feststellung namentlich zur Höhe des geltend gemachten Erschließungsbeitrags; das nötigt zur Zurückverweisung der Sache an das Verwaltungsgericht (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO).

Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, das an die M.-Straße angrenzende, in einem ausgewiesenen Industriegebiet gelegene Grundstück sei von dieser beitragsfähigen Anbaustraße im Sinne des § 131 Abs. 1 BBauG erschlossen und sei in erschließungsrechtlich relevanter Weise nutzbar (§ 133 Abs. 1 BBauG). Das ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Beizupflichten ist dem Verwaltungsgericht auch, wenn es meint, ungeachtet der Tatsache, daß die technischen Einrichtungen der Anlage bereits im Jahre 1971 fertiggestellt (und deren Kosten abgespalten) worden seien, sei die M.-Straße erst mit dem Abschluß des Grunderwerbs und der Freilegung am 27. Mai 1977 im Sinne des § 133 Abs. 2 Satz 1 BBauG endgültig hergestellt worden. Denn nach § 11 Nr. 1 des Erschließungsbeitragsgesetzes des Landes Berlin in der Fassung vom 14. Januar 1971 (GVBl. S. 337) gehören der Abschluß des Grunderwerbs und der Freilegung zu den Merkmalen der endgültigen Herstellung im Sinne des § 132 Nr. 4 BBauG. Mit Bundesrecht nicht vereinbar ist hingegen die Annahme des Verwaltungsgerichts, eine — ausschließlich auf die Kosten des Grunderwerbs und der Freilegung bezogene — persönliche Erschließungs(teil)beitragspflicht des Erbbauberechtigten habe deshalb nicht mit der Zustellung des Heranziehungsbescheids vom 4. September 1980 entstehen können, weil das Grundstück im Zeitpunkt der endgültigen Herstellung der M.-Straße am 27. Mai 1977 ohne Belastung mit einem Erbbaurecht des beklagten Landes gestanden habe und derjenige, der nach der endgültigen Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage das Eigentum oder Erbbaurecht an einem gemeindeeigenen Grundstück erwerbe, mangels einer vorherigen (abstrakten, „sachlichen“) Beitragspflicht der Gemeinde selbst nicht beitragspflichtig werden könne.

Der erkennende Senat hat sich bereits in seinem Urteil vom 21. Oktober 1983 — BVerwG 8 C 29.82 — (Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 89 S. 41) unter dem Blickwinkel insbesondere des § 133 Abs. 1 und 2 BBauG mit der Behandlung eines im Sinne des § 133 Abs. 1 BBauG erschlossenen Grundstücks befaßt, das — wie das hier in Rede stehende — in dem Zeitpunkt, in dem die betreffende Anbaustraße der einschlägigen Merkmalsregelung entsprechend endgültig hergestellt worden war, ohne Belastung mit einem Erbbaurecht im Eigentum der zur Beitragserhebung berechtigten Gemeinde stand. Er hat dazu ausgeführt:

„Gemäß § 133 Abs. 2 Satz 1 BBauG entsteht — alle sonstigen dafür erforderlichen Voraussetzungen hier vernachlässigt — die sachliche Beitragspflicht mit der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage. Sie entsteht also in einem früheren Zeitpunkt als dem, in dem nach Berechnung der Herstellungskosten die Beitragsbescheide erlassen und zugestellt werden können, d. h. bevor ein persönlicher Schuldner gemäß § 134 Abs. 1 BBauG bestimmbar sein muß. Schon die endgültige Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsan-

lage ist daher grundsätzlich geeignet, kraft Gesetzes ein abstraktes Beitragsschuldverhältnis und damit eine abstrakte Beitragspflicht in bezug auf ein im Sinne des § 131 Abs. 1 BBauG erschlossenes Grundstück sowie einen noch unbestimmten und zu dieser Zeit möglicherweise auch noch nicht bestimmbar persönlichen Schuldner, den Beitragspflichtigen, entstehen zu lassen (u. a. Urteil vom 20. September 1974 — BVerwG IV C 32.72 — BVerwG 47, 49 [52 f.]). An diese abstrakte Beitragspflicht knüpft § 133 Abs. 1 BBauG seinem Wortlaut nach an und macht damit deutlich, daß sich die Wirkung der Regelung des § 133 Abs. 2 BBauG nicht auf Grundstücke bezieht, die aus dem einen oder anderen Grund überhaupt nicht oder noch nicht Gegenstand einer solchen abstrakten Beitragspflicht sein können. Das letztere trifft u. a. zu auf im nach § 133 Abs. 2 BBauG maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht bebaubare Grundstücke (vgl. Urteil vom 19. September 1969 — BVerwG IV C 68.68 — Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 31 S. 1 [3]), und das erstere trifft zu insbesondere auf Grundstücke, die im Eigentum der zur Beitragserhebung berechtigten Gemeinde stehen. Denn „da niemand sein eigener Schuldner sein kann“ (BGH, Urteil vom 1. Juni 1967 — II ZR 150/66 — BGHZ 48, 214 [218]), kann in bezug auf ein gemeindeeigenes Grundstück ein Rechtsverhältnis mit dem Inhalt einer abstrakten Beitragspflicht von vornherein nicht entstehen. Es ist also nicht . . . so, daß bei gemeindeeigenen Grundstücken eine abstrakte Beitragspflicht zunächst immerhin für eine logische Sekunde entstünde und erst dann durch das Zusammentreffen von Gläubiger und Schuldner wieder entfielen, sondern bei gemeindeeigenen Grundstücken kann es von vornherein nicht zu einem Rechtsverhältnis kommen, wie es auch das Entstehen einer abstrakten Beitragspflicht voraussetzt. Das Entstehen einer Beitragspflicht wird mithin erst ermöglicht, wenn die Gemeinde das Eigentum an dem Grundstück einem anderen überträgt.“

Daran ist festzuhalten und daraus folgt, daß ein Grundstück, das im Eigentum der zur Beitragserhebung berechtigten Gemeinde steht, nicht schlechthin und auf Dauer ungeeignet ist, Gegenstand der Beitragspflicht nach § 133 Abs. 1 BBauG zu sein, sondern daß dies nur solange zutrifft, wie in bezug auf dieses Grundstück ein Rechtsverhältnis mit dem Inhalt einer abstrakten Beitragspflicht nicht entstehen kann. Die darin liegende „Sperre“ entfällt insbesondere, wenn die Gemeinde das Eigentum am Grundstück einem anderen überträgt und dadurch der Weg zum Entstehen eines abstrakten (später durch die Zustellung eines Heranziehungsbescheids konkretisierten) Beitragsschuldverhältnisses zwischen der Gemeinde und diesem eröffnet ist. Sie entfällt darüberhinaus aber ebenfalls, wenn — wie im vorliegenden Fall — einem anderen ein Erbbaurecht an dem weiterhin der Gemeinde gehörenden Grundstück bestellt wird. Denn auch dadurch wird — wie § 134 Abs. 1 Satz 2 BBauG deutlich macht — das Entstehen eines abstrakten, durch die Heranziehung des Erbbauberechtigten konkretisierten Beitragsschuldverhältnisses ermöglicht. Maßgebend ist insoweit — mit anderen Worten — nicht der Übergang des Eigentums auf einen anderen, sondern das Bestehen der Möglichkeit, daß als Folge der endgültigen Herstellung einer beitragsfähigen Erschließungsanlage kraft Gesetzes zwischen der Gemeinde und einem mit ihr nicht identischen Schuldner ein Rechtsverhältnis mit dem Inhalt einer abstrakten Beitragspflicht entstehen kann. Das ist der Fall sowohl, sobald die Gemeinde ihr Eigentum an einem im Sinne des § 131 Abs. 1 BBauG erschlossenen Grundstück einem anderen übertragen hat, als auch, sobald einem anderen ein Erbbaurecht an einem solchen weiterhin der Gemeinde gehörenden Grundstück bestellt worden ist.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, daß im Zeitpunkt der Bestellung des Erbbaurechts in bezug auf den Erbbauberechtigten eine abstrakte Erschließungsbeitragspflicht entstanden ist und deshalb das beklagte Land nicht aus einem mit seinem Eigentum an dem in Rede stehenden Grundstück zusammenhängenden Grunde gehindert war, den Erbbauberechtigten gemäß § 134 Abs. 1 Satz 2 BBauG zu einem Erschließungsbeitrag heranzuziehen.

D.
Kostenrecht

16. KostO § 39 Abs. 1 (*Geschäftswert des Gesellschaftsvertrages einer Bauherrngemeinschaft*)

Der Geschäftswert eines im Rahmen eines Bauherrenmodells beurkundeten Gesellschaftsvertrages der Bauherren bemißt sich nach der Summe der Gesamtaufwendungen aller Bauherren für das Bauprojekt (insoweit Aufgabe von BayObLGZ 1982, 96 und BayObLGZ 1982, 106).

BayObLG, Beschluß vom 27.9.1985 — BReg. 3 Z 93/85 bis BReg. 3 Z 114/85 — mitgeteilt von *Ernst Karmasin*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) bis 21) haben sich zu einer Bauherrngemeinschaft zusammengeschlossen, um gemeinsam ein Appartementhaus zu erstellen.

Der beteiligte Notar beurkundete einen zwischen dem Beteiligten zu 22) einerseits und den Beteiligten zu 1) bis 21) andererseits geschlossenen Vertrag der Bauherren, die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründeten.

In dem Vertrag wurde u. a. festgelegt:

Die Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, die kein eigenes Vermögen erwirbt und am Rechtsverkehr nur teilnimmt, soweit der Zweck der Gesellschaft dies erfordert (§ 1). Die Bauherren leisten keine Gesellschafterbeiträge; die Aufwendungen für die geplanten Baumaßnahmen werden von den einzelnen Gesellschaftern unmittelbar getragen (§ 3). Jeder Gesellschafter ist den anderen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Durchführung der Gesamtbaumaßnahme und zur Aufteilung des Grundstücks in Sondereigentum gemäß Wohnungseigentumsgesetz erforderlich sind. Eine einheitliche Wahrnehmung und Ausübung der Bauherrenrechte ist insbesondere erforderlich bei der Festlegung der endgültigen Bauplanung und Baubeschreibung, bei der Teilungserklärung und bei der Gestaltung derjenigen Vertragsverhältnisse, welche die Errichtung des künftigen Gemeinschaftseigentums betreffen (§ 4). Jeder Gesellschafter hat den ihn betreffenden Gesamtaufwand auf ein Bauherrensonderkonto einzuzahlen (§ 5). Die Geschäftsführung obliegt dem Treuhänder, der nicht berechtigt ist, die Gesellschafter als Gesamtschuldner zu verpflichten (§ 7).

2. Am 11.10.1983 erteilte der Notar den Urkundsbeteiligten Kostenberechnungen. Unter Annahme eines Geschäftswertes von 2 701 485 DM berechnete der Notar jeweils eine anteilige doppelte Vertragsgebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO. Dieser Geschäftswert entspricht der Summe der Gesamtbaukosten.

3. Der Präsident des Landgerichts Weiden i. d. OPf. ist der Ansicht, daß der Geschäftswert nur nach der Hälfte der Gesamtbaukosten bemessen werden könne. Er wies deshalb den Notar an, wegen seiner Kostenberechnungen die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Dem kam der Notar nach.

Das Landgericht hob die Kostenberechnungen des Notars auf und wies diesen an, die Kosten unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 1 350 742,50 DM neu zu berechnen und überzahlte Kosten an die Kostenschuldner zurückzuerstatten.

Auf die zulässige weitere Beschwerde des Notars hob das BayObLG die landgerichtliche Entscheidung auf und bestätigte dessen Kostenberechnung.

Aus den Gründen:

Die zulässigen weiteren Beschwerden sind begründet.

a) Der Senat hat in seinen Entscheidungen BayObLGZ 1982, 96 (= Betrieb 1982, 85 [= DNotZ 1982, 770]) und BayObLGZ 1982, 106 (= BB 1982, 949 LS = Betrieb 1982, 1211 LS = DNotZ 1982, 761 = JurBüro 1982, 1230 = MDR 1982, 679 = MittBayNot 1982, 91 = MittRhNotK 1982, 81) die Auffassung vertreten, daß der Geschäftswert eines beurkundeten Gesellschaftsvertrages der Bauherren, die im Rahmen eines Bauherrenmodells gemeinsam ein Bauprojekt verwirklichen

wollen, nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen sei. Die Gesamtherstellungskosten seien nur als Beziehungswert heranzuziehen; wie bei der Beurkundung einer Bauverpflichtung sei als Geschäftswert ein angemessener Bruchteil dieser Gesamtkosten festzusetzen.

Die Auffassung des Senats, von der auch die Weisung des Präsidenten des Landgerichts ausgeht, hat teilweise Zustimmung gefunden (KG JurBüro 1983, 1366/1370 [= MittBayNot 1983, 251]; *Hartmann* Kostengesetze 21. Aufl. § 39 KostO Anm. 5 B; *Göttlich/Mümmeler* S. 151; *Lappe* NJW 1984, 1212/1216). Nach anderer Meinung dagegen soll der Wert des beurkundeten Gesellschaftsvertrages gemäß § 39 KostO gleich der Summe der Gesamtbaukosten sein, welche die Bauherren trafen (so: OLG Hamm DNotZ 1983, 569 = KostRSpr § 39 KostO Nr. 56 = MittBayNot 1983, 144; OLG Saarbrücken MittBayNot 1985, 90; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 10. Aufl. — nachfolgend: *Korintenberg* — Rdnr. 34, *Rohs/Wedewer* Anm. III a) 1 a — S. 408/408 a —, je zu § 39 KostO; *Baumann* MittRhNotK 1982, 69/75; *Keidel* MittBayNot 1985, 90). Diese Auffassung macht sich auch der Notar zu eigen.

b) Nach erneuter Überprüfung hält der Senat an seiner Meinung, daß nur ein angemessener Bruchteil der gesamten Baukosten für den Wert bestimmend sei, nicht mehr fest. Er tritt nunmehr der Auffassung bei, daß der Wert eines zur Verwirklichung eines Bauherrenmodells beurkundeten Gesellschaftsvertrages gleich der Summe der gesamten Baukosten für das Bauprojekt ist, welche die Bauherren zu tragen haben.

(1) Verträge über die Gründung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts haben eine Vereinigung von Leistungen und nicht deren Austausch zum Gegenstand, so daß nicht die Wertvorschrift des § 39 Abs. 2 KostO, sondern diejenige des § 39 Abs. 1 KostO einschlägig ist. Im Regelfall haben die Gesellschafter einer nach außen hin tätigen Gesellschaft Geld- und/oder Sacheinlagen zu erbringen (§ 705 BGB), welche das Gesamthandsvermögen einer solchen Gesellschaft bilden (§ 706 Abs. 2 BGB). Der zusammengerechnete Wert dieser Einlagen bestimmt den Geschäftswert der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages (BayObLGZ 1962, 281/289; 1982, 96/103; OLG Hamm DNotZ 1974, 493/494; OLG Stuttgart AnwBl. 1976, 439/440; OLG Düsseldorf JurBüro 1978, 1865; OLG Karlsruhe BWNNotZ 1979, 70; BKB Anm. 4, *Hartmann* Anm. 5 B, *Rohs/Wedewer* Anm. III a) 1), je zu § 39; *Göttlich/Mümmeler* S. 546).

(2) Hier ist im Gesellschaftsvertrag festgelegt worden, daß eine sog. Innengesellschaft errichtet werde. Darunter versteht man eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bei der die Beteiligten ihre Rechtsverhältnisse nur im Innenverhältnis gesellschaftsrechtlichen Regeln unterstellen, während sie nach außen nicht gemeinschaftlich hervortreten (*Hueck* Gesellschaftsrecht 18. Aufl. § 2 III — S. 11 —). Die Geschäfte werden im Regelfall nach außen hin nur durch einen Gesellschafter im eigenen Namen abgeschlossen; sie gehen aber im Innenverhältnis auf gemeinsame Rechnung der Gesellschafter. Der Innengesellschaft fehlt somit das Gesamthandsvermögen, welches ein Auftreten der Gesellschaft nach außen erfordert (vgl. BGHZ 12, 308/314; BFH BStBl 1982 II S. 678/679; OLG Düsseldorf Betrieb 1982, 536; *Staudinger/Kebler* BGB 12. Aufl. Rdnrn. 91 ff. Vorbem. zu § 705; *Erman/Schulze-Wenck* BGB 7. Aufl. Rdnr. 12, MünchKommUlmer BGB Rdnrn. 192 ff., *Palandt/Thomas* BGB 44. Aufl. Anm. 8 a, je zu § 705; RGRK/BGB 12. Aufl. § 718 Rdnr. 11). Von Bedeutung ist jedoch, daß nach der Zielrichtung des Zusam-

menschlusses auch Innengesellschafter verpflichtet sind, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch Vertrag bestimmten Weise zu fördern (§ 705 BGB; vgl. BGH NJW 1982, 99/100). Auch Innengesellschafter müssen somit Beiträge im Sinne der §§ 705, 706 BGB leisten; ohne Beitragspflicht ist nämlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht denkbar (*Staudinger/Keßler* Rdnr. 3, MünchKomm/Ulmer Rdnr. 16, je zu § 706). Jede Leistung, welche die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag zu erbringen haben, um den gemeinschaftlichen Zweck zu fördern, ist ein Beitrag im Sinne des § 706 BGB (BGH WPM 1980, 402/403); sonstige Mitwirkungspflichten, die nicht Beiträge sind, gibt es nicht (BGH aaO; *Fischer* WPM 1981, 638/639).

Hier nun sind Erklärungen beurkundet worden, wonach sich die Urkundsbeteiligten als Gesellschafter den anderen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet haben, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, welche zur Durchführung der Gesamtbaumaßnahme erforderlich sind, und die der geplanten Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum dienen. Zu dieser Planverwirklichung hat sich jeder Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, seine finanziellen Aufwendungen für seinen Bauanteil zu erbringen. Jeder Gesellschafter ist die Verpflichtung eingegangen, den gesamten, ihn treffenden finanziellen Aufwand durch Einzahlung auf ein Bauherrensonderkonto zu begleichen. Diese beurkundeten Verpflichtungen sind die Gesellschafterbeiträge im Sinne der §§ 705, 706 BGB; jede Leistung nämlich, die gesellschaftsvertraglich zu erbringen ist, stellt einen Beitrag im Sinne der angeführten Vorschriften dar (BGH WPM 1980, 402/403).

(3) Der Geschäftswert, der für Verträge zu ermitteln ist, bestimmt sich nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundeten Erklärungen beziehen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Das sind hier die Verpflichtungen zur Beitragsleistung; ihr Wert ist gleich der Summe der Gesamtbaukosten, welche die Bauherren zu tragen haben. Es ist kostenrechtlich unerheblich, daß die finanziellen Aufwendungen der Bauherren nicht der Bildung von Gesamthandsvermögen dienen. Denn die Bildung von Gesamthandsvermögen ist nicht Wesensmerkmal einer jeden Gesellschaft. Entscheidend ist allein die Pflicht, in bestimmter Form das Vertragsziel zu fördern. Der Wert dieser von den einzelnen Bauherren übernommenen Pflichten stellt den Wert des Vertrages dar.

Die vom Landgericht hervorgehobenen geringeren Vollstreckungsaussichten wegen des fehlenden Gesamthandsvermögens allein rechtfertigen es nicht, von einer Bewertung nach § 39 Abs. 1 KostO gänzlich abzusehen und den Vertragswert zu schätzen. Denn für eine Schätzung nach § 30 KostO ist kein Raum, soweit § 39 KostO Platz greift. Auch eine wirtschaftlich geringere Bewertung der gesellschaftsvertraglichen Pflichten ist nicht gerechtfertigt.

Anmerkung:

Mit dem vorstehend abgedruckten Beschluß hat das BayObLG die in seinen Entscheidungen vom 1.3.1982 (MittBayNot 1982, 85 ff. = DNotZ 1982, 761 ff.) vertretene Auffassung, daß der Geschäftswert eines Gesellschaftsvertrages der Bauherren eines Bauherrenmodells gemäß § 30 Abs. 1 KostO mit einem angemessenen Teil der Gesamtaufwendungen aller Bauherren für das Bauprojekt zu bestimmen ist, aufgegeben. Nach jetziger Rechtsmeinung des BayObLG ist der Geschäftswert in Höhe der Verpflichtungen der Gesellschafter zur Beitragsleistung gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1

KostO zu bestimmen. Das BayObLG hat sich der Auffassung von OLG Hamm DNotZ 1983, 569 = MittBayNot 1983, 144 und des OLG Saarbrücken MittBayNot 1985, 90 mit zustimmender Anmerkung von *Keidel* angeschlossen. Diese Meinung wurde schon bisher zum Teil in der Kostenrechtsliteratur vertreten (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 10. Aufl. § 39 Rdnr. 34, RoWe KostO 2. Aufl. § 39 Anm. III. a) Gesellschaftsverträge unter Nr. 1. a auf S. 408/408 a, *Baumann* MittRhNotK 1982, 69/75).

Der Geschäftswert eines Gesellschaftsvertrages einer Bauherrengemeinschaft ist sohin künftig mit dem vollen Wert der von den Gesellschaftern eingegangenen Verpflichtung zur Beitragsleistung, also mit den Gesamtaufwendungen aller Bauherren, anzusetzen.

In dem entschiedenen Falle hat der Notar den Geschäftswert in Höhe der Gesamtbaukosten angesetzt. Der Wert des Baugrundstücks wurde offenbar nicht in die Berechnung einbezogen. Das Rechtsbeschwerdegericht konnte also nur nachprüfen, ob der vom Notar angesetzte Geschäftswert in Höhe der Gesamtbaukosten zurecht angesetzt wurde oder ob nur die Hälfte hiervon als Wert anzusetzen ist. Nur diese Frage war Gegenstand der Anweisung des Präsidenten des Landgerichtes an den Notar gemäß § 156 Abs. 5 KostO. Die Entscheidung läßt offen, ob die Leistungen der Bauherren für das Grundstück selbst, also der Grundstückskaufpreis, in die Wertbestimmung mit einzubeziehen sind. Nicht entschieden wurde auch die Frage, ob sonstige von den Bauherren zu zahlenden Baunebenkosten, etwa die an den Treuhänder, an den Initiator oder an sonstige Personen und Firmen zu zahlende Honorare, in die Wertbestimmung einzubeziehen sind.

Nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse ist der Kaufpreis für das Baugrundstück jedenfalls dann in die Wertbestimmung einzubeziehen, wenn sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zur Aufteilung des Grundbesitzes in Wohnungs- und Teileigentum verpflichten, weil von der Wohnungs- und Teileigentumsbegründung das Grundstück und das Bauwerk betroffen ist. Die Honorare und die sonstigen Nebenkosten sind dann in die Bewertung mit einzubeziehen, wenn sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag zu diesen Leistungen auch untereinander verpflichten.

Prüfungsabteilung der Notarkasse

17. KostO §§ 68, 66, 20 Abs. 2 (*Geschäftswert für die Löschung einer Auflassungsvormerkung*)

1. Für die Löschung einer Auflassungsvormerkung kommt als Geschäftswert regelmäßig der volle Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Löschung in Betracht.
2. Sichert die Auflassungsvormerkung jedoch den Auflassungsanspruch aus einer bedingten Rückübernahmeverpflichtung, so ist entsprechend § 20 Abs. 2 KostO in der Regel der halbe Wert des Grundstücks als Geschäftswert anzunehmen.
3. Ob Anlaß zu einer über den Regelwert hinausgehenden oder unter ihm bleibenden Bewertung besteht, hängt davon ab, ob die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vereinbarten Bedingungen ungewöhnlich groß oder gering ist. Dies ist anhand der Vertragsbestimmungen und/oder etwaiger sonstiger verwertbarer Anhaltspunkte von Amts wegen zu ermitteln.

BayObLG, Beschluß vom 21.8.1985 — BReg. 3 Z 125/85 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Dem Beteiligten zu 1) wurde im Jahre 1978 in notarieller Form von den Beteiligten zu 2), seinen Eltern, ein ideeller Miteigentumsanteil von einem Viertel an einem Grundstück überlassen. Als Gegenleistung übernahm er als Gesamtschuldner neben seinen Eltern deren Darlehensverbindlichkeiten aus den im Grundbuch eingetragenen Grundpfandrechten; im Innenverhältnis sollte er für die Verbindlichkeiten nur zu einem Viertel haften. Er verpflichtete sich ferner gegenüber seinen Eltern, den Miteigentumsanteil bis zum 31.12.1993 weder zu veräußern noch zu belasten. Sollte er dem zuwiderhandeln, verpflichtete er sich, den Miteigentumsanteil auf seine Eltern, nach dem Ableben eines von ihnen auf den Überlebenden allein, zurückzuübertragen und aufzulassen. Das förmliche Verlangen auf Rückübertragung sollte mittels eingeschriebenen Briefs an ihn gestellt werden; erlöschen sollte die Verpflichtung mit dem Tode seiner Eltern, spätestens jedoch am 31.12.1993. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums bestellte der Beteiligte zu 1) zugunsten seiner Eltern eine Auflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB, die ebenso wie der Eigentumserwerb in das Grundbuch eingetragen wurde. Den Wert des überlassenen Miteigentumsanteils gaben die Beteiligten mit 2.500.000,— DM an.

Zu notarieller Urkunde vom 18.12.1982 hoben die Beteiligten die Verpflichtung zur Rückübertragung auf. Am 2.2.1983 wurde die Auflassungsvormerkung auf Antrag — und mit Bewilligung — sämtlicher Beteiligter gelöscht.

2. In der Kostenrechnung vom 28.1.1983 wurde vom Beteiligten zu 1) eine Löschungsgebühr gemäß § 68 KostO in Höhe von 956,30 DM gefordert; der Kostenbeamte legte hierbei als Geschäftswert den angegebenen Wert von 2.500.000,— DM zugrunde. Hiergegen legte der Beteiligte zu 1) Erinnerungen ein; er machte geltend, es sei nicht der volle Verkehrswert seines Miteigentums zu berücksichtigen; es sei vielmehr auf die Dauer der Verfügungsbeschränkung, auf das Ausmaß der wirtschaftlichen Beschränkung und auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingungen abzustellen. Da die Rückübertragsverpflichtung auf einen Zeitraum von 15 Jahren begrenzt sei, sie ferner ein persönliches Recht seiner Eltern sei und mit deren Tod erlöschen sollte und weiterhin die Bedingung höchstwahrscheinlich nie eingetreten wäre, sei der Geschäftswert für die Löschung gemäß § 30 Abs. 1 KostO auf zehn Prozent des Verkehrswertes zu schätzen.

Nach Anhörung der Staatskasse half der Rechtspfleger den Erinnerungen bezüglich eines Teilbetrages von 468,80 DM ab und wies sie im übrigen zurück. Er ging davon aus, daß die bedingte und befristete Rückübertragungspflicht einem Wiederkaufsrecht ähnlich sei; der Geschäftswert sei daher entsprechend der Vorschrift des § 20 Abs. 2 KostO mit dem halben Grundstückswert anzusetzen. Hiervon nach oben oder unten abzuweichen, bestehe kein Anlaß; insbesondere sei zu berücksichtigen, daß der Beteiligte zu 1) im Zeitpunkt der Löschung noch fast 11 Jahre an die Verpflichtung gebunden gewesen wäre. Die Gebühr nach § 68 KostO betrage bei einem Geschäftswert von 1.250.000,— DM nur 487,50 DM.

Gegen diese Entscheidung legte der Beteiligte zu 1) Erinnerung/Beschwerde ein. Sie wies das Landgericht zurück.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) gegen diesen Beschluß führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Die landgerichtlichen Ausführungen zum Geschäftswert halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO; § 550 ZPO).

a) Der Geschäftswert einer Löschung bestimmt sich nach dem Wert der gelöschten Eintragung; maßgebend ist allerdings nicht der gegenwärtige Wert des gelöschten Rechts, sondern der Wert, den das Recht nach dem Inhalt der Eintragung hätte, wenn diese im Zeitpunkt der Löschung vorgenommen würde (allg. Meinung; vgl. BayObLGZ 1955, 102/108; BayObLG JurBüro 1981, 90/92; 1984, 1883; *Jonas/Melsheimer/Hornig/Stemmler* — nachfolgend *Jonas* — Reichskostenordnung 4. Aufl. § 62 Anm. A I; *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Stand November 1984 § 23 Anm. III und § 68 Anm. III; *Göttlich/Mümmeler* KostO 8. Aufl. „Löschungen“ S. 792; *Korintenberg* KostO 10. Aufl. § 68 Rdnr. 29). Hier kommt es somit auf den Wert an, den die Auflassungsvormerkung

nach den allgemeinen Wertvorschriften hätte, wenn sie im Zeitpunkt der Löschung eingetragen worden wäre.

b) In aller Regel kommt als Geschäftswert für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung der volle Wert des Grundstücks in Betracht. Diese, soweit ersichtlich, unbestrittene Auffassung entspricht dem Zweck der Auflassungsvormerkung, die den Auflassungsanspruch als solchen und damit die endgültige Eintragung des Eigentümers sichert (BayObLGZ 1961, 112/116; *Jonas* § 21 Anm. II 3 c; *Rohs/Wedewer* § 66 Anm. II a; *Göttlich/Mümmeler* „Auflassungsvormerkung“ S. 103; *Korintenberg* § 66 Rdnr. 4 und 5).

c) Das Landgericht hat diesen Grundsatz jedoch zu Unrecht auf den vorliegenden Fall angewandt. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Nach § 20 Abs. 2 KostO ist als Wert eines Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechts in der Regel der halbe Wert der Sache anzunehmen; die Vorschrift gilt entsprechend für ein Ankaufsrecht (BayObLGZ 1961, 112; 1975, 450; BayObLG JurBüro 1976, 498 = MittBayNot 1976, 84/85). Wenn in den genannten Fällen ein geringerer als der in § 19 und § 20 Abs. 1 KostO bestimmte Wert anzunehmen ist, so soll damit die Ungewißheit des Zustandekommens eines Kaufvertrags berücksichtigt werden, die in jedem Fall darin liegt, daß der Kaufvertrag erst mit dem Eintritt einer oder mehrerer aufschiebender Bedingungen zustandekommt (vgl. hierzu insbesondere BayObLGZ 1975, 450/454 [= MittBayNot 1976, 84]). Nach allgemeiner Auffassung ist dieser Wert, also der halbe Wert des Grundstücks, auch der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugrunde zu legen, die auf einem dieser Rechtsverhältnisse beruht (vgl. insbesondere BayObLG JurBüro 1976, 498 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ferner *Jonas* § 21 Anm. II 3 c; *Rohs/Wedewer* § 66 Anm. II a; *Göttlich/Mümmeler* „Wiederkaufsrecht“ S. 1301; a. A. neuerdings *Korintenberg* § 66 Rdnr. 6). Dies ist nur folgerichtig. Zwar ist auch in diesen Fällen davon auszugehen, daß die Auflassungsvormerkung die endgültige Eintragung des Eigentümers sichern soll (vgl. *Lappe* in der Anmerkung zu OLG Düsseldorf KostRsp KostO § 66 Nr. 3; a. A. LG Nürnberg-Fürth JurBüro 1984, 1386/1387; wohl auch *Mümmeler* JurBüro 1983, 1471). Diese ist jedoch ebenso ungewiß wie der Eintritt der Bedingungen, die den gesicherten Auflassungsanspruch entstehen lassen. Deshalb ist es in den oben genannten Fällen gerechtfertigt, ja geboten, der Eintragung einer Auflassungsvormerkung nur den halben Grundstückswert zugrunde zu legen. Der geringere Gebührensatz des § 66 Abs. 1 Satz 1 KostO berücksichtigt zwar die geringere Bedeutung der Vormerkung gegenüber der endgültigen Eintragung (vgl. *Lappe* aaO), nicht aber die in den aufgezeigten Fällen in besonderem Maße bestehende Unsicherheit der Verwirklichung der endgültigen Eigentümergeintragung.

Der hier vorliegende Fall ist nach Auffassung des Senats dem eines Vorkaufs- oder Wiederkaufsrechtes gleich zu achten.

Der durch die Vormerkung gesicherte (Rück-)Auflassungsanspruch hing von einer doppelten aufschiebenden Bedingung ab. Zunächst war die Voraussetzung, daß der Beteiligte zu 1) den überlassenen Miteigentumsanteil — vereinbarungswidrig — belastete oder veräußerte; weiterhin war erforderlich, daß die Eltern oder der überlebende Elternteil das Rückübertragsrecht förmlich — mit eingeschriebenem Brief — gegenüber dem Beteiligten zu 1) geltend machten. Danach ist die Rechtslage derjenigen bei den genannten Rechtsverhältnissen ähnlich. Der Wiederkauf kommt zustande, wenn

der Wiederkaufsberechtigte das Wiederkaufsrecht ausübt (§ 497 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Vorkauf hängt von der doppelten aufschiebenden Bedingung ab, daß der Vorkaufsverpflichtete den Gegenstand an einen Dritten verkauft und der Vorkaufsberechtigte das Verkaufsrecht ausübt (§§ 504, 505 Abs. 2 BGB; vgl. ferner BayObLGZ 1975, 450/454).

Nach alledem hat das zwischen den Beteiligten vereinbarte Rücküberweisungsrecht eine so weitgehende Ähnlichkeit mit einem Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht, daß für seine Bewertung § 20 Abs. 2 KostO entsprechend anzuwenden ist (ebenso wohl OLG Karlsruhe JurBüro 1967, 758/759).

Die hiergegen vorgebrachten Einwände überzeugen nicht. Es mag sein, daß das hier vereinbarte Rücküberweisungsrecht in der vertraglichen Ausgestaltung einem Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht oder ähnlichen Rechten nicht in allen Einzelheiten entspricht (vgl. hierzu OLG Düsseldorf JurBüro 1977, 1595/1596). Darauf kommt es aber nicht an. Eine weitgehende Ähnlichkeit besteht jedenfalls, wie dargelegt, in der hier entscheidenden Frage, daß der Auflassungsanspruch, den die Vormerkung sichern sollte, von aufschiebenden Bedingungen abhing.

Nach alledem ist der Eintragung wie der Löschung einer Vormerkung, die — wie hier — den Auflassungsanspruch aus einer bedingten Rücküberweisungsverpflichtung sichern soll, als Geschäftswert in der Regel der halbe Grundstückswert zugrunde zu legen.

d) Das Landgericht hat aber — von seinem Standpunkt aus folgerichtig — nicht festgestellt, ob ein Regelfall vorliegt oder ob besondere Umstände ein Abweichen hiervon nahelegen. Darin liegt ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung der Entscheidung nötig ist.

Zu einer über den Regelwert hinausgehenden oder unter ihm bleibenden Bewertung besteht jedenfalls Anlaß, wenn ein Unterschied zum Wert durchschnittlicher Fälle deutlich erkennbar ist; das ist dann anzunehmen, wenn die Wahrscheinlichkeit des Wirksamwerdens der vereinbarten Bedingungen nach den Vertragsbestimmungen oder etwaigen sonstigen verwertbaren Anhaltspunkten besonders groß oder besonders gering ist (BayObLGZ 1975, 450/456; BayObLG JurBüro 1976, 498 = MittBayNot 1976, 84/85).

In welchem Maße sich ein Abweichen im Einzelfall auf den Geschäftswert — nach oben oder unten — auswirkt, regelt § 20 Abs. 2 KostO nicht. Insoweit — und nur insoweit — ist daher, wenn ein deutliches Abweichen festgestellt wird, nach § 30 Abs. 1 KostO zu verfahren und der konkrete Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen.

Der Senat sieht sich nicht in der Lage, abschließend zu entscheiden, da noch tatsächliche Feststellungen zu treffen sind. Für die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vereinbarten Bedingungen ist nicht nur der Inhalt der vertraglichen Bestimmungen, z. B. des Überlassungsvertrages des Jahres 1978, maßgebend. Von Bedeutung sind möglicherweise auch — als sonstige Anhaltspunkte (vgl. BayObLG JurBüro 1976, 489/501) — die Umstände, die zum Abschluß des Überlassungsvertrages geführt haben. Das gleiche gilt auch für die Gründe, die zur Aufhebung der Rücküberweisungsverpflichtung geführt haben. Diesen Umständen, die sich den vorliegenden Vereinbarungen nicht entnehmen lassen, sind die Vorinstanzen bisher nicht nachgegangen.

Anmerkung:

Das BayObLG hat sich in vorstehend abgedruckter Entscheidung der Auffassung des OLG Düsseldorf *Tschischgale*

Kostenrechtsprechung § 66 KostO Nr. 3 = DNotZ 1978, 317 = Rpfleger 1977, 460 angeschlossen. Die vom OLG Düsseldorf und vom BayObLG aufgestellten Bewertungsgrundsätze sind von Bedeutung sowohl bei der Begründung eines Wiederkaufs- oder Rückerwerbsrechtes, als auch bei der Abgabe von grundbuchrechtlichen Erklärungen, etwa einer Rangänderungserklärung und der Bewilligung der Löschung der zur Sicherung des bedingten Rücküberweisungsrechtes eingetragenen Auflassungsvormerkung. Die Entscheidung des BayObLG ist besonders für die Bewertung von Wiederkaufsrechten der öffentlichen Hand bedeutsam.

Bei der Wertbestimmung ist auszugehen von den Bedingungen, von deren Eintritt der Rückübertragungsanspruch abhängt. Entfällt die Rückübertragungsverpflichtung mit der Erfüllung einer eingegangenen Bauverpflichtung, ist auf den Wert des Grundstücks im unbebauten Zustand abzustellen. Besteht dagegen der bedingte Rücküberweisungsanspruch auch nach der Bebauung, ist von dem Wert des Grundstücks im bebauten Zustand auszugehen.

Bei Wiederkaufsrechten und bedingten Ankaufsrechten der öffentlichen Hand ist die Wertbestimmung in aller Regel gemäß §§ 20 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO vorzunehmen. Bei Wiederkaufsrechten ist meist ein deutliches Abweichen vom halben Wert gemäß § 20 Abs. 2 KostO nach unten geboten. Ein Wert von etwa 20 bis 30% des Wertes des Grundstücks läßt sich bei Wiederkaufsrechten der öffentlichen Hand vertreten.

Wird ein Wiederkaufsrecht oder eine Rückübertragungsverpflichtung zur Sicherung einer vom Erwerber eingegangenen Verpflichtung, etwa einer Bauverpflichtung, der Verpflichtung über das Grundstück nicht durch Veräußerung oder durch Belastung zu verfügen, oder die Verpflichtung, das zu errichtende Wohnhaus selbst zu bewohnen und nicht zu vermieten, begründet, sind die eingegangenen Verpflichtungen zu bewerten, nicht aber das zur Sicherung der eingegangenen Verpflichtung eingeräumte Wiederkaufs- oder Rückerwerbsrecht.

Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, die im Übereignungsvertrag dem Veräußerer oder einem Dritten eingeräumt werden, sind nach allgemeiner Meinung in aller Regel nicht zu bewerten, da solche Rechte regelmäßig der Erfüllung der Verpflichtungen des Erwerbers oder der Durchführung des Vertrages entsprechend den Zwecken der Beteiligten dienen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 10. Aufl. § 20 Rdnr. 25; Streifzug durch die Kostenordnung Stichwort Kaufvertrag, unter 1) a), S. 150).

Prüfungsabteilung der Notarkasse

E.

Steuerrecht

18. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nrn. 1, 6, 7, Abs. 2, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer beim Erwerb im Bauherrenmodell*)

Beim „Erwerb im Bauherrenmodell“ wird durch Einbettung und Überlagerung des verbal auf den Erwerb eines unbebauten Grundstücks gerichteten Kaufvertrags in und durch die Gesamtverpflichtung aufgrund des Vertragsgeflechts bewirkt, daß der Erwerber ein bebautes Grundstück erhält. Dieses ist Gegenstand des Erwerbsvorgangs.

BFH, Beschluß vom 18.9.1985 — II B 24-29/85 —

Aus dem Tatbestand:

Auf der Grundlage einer sog. Stammurkunde schlossen sich die Kläger zu einer Bauherrengemeinschaft zusammen. Bei der Abwicklung und Durchführung des Bauherrenmodells wurden die Kläger umfassend durch eine Treuhandgesellschaft, der sie zuvor Angebote zum Abschluß eines Treuhandvertrages gemacht hatten, vertreten. Gem. den Bestimmungen der Stammurkunde sollte die Treuhandgesellschaft folgende Verträge abschließen:

a) Gesellschaftsvertrag der Bauherrengemeinschaft

Zweck dieses Zusammenschlusses sollte die Koordination der einzelnen Bauherren zur Realisierung des Bauvorhabens sein. Dem einzusetzenden Geschäftsführer sollte dabei aufgegeben werden, darauf zu achten, daß die Gesellschafter im Rahmen dieser Verträge nicht gesamtschuldnerisch haften. Der Gesellschaftsvertrag hatte Regelungen darüber zu enthalten, „daß ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn er seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt und daß in diesem Fall auch über seinen Grundstücksanteil in bestimmter Weise verfügt werden kann.“

b) Grundstückskaufvertrag

c) Abschluß des Teilungsvertrages nebst Gemeinschaftsordnung

d) Abschluß von Darlehensverträgen

e) Bauverträge

In ihnen sollte u. a. eine Regelung über die Geltendmachung von Änderungs Wünschen getroffen sein.

f) Abschluß eines Baubetreuungsvertrages über die wirtschaftliche und technische Betreuung des Bauvorhabens.

g) Finanzierungsvermittlung und gesonderter Betreuungsvertrag für die finanzielle Betreuung des einzelnen Bauherren

h) Bürgschaftsvertrag (Ausfallbürgschaft für die Zwischenfinanzierungsmittel bis zur Höhe des Gesamtaufwands)

i) Baukostenhöchstgarantie

j) Verträge über die Durchführung der Erstvermietung

k) Versicherungsverträge

l) Steuerberatungsvertrag

m) Vertrag über Investitionsberatung und Marketingkonzeption

n) sonst erforderlich werdende Verträge

In der Folgezeit schloß die Treuhandgesellschaft als Bevollmächtigte die in der Stammurkunde bezeichneten Verträge.

Der Gesamtaufwand für das Bauherrenmodell setzte sich wie folgt zusammen:

| | |
|---|-----------|
| Grundstück (unter Berücksichtigung des beim Verkäufer verbliebenen Anteils) | 225 000 |
| Grunderwerbsteuer | 4 500 |
| Baukosten | 861 000 |
| technische Baubetreuung | 168 214 |
| Zwischenfinanzierungskosten | 75 000 |
| Investitionsberatung und Marketingkonzeption | 29 138 |
| wirtschaftliche Baubetreuung | 77 702 |
| Vermittlung der Zwischenfinanzierung | 34 080 |
| Finanzierungsbetreuung | 34 080 |
| Bürgschaft | 34 080 |
| Vermittlung Erstmietler Wohnungen | 16 384 |
| Vermittlung Erstmietler Gewerbe | 16 000 |
| Treuhandgesellschaft | 38 851 |
| Steuerberatung | 38 851 |
| Baukostenhöchstgarantie | 25 560 |
| Notarkosten, Gerichtskosten, Versicherungen | 25 560 |
| | <hr/> |
| | 1 704 000 |

Das Finanzamt war der Auffassung, die Verträge seien als einheitliches Vertragsbündel, gerichtet auf den Erwerb fertiger Sondereigentumseinheiten nebst Stellplätzen, zu werten. Es setzte deshalb gegen die Kläger mit unter Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Bescheiden Grunderwerbsteuer fest. Die Bemessungsgrundlage ermittelte es dadurch, daß es den Gesamtaufwand um Grunderwerbsteuer sowie Notarkosten usw. im Gesamtbetrag von DM 30.060 kürzte und diesen Betrag (DM 1.673.940) nach dem Miteigentumsbruchteil am Grundstück auf die Kläger verteilte.

Die gegen die Steuerbescheide eingelegten Einsprüche hat das Finanzamt als unbegründet zurückgewiesen. Nach Klageerhebung haben die Kläger Antrag auf Aussetzung der Vollziehung in Höhe der

jenigen Grunderwerbsteuerbeträge gestellt, die über die Grunderwerbsteuer aus dem anteiligen Grundstückskaufpreis hinausgehen. Das Finanzgericht hatte diesem Antrag stattgegeben. Es vertrat die Auffassung, der vertragsgemäß vorangegangene Eigentumserwerb an einem unbebauten Grundstück führe grundsätzlich dazu, daß die Herstellungsverpflichtung eines Verkäufers als rechtlich selbständig anzusehen sei. Es folge der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes, der einen selbständigen Werkvertrag dann angenommen habe, wenn die Übertragung des Grundstücks unabhängig von der Errichtung des Gebäudes stattfinden sollte. Außerdem sei es aus Rechtsgründen notwendig, Gegenstände des der Grunderwerbsteuer unterliegenden Verkehrsvorgangs von denjenigen Gegenständen abzugrenzen, die der Umsatzsteuer unterlägen, um eine Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer, die nach § 4 Nr. 9 a UStG nicht eintreten solle, auszuschließen. Gegen diesen Beschluß des Finanzgerichts hat das Finanzamt Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, die Anträge der Kläger auf Aussetzung der Vollziehung abzuweisen. Der Bundesfinanzhof gab der Beschwerde des Finanzamtes im wesentlichen statt.

Aus den Gründen:

Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, daß die Kläger jeweils bezugsfertige Sondereigentumseinheiten erworben haben. Dies ergibt sich aus der Stammurkunde, die die Basis für alle künftigen, das Projekt betreffende Rechtshandlungen darstellt. Danach war es den Klägern nur möglich, ein komplettes Vertragswerk anzunehmen; dies wurde durch den Zwang zum Abschluß des rechtsübertragenden Treuhandvertrages mit der Folge des Abschlusses vorformulierter Verträge sichergestellt. Die Kläger waren auch als Mitglieder der Bauherrengemeinschaft durch die dem Treuhänder überlassene Geschäftsführungsbefugnis — ungeachtet der bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeit einer derart fremdbestimmten Gesellschaft — soweit beschränkt, daß sie aktiv auf die Tätigkeit des Treuhänders keinen Einfluß nehmen konnten. Die abgeschlossenen Formularverträge sind wie Allgemeine Geschäftsbedingungen auszulegen (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs vom 17. Mai 1984 V R 118/82, BFHE 141, 339, — 348, 349 —, BStBl II 1984, 678). Das bedeutet, daß nicht Wille und Absicht der Parteien maßgeblich sind, sondern der Wille verständiger und redlicher Geschäftspartner, die ihrem Geschäftsverkehr eine allgemeine Grundlage geben wollen. Im Rahmen der Grunderwerbsteuerrechtlichen Würdigung des Gegenstandes des Erwerbes kann somit die Auslegung nicht damit beendet sein, welche bürgerlich-rechtlichen Verpflichtungen das Vertragswerk zwischen den Parteien auslöst.

1. Der Grunderwerbsteuer unterliegt ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks begründet (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983), wobei unter einem Grundstück ein solches im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen ist (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG 1983). Was Gegenstand der auf eine Grundstücksübereignung abzielenden Vereinbarungen ist — das unbebaute Grundstück oder das Grundstück in einem Zustand, den es erst künftig (durch Bebauung) erhalten soll — ist jeweils zu ermitteln. Dabei ist unter Beachtung von §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) nach dem Willen der vertragschließenden Personen zu forschen, der objektiv verwirklicht werden kann, um so eingrenzen zu können, was die Beteiligten mit Rechtswilligen und mit Rechtswirkung erklärt haben (vgl. *Borutau/Egly/Sigloch*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 11. Aufl., Vorbem. vor § 1 Anm. 18 f.). Sind mehrere Personen auf der Leistungsseite eines Vertragswerkes beteiligt, kann aus der Einheit des Leistungsgegenstandes folgen, daß im Grunde nur ein auf den Erwerb eines bebauten Grundstückes abzielender Vertrag vorliegt, der eine einfache oder gebündelte (in Teilleistungen zu erfüllende) Verschaffungspflicht hinsichtlich dieses Gegenstandes eines Erwerbers beinhaltet.

Dabei kann es nicht — wie das FG angenommen hat — in erster Linie darauf ankommen, ob das Grundstück vor Baubeginn oder sonst vorweg aufgelassen wird und die Wirkungen des Grundstückskaufvertrages sofort und unmittelbar eintreten. Zu prüfen ist bei einem Vertragsgeflecht, wie es hier vorliegt, ob „sichergestellt“ ist, daß der Erwerber endgültig nur in den Genuß eines bebauten Grundstücks gelangen soll. Ein solcher Fall ist dann gegeben, wenn die Vereinbarungen auch darauf abzielen, ihm das Grundstück wieder „entziehen“ zu können, wenn er nicht alle Verpflichtungen erfüllt, die er eingegangen ist, um ein fertiggestelltes Gebäude nebst Grundstück zu erhalten. Im vorliegenden Fall ist eine derartige Herausgabepflicht bezüglich des Grundstücksanteils durch die Verpflichtungen des einzelnen „Erwerbers im Bauherrenmodell“ im Gesellschaftsvertrag sowie durch die Bevollmächtigung der Treuhandgesellschaft, über den Miteigentumsanteil des Einzelnen zu verfügen, geschaffen.

Die äußere zeitliche Abfolge der einzelnen Verträge des Vertragsgeflechts kann zwar Indiz für den Rechtsfolgewillen der Beteiligten sein, nicht aber entscheidendes Kriterium. Dabei kann es auch nicht darauf ankommen, wer dem Grundstückskäufer das Grundstück, bzw. seinen ideellen Miteigentumsanteil daran „entziehen“ kann, mit der Folge, daß diese Vereinbarungen nur dann von grunderwerbsteuerrechtlicher Bedeutung wären, wenn das Grundstück dem Verkäufer herauszugeben wäre. Denn eine solche Betrachtung würde letztlich wiederum auf äußere Abläufe abheben, ohne zum Kern des Vertragsgeflechts vorzustoßen. Auch die verbale Verselbständigung des Grundstückskaufvertrags in § 2 Nr. 2 (s. oben) muß unbeachtet bleiben, weil sie sich schon im Hinblick auf die anderen Vereinbarungen, die die Herausgabepflicht begründen, als Leerformel darstellt. Dazu kommt, daß nach dem gewollten und durchgeführten Ablauf und dem Inhalt der anderen Vereinbarungen bezüglich der vor Abschluß des Grundstückskaufvertrages zu erfüllenden Bedingungen der Kaufvertrag erst die Folge der vorher getroffenen Abreden war und sein sollte. Von „möglicherweise“ zu schließenden weiteren Verträgen konnte nicht mehr die Rede sein.

Entscheidend ist vielmehr darauf abzuheben, wer die Rechtsmacht innehatte, die Vertragsbedingungen vorzuformulieren und dem Vertragspartner als Vertragsgeflecht anzubieten. Das kann im Einzelfall auch der Grundstückseigentümer sein, er muß es aber nicht sein. Denn die Konstruktion des „Erwerbs im Bauherrenmodell“ setzt Vorplanung des Bauwerks praktisch bis zum Baubeginn, jedenfalls aber bis zu einem Stadium voraus, in dem aufgrund möglichst genauer Kalkulation das Modellprojekt auf den Markt gebracht werden kann. Dieser Sachzwang, unter dem Bauherrenmodelle stehen, erfordert, daß der Grundstückseigentümer — ist er nicht selbst Projektanbieter — in einer Weise an den Promotor oder Initiator des Gesamtprojekts gebunden ist, die es dem Grundeigner nicht ermöglichen würde, anderen Sinnes zu werden, d. h. nicht mehr zum Verkauf des Grundstücks an die ihm benannten Personen bereit zu sein. Demjenigen, der die Rechtsmacht hat, das Projekt anzubieten, muß notwendigerweise von dem Grundstückseigentümer das Grundstück „an die Hand gegeben“ worden sein. Dabei kommt es auf den Weg dieser Bindung im Ergebnis nicht an, denn der tatsächliche Ablauf ist Beweis genug dafür, daß der Projektanbieter bestimmen kann, wer dem Grundstückseigentümer gegenüber als Käufer — den dieser akzeptieren muß — auftritt. Nur aufgrund dieser Rechts-

macht ist der Projektanbieter auch in der Lage, die ihm obliegenden, von ihm dem „Erwerber im Bauherrenmodell“ gegenüber übernommenen Vertragspflichten zu erfüllen. Denn der Projektanbieter, der seinerseits die Vorbereitungen bis zur Anbietersreife durchgeführt hat, muß seinerseits erst den „Erwerber im Bauherrenmodell“ gebunden haben, bevor er ihm Zugang zum Grundstück verschafft. Das ist hier auch geschehen, wobei es ohne Bedeutung ist, daß Treuhänder und Projektanbieter wohl nicht identisch sind.

Es wäre unreal, davon auszugehen, daß der Projektanbieter sich seine Voraufwendungen nicht — unter welcher Bezeichnung auch immer — vergüten lassen wollte. Diese gehen vielmehr in den vom „Erwerber im Bauherrenmodell“ aufzubringenden Gesamtaufwand ein, der allein die Rechnungsgröße des Erwerbers darstellt. Dem steht nicht entgegen, daß die Berechnung des Gesamtaufwandes ohne Ausweis des Voraufwandes so aufgestellt worden ist, als ob nur nach Eingehen der Vertragsbeziehungen entstehende Aufwendungen zu vergüten wären.

Aus diesem wirtschaftlichen Sachzwang folgt, daß der Anbieter dafür Sorge trägt, den „Erwerber im Bauherrenmodell“ in der von ihm, dem Anbieter, gewünschten Weise so an das Projekt zu binden, daß dem Erwerber faktisch keine Einwirkungsmöglichkeit verbleibt. Vertragsklauseln, wie diejenigen, daß die Bauherren die endgültige Gestaltung des Gebäudes zu beschließen und das Recht hätten, auch grundlegende Planungsänderungen festzulegen, laufen leer: Das Projekt ist nur unter dem vorbestimmten Plan und unter Beibehaltung der in der Baubeschreibung festgelegten Merkmale mit dem ermittelten Gesamtaufwand, den allein (partiell) zu leisten der „Erwerber im Bauherrenmodell“ sich verpflichtet, „durchzuziehen“. Auch Vertragsklauseln, die etwa der Bauherrngemeinschaft das Recht einräumen, selbst die bauausführenden Unternehmer zu bestimmen, müssen notwendig leerlaufen, weil der Kalkulation und damit der Ermittlung des Gesamtaufwandes ein Angebot eines bestimmten Generalunternehmers bzw. bestimmter Bauhandwerker zugrunde liegt. So ist es auch im vorliegenden Fall, wie die Bezugnahme auf frühere Angebote der Generalunternehmerin und Klägerin zu 2 beweist. Erweisen sich aber die Vertragsklauseln eines Vertragsgeflechts als ins Leere gehend, die den Anschein erwecken, der „Erwerber im Bauherrenmodell“ könne einen Einfluß auf die Bebauung ausüben, der über denjenigen der einem Käufer einer erst zu erstellenden Eigentumswohnung zugestanden wird (sog. Sonderwünsche) hinausgeht, so kann dieser Erwerber nicht ein unbebautes Grundstück erworben haben, das er mit den anderen Miterwerbern (die nicht von ihm ausgesucht worden sind und die er möglicherweise gar nicht kennt) zusammen bebaut. Dabei kann es im vorliegenden Fall dahinstehen, ob der Gesellschaftsvertrag wegen der Fremdbestimmtheit der „Gesellschaft“ (vgl. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. November 1981 II ZR 213/80, NJW 1982, 877) überhaupt bürgerlich-rechtlich wirksam geworden ist (s. § 41 AO 1977), weil die der Gesellschaft zugewiesenen Befugnisse aus tatsächlichen Gründen nicht bestehen und aus lediglich verbal festgelegten Befugnissen keine Rechtswirkungen erwachsen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die umfassende Vollmachtserteilung hinzuweisen, die die Kläger zu passiven Beteiligten macht, obwohl ihr allein kein entscheidendes Kriterium zu entnehmen ist, weil auch sie nur logisch notwendige Folge der komplexen Konstruktion ist.

Kann nicht davon ausgegangen werden, daß der „Erwerber im Bauherrenmodell“ zusammen mit seinen Miterwerbern

das Grundstück bebaut, so muß die Bebauung des Grundstücks einem anderen obliegen, die Erwerber müssen also das Bauwerk von einem anderen erhalten. Dieser Andere kann nur derjenige sein, der die Rechtsmacht innehat, das Grundstück als bebautes Grundstück beim Erwerber ankommen zu lassen. Dieser Andere ist nicht die Vielzahl derjenigen, die infolge der Bauherrenkonzeption Vertragsbeziehungen zu den „Erwerbem“ eingehen, so daß die vom FG für beachtenswert gehaltene Frage der Deckungsgleiche von den der Grunderwerbsteuer und der Umsatzsteuer unterliegenden Rechtsvorgängen nicht relevant wird. Denn selbst dann, wenn zivilrechtlich wirksame Vertragsbeziehungen zwischen dem „Erwerber im Bauherrenmodell“ bzw. einer aus solchen gebildeten „Bauherrengemeinschaft“ und Bauhandwerkern usw. zustande gekommen sind, führen diese Vertragsbeziehungen nicht dazu, daß zwischen den an ihnen als Vertragsparteien Beteiligten ein der Grunderwerbsteuer unterliegender Erwerbsvorgang verwirklicht wird. Diese Verträge stellen sich grunderwerbsteuerrechtlich nur als ein Transportmittel dar, um die Verpflichtungen des Projektanbieters zu erfüllen, die dieser gegenüber den „Erwerbem im Bauherrenmodell“ — wenn auch nicht schriftlich festgelegt — eingegangen ist. Soweit sie zivilrechtlich Wirkungen zwischen den an ihnen beteiligten Vertragsparteien auslösen, ist dies ein Ergebnis dessen, daß die „Erwerber im Bauherrenmodell“ nach außen im eigenen Namen aufgetreten sind (vgl. auch den in § 164 Abs. 2 BGB enthaltenen Rechtsgedanken).

Der Projektanbieter, der das Grundstück durch Bindung des Grundeigentümers an die Hand bekommen hat in einer Art, die es ihm ermöglicht, das Grundstück zur Grundlage seines Projektes zu machen und den oder die Käufer zu bestimmen, hat die Stellung der in § 1 Abs. 1 Nrn. 6, 7 GrEStG 1983 angesprochenen „Zwischenhändler“. Kraft der ihm bezüglich des Grundstücks eingeräumten „Befugnisse“ (vgl. § 1 Abs. 2 GrEStG 1983) ist er in der Lage, den Inhalt und damit auch den Gegenstand des unter Ausnutzung und (verdeckter) Abtretung dieser „Befugnisse“ auf den Modellerwerber abzuschließenden, auf Übereignung des Grundstücks gerichteten Vertragswerkes in Übereinstimmung mit diesem zu bestimmen. Durch Einbettung und Überlagerung des verbal auf den Erwerb eines unbebauten Grundstücks gerichteten Kaufvertrages in und durch die Gesamtverpflichtung wird bewirkt, daß der „Erwerber im Bauherrenmodell“ ein bebautes Grundstück erhält. Grunderwerbsteuerrechtlich erhebliche Beziehungen (Erwerbsvorgänge) bestehen somit zwischen dem Erwerber auf der einen Seite und dem Grundstückseigentümer sowie dem Projektanbieter auf der anderen Seite. Gegenstand des der Grunderwerbsteuer aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. Nrn. 6, 7 GrEStG 1983 unterliegenden Rechtsvorganges ist damit das bebaute Grundstück bzw. der mit dem Sondereigentum an einer Eigentumswohnung oder einer Teileigentumseinheit verbundene Miteigentumsanteil am bebauten Grundstück.

2. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verwaltungsakte bestehen aber insoweit, als das FA in die Bemessungsgrundlage auch die Leistungen einbezogen hat, die für die Erstmietervermittlung, die Zwischenfinanzierungskosten, die Vermittlung der Zwischenfinanzierung, die Finanzierungsbetreuung und für die Steuerberatung ausgeworfen sind. Nach § 8 Abs. 1 GrEStG 1983 ist Bemessungsgrundlage der Wert der Gegenleistung. Nach § 9 Abs. 1 GrEStG 1983 gilt bei einem Kauf der Kaufpreis als Gegenleistung. Leistungen, die nicht den Gegenstand des der Grund-

erwerbsteuer unterliegenden Rechtsgeschäfts betreffen, haben begrifflich aus der Gegenleistung auszuscheiden. Dabei kann im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Angemessenheit der einzelnen Leistungsteile (das Verhältnis der gemeinen Werte untereinander) mangels Anhaltspunkte dafür nicht näher geprüft werden. Bedenken könnten insoweit in erster Linie den Posten Finanzierungsbetreuung und Vermittlung der Zwischenfinanzierung begegnen, sind aber auch bei den anderen pauschal aufgeschlüsselten Leistungen nicht von der Hand zu weisen.

Der entsprechend den erworbenen Miteigentumsbruchteilen auf die in der Person des jeweiligen Klägers verwirklichten, der Grunderwerbsteuer unterliegenden Erwerbsvorgänge zu verteilende Gesamtaufwand ist um insgesamt 244 455 DM (für 100 000/100 000) zu kürzen.

19. EStG § 14, § 34 Abs. 1 und 2 Nr. 1 (*Zurückbehalten eines Grundstücks bei Betriebsveräußerung*)

1. Veräußert ein Land- oder Forstwirt seinen Betrieb, so steht die unmittelbar auf die Veräußerung erfolgende Verpachtung des Betriebs durch den Erwerber an den Veräußerer der Gewährung der Tarifvergünstigung nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG i. V. m. § 14 EStG nicht entgegen.

2. Zur Frage, wann bei der Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs zurückbehaltene Grundstücksflächen eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen.

BFH, Urteil vom 28.3.1985 — IV R 88/81 — BStBl 1985 II 509

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger war Eigentümer eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs mit einer landwirtschaftlichen Nutzfläche von rd. 55 ha. Durch Vertrag vom 17. September 1970 verkaufte er zum 1. Oktober 1970 seinen landwirtschaftlichen Betrieb mit Inventar, dem Forstanteil und Anteilen an einer B-fabrik. Er behielt rd. 3,5 ha Ackerland und rd. 3 ha Hutungen zurück und überführte rd. 3 000 qm Grundstücksfläche mit einem Landarbeiterwohnhaus sowie einen betrieblich genutzten PKW ins Privatvermögen. Zugleich schloß er mit dem Käufer einen Pachtvertrag, nach dem er den Betrieb bis zum Jahr 1982 pachtete. Die zurückbehaltenen Ackerflächen verpachtete der Kläger im Juni 1972; zugleich erklärte er dem Finanzamt gegenüber die Überführung der Ackerflächen und der Hutungen in das Privatvermögen.

Der Kläger beantragte, den Gewinn aus der zum 1. Oktober 1970 erfolgten Veräußerung in Höhe von 94 290 DM bei der Einkommensteuerveranlagung 1970 nach §§ 14 und 34 EStG tarifbegünstigt zu versteuern. Das FA lehnte diesen Antrag ab; es behandelte den Veräußerungsgewinn als laufenden Gewinn des Wirtschaftsjahres 1970/71 und verteilte ihn zeitanteilig auf die Kalenderjahre 1970/71. Von den Veräußerungskosten ließ das FA den auf den Grund und Boden entfallenden Anteil bei der Gewinnermittlung gemäß § 55 Abs. 6 EStG nicht zum Abzug zu. Der Einspruch blieb ohne Erfolg, soweit er die Gewährung der Tarifvergünstigung des § 34 Abs. 1 und 2 EStG und den Abzug der dem Grund und Boden zuzurechnenden Veräußerungskosten betraf.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage teilweise statt. Es entschied in dem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1982, 22 veröffentlichten Urteil, daß bei der Ermittlung des Gewinns aus der Veräußerung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögens die auf den Grund und Boden entfallenden Veräußerungskosten nicht abgesetzt werden könnten, daß jedoch der Gewinn tarifbegünstigt nach den §§ 14 und 34 EStG zu versteuern sei.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts. Eine Betriebsveräußerung liege nicht vor, weil der Kläger 3,5 ha Ackerland, 3 ha Hutungen und eine rd. 3 000 qm große Grundstücksfläche mit einem Landarbeiterwohnhaus sowie einen Betriebs-PKW zurückbehalten habe. Die im Eigentum des Klägers verbliebenen Wirtschaftsgüter stellten noch einen landwirtschaftlichen Betrieb dar; deshalb seien nicht alle wesentlichen Grundlagen des Betriebs veräußert worden. Die Revision des Finanzamtes hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das FG hat zutreffend entschieden, daß die Veräußerung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs des Klägers eine Betriebsveräußerung i. S. des § 14 EStG und nach § 34 Abs. 1 und 2 tarifbegünstigt zu versteuern war.

Zum Wesen eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs gehört — vereinfacht ausgedrückt — einerseits eine auf Gewinn gerichtete land- und forstwirtschaftliche Betätigung (Viehzucht, Ackerbau etc.) und andererseits ein land- und forstwirtschaftliches Betriebsvermögen, das der Betätigung als Grundlage dient und sie erst ermöglicht. Veräußerbar ist aber nur das Betriebsvermögen, nicht die Betätigung als solche. Knüpft daher das EStG an den Tatbestand der Betriebsveräußerung wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven besondere steuerliche Folgen, so kann damit als entscheidendes Tatbestandsmerkmal nur die Veräußerung des Betriebsvermögens angesprochen sein. Infolgedessen ist eine Betriebsveräußerung i. S. des § 14 EStG stets dann zu bejahen, wenn das (wirtschaftliche) Eigentum an den Gegenständen bzw. Wirtschaftsgütern des land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögens entgeltlich in einem einheitlichen Vorgang auf den Erwerber übertragen wird. Die Einstellung oder Beendigung der land- und forstwirtschaftlichen Betätigung durch den Veräußerer ist grundsätzlich kein Kriterium der Betriebsveräußerung. Wesentlich ist allein, daß das Eigentum an allen wesentlichen Betriebsgrundlagen übergeht (BFH-Urteile vom 24. Januar 1973 I R 156/71, BFHE 108, 111, BStBl II 1973, 219; vom 24. Juni 1976 IV R 199/72, BFHE 119, 425, BStBl II 1976, 670) und es dem Erwerber möglich ist, den Betrieb fortzuführen; unerheblich ist es, ob er dies tatsächlich tut. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.

a) Durch den Kaufvertrag vom 17. September 1970 und seine Erfüllung ist das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum an den übertragenen Wirtschaftsgütern auf den Erwerber übergegangen. Dem steht die Verpachtung des Betriebs an den Kläger nicht entgegen; durch die Verpachtung ist das wirtschaftliche Eigentum an dem Betrieb nicht beim Verpächter geblieben.

b) Wirtschaftsgüter bilden für einen Betrieb vor allem dann eine wesentliche Grundlage, wenn sie zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich sind und ein besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzen. Behält bei der Veräußerung eines landwirtschaftlichen Betriebs ein Landwirt landwirtschaftlich genutzte Grundstücksflächen in einem erheblichen Umfang zurück, so können diese Flächen eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellen; die Rechtsprechung des BFH hat beim Zurückhalten von mehr als 40 v. H. des landwirtschaftlich genutzten Grund und Bodens in der Regel das Vorliegen einer wesentlichen Betriebsgrundlage bejaht (Urteil vom 9. Juli 1981 IV R 101/77, BFHE 134, 110, BStBl II 1982, 20). Im Fachschrifttum wird die Auffassung vertreten, daß, wenn die nicht veräußerten landwirtschaftlichen Grundstücksflächen nicht mehr als 10 v. H. ausmachen, diese im allgemeinen nicht als wesentliche Betriebsgrundlage angesehen werden können (*Leingärtner/Zaisch*, Die Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirtschaft, Rdnr. 1298; *Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, 3. Aufl., Abschn. A Rdnr. 589). Diese prozentualen Grenzen können aber nur Anhaltspunkte sein, bei denen die absoluten Größen und die Bonität der Grundstücke nicht außer acht gelassen werden dürfen. Danach kommt es unabhängig vom Übersteigen der Grenze von 10 v. H. und vom Unterschreiten der Grenze von 40 v. H. wesentlich auf die Umstände des Einzelfalles an.

In der Streitsache betrogen die nicht veräußerten Grundstücksflächen etwa 12 v. H. des gesamten Grund und Bodens des landwirtschaftlichen Betriebs des Klägers. Hierzu hat das FG festgestellt, daß die zurückbehaltenen Flächen insgesamt von untergeordneter Bedeutung und deshalb keine wesentliche Betriebsgrundlagen seien. Diese Feststellungen und die sich daraus ergebende Tatsachenwürdigung sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das FG konnte insbesondere deshalb zu dieser Würdigung gelangen, weil ein erheblicher Teil der nicht veräußerten Flächen in Hutungen — also landwirtschaftlich wertlosem oder geringwertigem Weideland — bestand. Da außer dem zum Abbruch vorgesehenen Landarbeiterwohnhaus und einem PKW keine weiteren Wirtschaftsgüter zurückbehalten wurden, hat das FG zutreffend entschieden, daß der Kläger mit dem Vertrag vom 17. September 1970 alle wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übertragen hat.

c) Dem FG ist auch darin beizupflichten, daß die Verpachtung des Betriebs an den Kläger die Anwendung der Vorschriften des § 34 Abs. 1 und des Abs. 2 Nr. 1 EStG sowie des § 14 EStG nicht ausschließt (ebenso *L. Schmidt*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 3. Aufl., § 16 Anm. 10). Wie sich schon aus den eingangs gemachten Ausführungen ergibt, wird der Eintritt der Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 EStG und des § 34 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 EStG — nämlich die entgeltliche Übertragung des (wirtschaftlichen) Eigentums am Betriebsvermögen auf den Erwerber — mit einkommensteuerrechtlicher Wirkung nicht dadurch rückgängig gemacht, daß durch einen im zeitlichen Zusammenhang mit der Veräußerung stehenden Vertrag die übereigneten Wirtschaftsgüter an den Übereigner verpachtet werden und dieser damit die land- und forstwirtschaftliche Betätigung fortsetzt. Im gewerblichen Bereich können die Verhältnisse dann anders liegen, wenn wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter (z. B. die Firma und der Kundenstamm) zurückbehalten und bei der fortgesetzten gewerblichen Betätigung eingesetzt werden (so verhielt es sich im Fall des BFH-Urteils vom 3. Oktober 1984 I R 119/81, BFHE 142, 433, BStBl II 1985, 245).

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck der §§ 14 und 34 Abs. 1 und 2 Nr. 1 EStG. Nach der Zwecksetzung dieser Vorschriften wird der Veräußerungsgewinn steuerlich begünstigt, weil alle stillen Reserven eines Betriebs aufgedeckt und in einem Veranlagungszeitraum versteuert werden und damit in voller Schärfe der Steuerprogression unterliegen. Die Veräußerung des gesamten Betriebsvermögens und die damit verbundene geballte Realisierung der stillen Reserven rechtfertigt gemäß §§ 14, 16 EStG die Gewährung der Tarifvergünstigung des § 34 Abs. 1 und 2 EStG ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußernde die land- und forstwirtschaftliche Betätigung als Pächter „fortsetzt“ oder nicht. Daß die Fortsetzung derselben betrieblichen Betätigung der Annahme einer Betriebsveräußerung nicht entgegensteht, wird besonders deutlich, wenn der Inhaber zweier gleichartiger land- und forstwirtschaftlicher Teilbetriebe einen Teilbetrieb im ganzen veräußert und den anderen fortführt. Insoweit weist das FG zu Recht darauf hin, daß auch der Steuerpflichtige, der seinen gesamten Betrieb in eine Mitunternehmerschaft einbringt, den durch Auflösung der stillen Reserven entstehenden Gewinn tarifbegünstigt versteuern kann (§ 24 Abs. 3 des Umwandlungs-Steuergesetzes), obwohl er seine betriebliche Tätigkeit weiterhin als Mitunternehmer fortsetzt.

Es kann auch nicht der Auffassung des FA gefolgt werden, daß der veräußerte Betrieb und der gepachtete Betrieb identisch seien. Zwar hat der BFH (Urteil vom 24. Juni 1976 IV R

200/72, BFHE 119, 430, BStBl II 1976, 672) entschieden, daß im Fall einer Betriebsaufgabe und Neueröffnung eines Betriebs die Identität bejaht werden müsse, wenn wesentliche Betriebsgrundlagen mit erheblichen stillen Reserven ohne deren Realisierung in den neuen Betrieb überführt würden. Diese Voraussetzungen liegen aber im Streitfall nicht vor. Werden, wie vorliegend, die wesentlichen Grundlagen eines Betriebs unter Auflösung der stillen Reserven veräußert und verpachtet der Erwerber das Betriebsvermögen an den Veräußerer zurück, kann eine Identität zwischen dem veräußerten und dem gepachteten Betrieb wegen Fehlens der Identität der wesentlichen Betriebsgrundlagen nicht angenommen werden.

20. EStG 1979, § 7 b Abs. 1 und 2 (Voraussetzungen der erhöhten AfA nach § 7 b)

1. Der Erwerber eines Objekts, das er erst nach der Anschaffung zu einem Einfamilienhaus oder Zweifamilienhaus oder einer Eigentumswohnung i. S. des § 7 b EStG 1979 umbaut, kann nicht die erhöhten Absetzungen nach dieser Vorschrift beanspruchen.

2. Die schon beim Erwerb vorhandene Absicht einer Nutzung als Einfamilienhaus, Zweifamilienhaus oder Eigentumswohnung genügt für die erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG 1979 nicht. Die Rechtsgrundsätze des II. Senats des BGH zur Grunderwerbsteuerbefreiung nach dem GrESTeigWoG (vgl. Urteil vom 15. Februar 1984 II R 34/82, BFHE 140, 477, BStBl II 1984, 452) sind auf den Anwendungsbereich des § 7 b EStG 1979 nicht übertragbar.

BFH, Urteil vom 30.4.1985 — IX R 49/84 — BStBl 1985 II 513

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger kauften am 14. Oktober 1978 ein gemischtgenutztes Grundstück in der Absicht, das darauf befindliche Gebäude, das im Zeitpunkt des Erwerbs Gaststätten- und Wohnräume enthielt, in ein Zweifamilienhaus umzubauen. Sie begannen mit dem Umbau im Streitjahr 1979 und vollendeten ihn im Jahre 1983.

Die Anschaffungskosten für das Gebäude betragen 95 553 DM; außerdem entstanden im Jahre 1979 Teilherstellungskosten von 14 988 DM. Das Finanzamt bemaß die Absetzung für Abnutzung (AfA) im Jahre 1979 nach § 7 b Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes (EStG) mit 2 v. H. der Anschaffungs- und Herstellungskosten auf 2 211 DM. Erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG 1979 lehnte das FA mit der Begründung ab, bei dem Gebäude habe es sich im Zeitpunkt des Erwerbs noch nicht um ein Zweifamilienhaus gehandelt.

Mit ihrer Klage verfolgten die Kläger ihr Begehren auf Gewährung erhöhter Absetzungen nach § 7 b EStG weiter. Sie meinten, hierfür müsse die beabsichtigte Nutzung als Zweifamilienhaus ebenso wie für die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Grunderwerbsteuerbefreiung beim Erwerb von Einfamilienhäusern, Zweifamilienhäusern und Eigentumswohnungen (GrESTeigWoG) ausreichen. Das Finanzgericht folgte der Auffassung der Kläger und gab ihrer Klage statt.

Die zugelassene Revision des Finanzamtes führte zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

1. Das angefochtene Urteil des FG war aufzuheben, weil es § 7 b Abs. 1 und 2 EStG 1979 verletzt. Das FG hat den Klägern überhöhte Absetzungen unzutreffend zugesprochen; denn der Erwerb eines gemischtgenutzten Gebäudes und dessen Umbau nach seiner Anschaffung zu einem Zweifamilienhaus fallen nicht unter die Begünstigungsvorschrift des § 7 b EStG 1979.

a) Die Kläger können nicht als Bauherren eines Zweifamilienhauses erhöhte Absetzungen nach § 7 b Abs. 1 EStG 1979 beanspruchen. Voraussetzung hierfür wäre, daß sie im

Streitjahr 1979 ein Zweifamilienhaus fertiggestellt hätten (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs vom 8. November 1977 VIII R 110/76, BFHE 123, 560, BStBl II 1978, 82). Dem steht bereits entgegen, daß das Zweifamilienhaus der Kläger nach den tatsächlichen Feststellungen des FG in seiner Gesamtheit erst nach dem Abschluß des Umbaus im Jahre 1983 vollendet wurde.

b) Die Kläger sind auch nicht als Erwerber eines Zweifamilienhauses zur Inanspruchnahme der erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG 1979 berechtigt.

Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift kann der Erwerber bei im Inland belegenen Ein- oder Zweifamilienhäusern oder Eigentumswohnungen, die zu mehr als 66 2/3 v. H. Wohnzwecken dienen, im Jahr der Anschaffung und in den sieben folgenden Jahren jeweils bis zu 5 v. H. der Anschaffungskosten absetzen.

Wenn sich hiernach im Falle des Erwerbs eines Objekts die erhöhten Absetzungen nach den Anschaffungskosten des Ein- oder Zweifamilienhauses oder der Eigentumswohnung bestimmen, so kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß es für die Qualifizierung des erworbenen Objekts auf dessen Zustand im Zeitpunkt der Anschaffung ankommt. Eine nach § 7 b EStG 1979 begünstigte Anschaffung ist somit grundsätzlich nur dann gegeben, wenn das erworbene Objekt im Zeitpunkt des Übergangs von Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten nach seiner baulichen Gestaltung ein Ein- oder Zweifamilienhaus oder eine Eigentumswohnung ist (ebenso *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 19. Aufl., § 7 b EStG, Grüne Blätter, Erläuterungen zu Abs. 1 Anm. II; *Littmann*, Das Einkommensteuerrecht, 13. Aufl., 1981, § 7 b EStG Rdnr. 105 e; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, 3. Aufl., 1984, § 7 b Anm. 5; Abschn. 54 Abs. 1 Satz 4 EStRL 1984).

Diese Ansicht wird auch durch den systematischen Zusammenhang innerhalb des § 7 b EStG 1979 bestätigt. Auch daraus läßt sich herleiten, daß nur solche Objekte begünstigt sind, die als Ein- oder Zweifamilienhaus oder als Eigentumswohnung angeschafft oder fertiggestellt, nicht aber solche, die erst danach in eines dieser Objekte umgebaut worden sind.

So sind nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Herstellung oder Anschaffung vorgenommene Baumaßnahmen — wie der BMF zutreffend ausführt — nur noch als Ausbauten und Erweiterungen i. S. des § 7 b Abs. 2 EStG 1979 wie ein gesondertes Objekt begünstigt, sofern sie an einem bestehenden Ein- oder Zweifamilienhaus oder an einer Eigentumswohnung vorgenommen werden (BFH-Urteile vom 16. Dezember 1975 VIII R 119/72, BFHE 117, 561, BStBl II 1976, 285; vom 30. November 1982 VIII R 128/82, BFHE 138, 31, BStBl II 1983, 408), die zudem vor dem 1. Januar 1964 fertiggestellt sein müssen und nicht nach dem 31. Dezember 1976 angeschafft sein dürfen. Hingegen eröffnet § 7 b Abs. 2 EStG keine erhöhten Absetzungen für Baulichkeiten, die nach ihrer Fertigstellung erst im Wege des Umbaus zu einem begünstigten Objekt werden (BFH-Urteile in BFHE 117, 561, BStBl II 1976, 285; vom 15. Juni 1982 VIII R 53/79, BFHE 137, 246, BStBl II 1983, 194).

Die Rechtsansicht des Senats ergibt sich auch daraus, daß mit dem Jahr der Fertigstellung oder der Anschaffung (§ 7 b Abs. 1 Satz 1 EStG 1979) der achtjährige Zeitraum für die erhöhten Absetzungen beginnt. Von diesem Zeitpunkt an können die erhöhten Absetzungen von den Herstellungs- oder

Anschaffungskosten in Anspruch genommen werden, unbeschadet der Möglichkeit nachträglicher Herstellungs- oder Anschaffungskosten (§ 7 b Abs. 3 EStG 1979). Schließlich richten sich nach der Art des Objekts im Zeitpunkt des Beginns der erhöhten Absetzungen auch die Höchstgrenzen der Herstellungs- oder Anschaffungskosten als Bemessungsgrundlage für die Absetzungen nach § 7 b Abs. 1 Satz 3 EStG 1979 (ebenso Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 13. September 1982 — 5 K 163/81, Entscheidungen der Finanzgerichte — EFG — 1983, 277).

Die Rechtsprechung des VIII. Senats des BFH in seinen Urteilen in BFHE 123, 560, BStBl II 1978, 82 und vom 15. Juni 1982 VIII R 24/81 (BFHE 137, 243, BStBl II 1983, 194) steht dieser Auffassung nicht entgegen. Dort hatte der VIII. Senat die Fertigstellung eines Objekts als Eigentumswohnung auch dann noch bejaht, wenn zwischen Fertigstellung des Gebäudes und Teilungserklärung noch ein enger wirtschaftlicher und zeitlicher Zusammenhang bestand. Das rechtfertigte es, den auf den Erwerb einer Eigentumswohnung gerichteten Vorgang als nach § 7 b EStG begünstigt anzusehen. Vergleichende Überlegungen müßte der Senat nur anstellen, wenn im vorliegenden Fall der Veräußerer den Umbau zu einem Zweifamilienhaus zugesagt und der Erwerbsvorgang sich hierauf gerichtet hätte.

Entgegen der Auffassung des FG läßt sich die Rechtsprechung des II. Senats des BFH zur Steuervergünstigung nach § 1 Abs. 1 GrEStEigWoG (Urteile vom 25. Juni 1980 II R 21/79 [= MittBayNot 1981, 47], BFHE 131, 93, BStBl II 1980, 728; vom 18. Februar 1981 II R 107/78, BFHE 132, 492, BStBl II 1981, 331; vom 23. März 1983 II R 213/81, BFHE 138, 471, BStBl II 1983, 604; vom 15. Februar 1984 II R 34/82, BFHE 140, 477, BStBl II 1984, 452) nicht auf den Anwendungsbereich des § 7 b EStG 1979 übertragen (ebenso Urteil des Hessischen FG vom 12. August 1983 — 8 K 181/83, EFG 1984, 172; Schmidt/Drenseck, a. a. O., § 7 b Anm. 5). Denn der II. Senat hat nicht die bauliche Gestaltung im Zeitpunkt des Erwerbs, sondern die vom Erwerber beabsichtigte Nutzung als Ein- oder Zweifamilienhaus oder als Eigentumswohnung als maßgebend angesehen, weil es nach § 1 Abs. 1 GrEStEigWoG für die Grunderwerbsteuerbefreiung ausreicht, daß der Erwerber, sein Ehegatte oder ein Verwandter in gerader Linie die erworbene Baulichkeit binnen fünf Jahren mindestens ein Jahr lang ununterbrochen als Ein- oder Zweifamilienhaus oder als Eigentumswohnung bewohnt. Diese Vorschrift läßt es damit genügen, daß die Tatbestandsmerkmale im wesentlichen erst in der Zukunft erfüllt werden. Hingegen kommt es für den Anwendungsbereich des § 7 b EStG 1979 nicht auf die Absicht einer bestimmten Nutzung, sondern auf die bauliche Gestaltung des Objekts bei Fertigstellung oder Anschaffung an.

21. EStG §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Nr. 1 a (*Vorwegnahme des wirtschaftlichen Ergebnisses eines Kaufvertrages*)

Ein bindendes Kaufangebot des Käufers, die Einräumung des Nießbrauchs und eines Vorkaufsrechts zugunsten des Käufers sowie die Vorauszahlung auf den Kaufpreis begründen noch kein Veräußerungsgeschäft i. S. d. § 23 EStG.

(Leitsatz nicht amtlich)

FG Hamburg, Urteil vom 10.1.1985 — I 182/81 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger erwarb am 11.2.1969 ein Grundstück. Mit notariellen Verträgen vom 25.4.1969 bestellte er einer Kommanditgesellschaft an

dem Grundstück einen auf 20 Jahre befristeten Nießbrauch gegen Zahlung eines jährlichen Entgelts und räumte ihr ebenfalls auf 20 Jahre ein Vorkaufsrecht ein. Zum gleichen Zeitpunkt machte die KG dem Kläger ein notarielles bis zum 31.5.1971 befristetes Kaufangebot für das Grundstück, das vom Kläger am 1.4.1971 notariell angenommen wurde. Auf den Kaufpreis wurde im Mai 1969 ein Teilbetrag angezahlt. Ein weiterer Teilbetrag wurde Anfang 1970 vorausgezahlt, der Rest wurde kurze Zeit nach Annahme des Kaufangebots der KG an den Kläger gezahlt. Die jeweils noch offenen Teilbeträge wurden bereits vor Annahme des Angebots von der KG verzinst.

In seinen Steuererklärungen ging der Kläger davon aus, daß das Grundstück im Februar 1969 erworben und im April 1971 veräußert wurde; dementsprechend erklärte er keinen Spekulationsgewinn. Nach einer Betriebsprüfung ging das Finanzamt davon aus, daß der Kläger durch das notarielle Vertragswerk vom 25.4.1969 Verhältnisse geschaffen habe, die einer Veräußerung gleichkommen und erfaßte einen Spekulationsgewinn.

Der Einspruch des Klägers wurde zurückgewiesen, das Finanzgericht gab der daraufhin erhobenen Klage statt.

Aus den Gründen:

Nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG sind — nach §§ 2 Abs. 3 Nr. 7, 22 Nr. 2 EStG steuerpflichtige — Spekulationsgeschäfte über Grundstücke solche Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zwei Jahre beträgt. Für das Vorliegen eines steuerpflichtigen Spekulationsgeschäfts kommt es allein auf den Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung des Grundstücks an; das Vorliegen einer Spekulationsabsicht ist nicht Teil des gesetzlichen Tatbestands (Urteil des Bundesfinanzhofs vom 29.8.1969 VI R 319/67, Bundessteuerblatt — BStBl — II 1969, 705; s. auch Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 9.7.1969 2 BvL 20/65, BStBl II 1970, 156). Als Anschaffung und Veräußerung im Sinne des § 23 EStG ist regelmäßig der wirksame Abschluß des schuldrechtlichen Vertrags anzusehen (BFH-Urteil vom 7.8.1970 VI R 166/67, BStBl II 1970, 806; BFH-Urteil vom 30.11.1976 VIII R 202/72, BStBl II 1977, 384; BFH-Urteil vom 13.12.1983 VIII R 16/83, BStBl II 1984, 311 [= MittBayNot 1984, 156]). Zeitpunkt der Veräußerung ist deshalb beim Verkauf eines Grundstücks grundsätzlich der Zeitpunkt des Abschlusses des notariell beurkundeten Kaufvertrags. Die Annahme einer vor diesem Zeitpunkt liegenden Veräußerung ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Vertragspartner vor Abschluß des Kaufvertrags Verhältnisse geschaffen haben, die einer Veräußerung im Sinne des § 23 EStG gleichstehen, also das Ergebnis des obligatorischen Veräußerungsgeschäfts bei wirtschaftlicher Begutachtung vorwegnehmen. Dies kann dadurch geschehen, daß die Vertragspartner dem obligatorischen Veräußerungsgeschäft gleichzustellende Vereinbarungen treffen oder das dingliche Rechtsgeschäft vor dem Abschluß des obligatorischen Vertrags vollziehen (BFH-Urteil BStBl II 1984, 311 [= MittBayNot 1984, 156]). So ist anerkannt, daß die Abgabe eines bindenden Verkaufsangebots als Veräußerung im Sinne des § 23 EStG angesehen werden kann, wenn das Angebot durch Hinzutreten weiterer Umstände (Verschaffung wirtschaftlichen Eigentums durch den Verkäufer und wirtschaftliche Vertragserfüllung durch den Käufer) als endgültig bezeichnet werden muß (BFH-Urteil BStBl II 1977, 384). Entscheidend ist, daß durch die dem eigentlichen Kaufvertrag vorangehenden Maßnahmen für die Vertragsbeteiligten rechtlich und tatsächlich eine Situation geschaffen wird, wie sie auch aufgrund eines Kaufvertrags gegeben ist (BFH-Urteil BStBl II 1970, 806). Wegen der erforderlichen rechtlichen Bindung des Verkäufers kann dementsprechend nur ein bürgerlich-rechtlich wirksames und bindendes Verkaufsangebot einem förmlichen Kaufabschluß gleichgestellt werden (BFH-Urteil BStBl II 1970, 806).

Ebenso ist auch der bürgerlich-rechtlich wirksame Abschluß eines Vorvertrages als Veräußerung im Sinne des § 23 EStG anzusehen (BFH-Urteil BStBl II 1984, 311 [= MittBayNot 1984, 156]).

Im Streitfall ist ein bürgerlich-rechtlich wirksamer Veräußerungsvertrag über das Grundstück erst zustande gekommen, nachdem der Kläger die notariell beurkundete Angebotserklärung der KG vom 25.4.1969 mit seiner ebenfalls notariell beurkundeten Erklärung vom 1.4.1971 angenommen hatte. Damit liegt die Veräußerung des Grundstücks außerhalb der Zweijahresfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG, ein Spekulationsgeschäft i. S. der genannten Vorschrift liegt somit nicht vor. Eine Veräußerung i. S. des § 23 EStG kann auch nicht in dem Vertragswerk vom 25.4.1969 gesehen werden. Die an diesem Tage zwischen dem Kläger und der KG getroffenen Vereinbarungen führen weder zur Annahme wirtschaftlichen Eigentums der KG zu diesem Zeitpunkt (§ 11 Nrn. 1-4 Steueranpassungsgesetz — StAnpG — s. hierzu auch BFH-Urteil vom 5.5.1983 IV R 43/80, BStBl II 1983, 631, und vom 8.12.1983 IV R 20/82, BStBl II 1984, 202), noch hatten die Vertragsparteien mit diesem Vertragswerk rechtlich und tatsächlich eine Situation geschaffen, wie sie aufgrund eines förmlichen Kaufvertrages gegeben ist. Weder aus der Nießbrauchsbestellung (einschließlich des Rechts der KG, die von ihr genutzten Grundstücke zu bebauen) noch aus der Einräumung des Vorkaufsrechts läßt sich wirtschaftliches Eigentum der KG bereits im Jahre 1969 noch eine Situation zu diesem Zeitpunkt ableiten, die für die Vertragsbeteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht dem Abschluß eines Kaufvertrages über das Grundstück gleichkam. Der Kläger hatte sich mit dem Vertragswerk vom 25.4.1969 rechtlich nicht gebunden; er war nicht gehindert, über das Grundstück — unbeschadet des Vorkaufsrechts der KG — zugunsten eines dritten Erwerbers zu verfügen. Hieran konnten ihn die von der KG geleisteten Vorauszahlungen auf den Kaufpreis einschließlich der vereinbarten Zinsen ebensowenig hindern wie eine eventuelle Ausgleichsverpflichtung für das von der KG auf den Grundstücken errichtete Gebäude (vgl. hierzu auch BFH-Urteil vom 19.10.1971 VIII R 84/71, BStBl II 1972, 452, einerseits und BFH-Urteil vom 15.1.1974 VIII R 63/68, BStBl II 1974, 606, andererseits).

Eine Besteuerung des streitigen Veräußerungsgewinns läßt sich auch nicht auf die — für die Jahre 1969 und 1970 noch geltende (BFH-Urteil vom 23.1.1981 VI R 190/77, BStBl II 1981, 371) — Vorschrift des § 6 Abs. 2 StAnpG stützen. Nach dieser Vorschrift sind in Nießbrauchsfällen Steuern so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tat-

sachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären. Nach § 6 Abs. 1 StAnpG kann durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts die Steuerpflicht nicht umgangen und gemindert werden. Ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i. S. dieser Vorschrift liegt regelmäßig dann vor, wenn eine Gestaltung gewählt wird, die — gemessen an dem angestrebten Ziel — unangemessen, also ungewöhnlich ist. Eine Vertragsgestaltung ist indes nicht schon deshalb als rechtsmißbräuchlich anzusehen, weil die Vertragsbeteiligten mit ihr den Zweck verfolgen, eine vom Gesetzgeber vorgesehene Steuerfreiheit zum Zuge kommen zu lassen. Das Gestaltungsmotiv der Ersparnis von Steuern macht die Gestaltung nicht unangemessen (Beschluß des Großen Senats des BFH vom 29.11.1982 GrS 1/81, BStBl II 1983, 272). Im Streitfall fehlt es schon daran, daß es sich bei dem Vertragswerk vom 25.4.1969 um eine unangemessene Vertragsgestaltung handelt. Die Einräumung von Nutzungs- und Vorkaufsrecht an einen Kaufinteressenten ist jedenfalls aus der Sicht des Grundstückseigentümers, der sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt — aus welchen Gründen auch immer — nicht zu einer rechtlich verbindlichen Veräußerung entschließen kann, eine übliche und angemessene Rechtsgestaltung. Daß einzelne Modalitäten der Nießbrauchsbestellung und des Kaufangebots der KG — möglicherweise unangemessen hohes Nießbrauchsentgelt, keine Regelung von Ausgleichsverpflichtungen für das von der KG zu errichtende Gebäude, unverzinsliche Leistung von „Vorauszahlungen auf den Kaufpreis“, Verzinsung der noch ausstehenden Teile des „Kaufpreises“ auch für die Zeit vor Abschluß des Kaufvertrages — als ungewöhnlich oder unangemessen bezeichnet werden könnten, vermag an dem dargelegten Ergebnis deshalb nichts zu ändern, weil diese Modalitäten für den Kläger ausschließlich wirtschaftlich vorteilhaft waren. Während die KG Vorleistungen tatsächlicher und rechtlicher Art einbrachte, behielt der Kläger bei der Verfügung über das Grundstück freie Hand und hätte ggf. bei entsprechenden Marktmöglichkeiten auch anders disponieren können. Schon aus diesem Grunde ist für die Feststellung eines Nießbrauchstatbestandes i. S. des § 6 Abs. 1 StAnpG kein Raum (BFH-Urteil BStBl II 1972, 452). Selbst wenn das Vertragswerk vom 25.4.1969 ganz oder teilweise den Nießbrauchstatbestand des § 6 Abs. 1 StAnpG erfüllen sollte, ließe sich nach Auffassung des Senats daraus keine Veräußerung innerhalb der Frist des § 23 Abs. 1 Nr. 1 a EStG herleiten. Die Besteuerung nach § 6 Abs. 2 StAnpG kann nicht dazu führen, daß den Vertragsbeteiligten eine Rechtsgestaltung unterstellt wird, die sie — aus welchen Gründen auch immer — gerade nicht haben vornehmen wollen.

IV. Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuer; hier: Einkommensteuerliche Behandlung des freiwilligen Waldtausches

Schreiben der OFD München vom 2.9.1985 — Az.: S 2232
— 7/2 St 21

Die Zusammenlegung von zersplitterten Waldgrundstücken im Zuge des freiwilligen Tauschs dient der Verbesserung der Agrarstruktur. Ich bitte, in Fällen des freiwilligen Waldtausches künftig aus Billigkeitsgründen wie folgt zu verfahren, wenn der Austausch von Flächen zur Grenzverlegung oder zur besseren Bewirtschaftung von zersplitterten oder unwirtschaftlich geformten land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken erfolgte:

1. Ein nach den allgemeinen Vorschriften für das stehende Holz ermittelter Veräußerungsgewinn unterliegt nicht der Einkommensteuer, wenn das getauschte aufgestehene Holz wertgleich ist. Der eingetauschte Holzbestand ist dabei mit dem Buchwert des hingegebenen Holzes anzusetzen.

2. Wird bei einem Tausch von Waldgrundstücken, bei dem das aufstehende Holz nicht wertgleich ist, ein Wertausgleich geleistet (z. B. durch Bargeld oder durch Mehrleistung an Grund und Boden), so ist auf den durch den Wertausgleich anteilig für das stehende Holz verwirklichten Veräußerungsgewinn der ermäßigte Steuersatz für außerordentliche Holznutzungen (§ 34 b Abs. 3 Nr. 1 EStG) anzuwenden und zwar auch dann, wenn der Wertausgleich im Rahmen des festgelegten Nutzungssatzes anfällt. Wird eine Ersatzbeschaffung ernstlich geplant, so sind die Grundsätze des Abschnitts 35 EStR entsprechend anzuwenden. Die Billigkeitsregelung erstreckt sich nicht auf den durch den freiwilligen Waldtausch für den Grund und Boden verwirklichten Veräußerungsgewinn.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den Finanzministern (-senatoren) der anderen Länder.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur einkommensteuerlichen Behandlung des freiwilligen Waldtausches vgl. auch das Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 16.4.1984 — Az.: 31 a S 2232 — 13/3 — 22225 sowie der OFD München vom 4.5.1984 — Az.: S 2232 — 7 St 21 — abgedruckt in MittBayNot 1984, 159.

2. Grunderwerbsteuer; hier: Bemessung der Gegenleistung beim Erwerb im Rahmen sog. Bauherrenmodelle

Zum FMS vom 9.8.1983 37 — S 4509 — 73/67 — 45 740
[= MittBayNot 1983, 200] und 23.1.1984 37 — S 4521 —
29/12 — 1500 [= MittBayNot 1984, 57]

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen
vom 1.10.1985 — Az.: 37 — S 4509 - 1/19 — 51471 — sowie
der OFD München vom 11.10.1985 — Az.: 43/2 St 332 —

In einem beim Finanzgericht Düsseldorf geführten Rechtsstreit ging es um die Frage, ob auf die Gegenleistung für die Errichtung eines Gebäudes Grunderwerbsteuer erhoben

werden darf. Das Finanzgericht hält es für denkbar, daß es mit dem Harmonisierungszweck der 6. EG-Richtlinie nicht vereinbar ist, die nach Gemeinschaftsrecht mehrwertsteuerbaren Umsätze zusätzlich mit Grunderwerbsteuer zu belasten. Wegen seiner Zweifel hat das FG Düsseldorf durch Beschluß vom 17. Dezember 1984 — III 280 — 281/83 GE — das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung die beiden folgenden Fragen vorgelegt:

1. Sind Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die im Rahmen einer von einem Initiator angebotenen, auf Errichtung eines Gebäudes gerichteten „Bündelung“ von Werk- und Dienstleistungsverträgen und einem Grundstückskaufvertrag („Bauherrenmodell“) erbracht worden, zusammen mit dem von einem anderen Unternehmer getätigten Grundstücksumsatz eine einheitliche „Lieferung von Gebäuden oder Gebäudeteilen und dem dazugehörigen Grund und Boden“ i. S. d. Art. 13 Teil B Buchst. g), Art. 28 Abs. 3 Buchst. b) i. V. mit Anhang F Nr. 16 der 6. Richtlinie des Rates zur Harmonisierung der Umsatzsteuern vom 17. Mai 1977 (77/388/EWG), oder unterliegen diese Lieferungen und Dienstleistungen ausschließlich des Grundstücksumsatzes der Mehrwertsteuer nach Art. 2 Nr. 1 der 6. Richtlinie?

Sofern nach Art. 2 Nr. 1 der 6. Richtlinie die Mehrwertsteuer zu erheben ist:

Enthält das Gemeinschaftsrecht ein Verbot der Doppelbesteuerung des Inhalts, daß die nämliche Lieferung von Gegenständen bzw. Dienstleistungen nicht zusätzlich mit einer weiteren Verkehrsteuer (hier: mit der deutschen Grunderwerbsteuer) belegt werden darf?

Abweichend von dem Beschluß des FG Düsseldorf haben sowohl das FG München (Beschluß vom 19. März 1985 — IV 2/85 — Aus GRE) wie auch das FG Rheinland-Pfalz (Beschluß vom 13. März 1985 — 4 V 24/84) in vergleichbaren Fällen Anträge auf Aussetzung der Vollziehung abgelehnt. Dabei hat das FG Rheinland-Pfalz zu dem Vorlagebeschluß des FG Düsseldorf an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Auffassung vertreten, daß dieser keine Veranlassung gäbe, die Vollziehung des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheides auszusetzen. Das FG Düsseldorf wende eine umsatzsteuerliche Befreiungsvorschrift (§ 4 Nr. 9 a UStG) unter Bezugnahme auf die Verwaltungsmeinung gleichsam anspruchsbegrenzend auf dem Gebiet der Grunderwerbsteuer an, obwohl insoweit die umsatzsteuerrechtliche Frage höchstrichterlich noch nicht geklärt sei.

Ich bitte deshalb, Anträge auf Aussetzung der Vollziehung, die sich auf den genannten Vorlagebeschluß des FG Düsseldorf beziehen, abzulehnen. Im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu den sogenannten Bauherrenmodellen bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Grunderwerbsteuerbescheiden, die sich auf diese Rechtsprechung gründen. Die Steuer ist daher entsprechend den bisherigen Verwaltungsanweisungen festzusetzen. Es bestehen jedoch keine Bedenken dagegen, die Entscheidung über eingelegte Einsprüche mit Zustimmung der Beteiligten bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft nach § 363 Abs. 2 AO ruhen zu lassen.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Finanzen und den obersten Finanzbehörden der Länder.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zu der im vorstehenden Rundschreiben behandelten Frage, ob beim Erwerb im Bauherrenmodell neben der Umsatzsteuer für einzelne Teilleistungen auch die volle Grunderwerbsteuer erhoben werden kann, hat der BFH mit Beschluß vom 18.9.1985 II B 24 — 29/85 —, abgedruckt in diesem Heft S. 273, Stellung genommen. Der BFH hält danach eine Doppelbesteuerung für zulässig.

**3. Grunderwerbsteuer;
hier: Abgabe von Veräußerungsanzeigen (§ 18 GrEStG)
und Erteilung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen
(§ 22 GrEStG) beim Erwerb von Miteigentumsanteilen**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 8.10.1985 Az.: 37 — S 4540 — 3/36 — 59288

Ein Finanzamt hatte verlangt, daß beim Erwerb von Miteigentumsanteilen in einer Urkunde so viele Veräußerungsanzeigen erstattet werden müssen wie Erwerber vorhanden sind. Eine Ausnahme könne aus Vereinfachungsgründen nur beim gemeinschaftlichen Erwerb eines Miteigentumsanteils durch Ehegatten gemacht werden.

Der betroffene Notar war der Auffassung, daß ein solches Verlangen nicht auf § 18 GrEStG gestützt werden könne. Es genüge eine Veräußerungsanzeige. Auf eine entsprechende Anfrage der Landesnotarkammer Bayern hat das Bayerische Staatsministerium der Finanzen wie folgt geantwortet:

Nach § 18 Abs. 1 GrEStG haben Gerichte, Behörden und Notare dem zuständigen Finanzamt Anzeige nach amtlich vorgeschriebenem Vordruck über bestimmte Vorgänge zu erteilen und der Anzeige eine Abschrift der Urkunde über den Vorgang beizufügen. Es ist geltend gemacht worden, daß der Aufwand der mitteilungspflichtigen Stellen gering gehalten und deshalb zugelassen werden sollte, daß nur eine Anzeige auch in den Fällen zu erteilen ist, in denen Miteigentumsanteile erworben werden,

Nach Auffassung der obersten Finanzbehörden der Länder bestehen keine Bedenken, in den genannten Fällen auf eine Vielzahl von Anzeigen zu verzichten, da die Einzelheiten jeweils aus der beigefügten Urkundenabschrift ersichtlich sind.

4. Mobilitätshilfe für Auszubildende

Das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung hat mitgeteilt, daß Jugendlichen, die noch einen Ausbildungsplatz suchen, unter bestimmten Voraussetzungen eine Mobilitätshilfe gewährt werden kann.

Voraussetzung für die Gewährung ist unter anderem, daß

- a) in der Zeit vom 1.10.85 bis zum 31.8.86 ein Ausbildungsvertrag abgeschlossen wird und in diesem Zeitraum die Ausbildung beginnt,
- b) der Auszubildende notwendigerweise auswärts untergebracht ist.

Über die weiteren Grundsätze und Voraussetzungen für die Gewährung der Mobilitätshilfe können bei der Notarkasse Unterlagen angefordert werden, ebenso die Antragsformulare.

**5. Veranstaltungshinweis;
hier: Colloquium zwischen Universitäten und Notariat
am 4. Februar 1986 in Paris**

Am Dienstag, dem 4. Februar 1986, veranstaltet das Internationale Institut für die Geschichte des Notariats, Paris, gemeinsam mit dem Conseil Supérieur du Notariat in den Räumen des französischen Senats, Paris VI, rue de Vaugirard ein Colloquium zwischen Universitäten und Notariat, zu dessen Teilnahme auch die deutschen Kollegen eingeladen sind.

Thema des Colloquiums ist die Beteiligung des Notariats an der Entwicklung der Wissenschaften (Recht, Ökonomie und Soziologie). Die Leitung des Colloquiums hat M. Jean Favier vom Institut Français, Generaldirektor der Archive von Frankreich.

An der Teilnahme interessierte Kollegen wenden sich an das Institut International d' Histoire du Notariat, 31, rue du Général Foy, F 7 50 80 Paris. Die Teilnahmeunterlagen werden dann übersandt.

V. Standesnachrichten

A. Personaländerungen

1. *Entlassung aus dem Amt:*
Mit Wirkung ab 28.2.1986:
Notar Dr. Michael Bohrer, Monheim, Geschäftsführer der Bundesnotarkammer, Köln

2. *Es wurden verliehen:*
Mit Wirkung ab 16.11.1985:
Fürth dem Notar
Kilian Angermeier,
bisher in Aub

- Mit Wirkung ab 1.12.1985:
München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Dr. Dieter Beckhoff,
Graf zu Castell) bisher in Garmisch-Parten-
kirchen

- München dem Notar
(in Sozietät mit Notar Helmut Flesch,
Hofmiller) bisher in Landsberg/Lech

- München dem Notar
(neue Notarstelle Wilhelm Hofmiller,
in Sozietät mit Notar bisher in Augsburg
Flesch)

- Vilseck dem Notarassessor
Dr. Rüdiger Behmer,
bisher in München
(Notarstelle Dr. Lichtenberger)

- Münnerstadt dem Notarassessor
Dieter Müller-Dohle,
bisher in München
(Notarstelle Zöllner)

- Wörth a. d. Donau dem Notarassessor
Martin Eicher,
bisher in München
(Notarstelle Dr. Hüttinger)

3. *Neuerannte Assessoren*
Mit Wirkung ab 1.12.1985:
Dr. Werner Sommerhäuser, Neumarkt/Opf. (Notarstelle Hörndler)
Johann Thalhammer, München (Notarstelle Dr. Keim)
Dr. Rolf-Peter Weinberger, Ebersberg (Notarstelle Stühler)

- Mit Wirkung ab 1.1.1986:
Dr. Georg Graf, Kempten (Notarstelle Ertl)
Helmut Kopp, Weiden (Notarstelle Dr. Stecher)
Dr. Herbert Grziwotz, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Rapp)
Bernd Wegmann, Aichach (Notarstelle Diez)

4. *Versetzungen und sonstige Veränderungen:*
Notarassessor Günter Schenckel, Landstuhl (Notarstelle Herb), ab 1.1.1986 in Pirmasens (Notarstelle Dr. Fried)
Notarassessor Erhard Pauker, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Rapp), ab 28.11.1985 in München (Notarstelle Dr. Hüttinger)

Notarassessor Ludwig Thiede, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Reithmann), ab 16.11.1985 in München (Notarstelle Kader)

B. Stellenausschreibung

Nachstehend aufgeführte Notare haben um die Ausschreibung offener Regelstellen gebeten:

| | |
|-----------------------------|------------------|
| Dr. Schmied | Arnstein |
| Dr. Korschan/Dr. Jerschke | Augsburg |
| Dr. Gerstner/Kuhn | Coburg |
| Dr. Gößl/Dr. Höchtl | Deggendorf |
| Dr. Wich/Zetzl | Ebersberg |
| Dr. Vocke | Eichstätt |
| Zöbelein | Fürstenfeldbruck |
| Schirmer/Dr. Gerlach | Füssen |
| Dubon/Kellner | Immenstadt |
| Dr. Gastroph | Ingolstadt |
| Dr. Eiswirth/Pfeiffer | Kandel |
| Dr. Pohl/Dr. Reiner | Kaufbeuren |
| Dr. Adler | Lauingen |
| Dr. Fischer/Ulsenheimer | Miesbach |
| Dr. Schulte | Landstuhl |
| Dr. Beck/Scholz | München |
| Dr. Fauvet | München |
| Kader/Höfling | München |
| Pölsterl/Dr. Asam | München |
| Dr. Reinl/Zöllner | München |
| Dr. Thalhofer/Jungsberger | München |
| Dr. Erhardt/Pilhofer | Nürnberg |
| Dr. Latinak/Regler | Nürnberg |
| Volland | Nürnberg |
| Frhr. v. Steinaecker | Oberviechtach |
| Dr. Huber | Ottobeuren |
| Dr. Bleutge/Saalfeld | Pfaffenhofen |
| Dr. Düwel/Dr. Ohler | Rosenheim |
| Krause/Schiebel | Rosenheim |
| Niebler/Dr. Weber | Rosenheim |
| Dr. Rapp/Thumerer | Schwabmünchen |
| Dr. Gäbhard/Dr. Kastenbauer | Starnberg |
| Dr. Ullrich | Traunstein |
| Elstner | Türkheim |
| Dr. Kutter | Vohenstrauß |
| Dietrich | Würzburg |
| Dr. Sell/Öchsner | Würzburg |

Die Bewerbungen sind an die Notarkasse, Ottostraße 10, 8000 München 2, zu richten. Die Notarkasse wird bei Eingang von Bewerbungen prüfen, an welche Notarstelle in ihrem Tätigkeitsbereich eine Versetzung bzw. Übernahme vorgenommen wird.

C. Sonstiges

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Landstuhl (Notarstelle Dr. Schulte) jetzt: Kaiserstraße 42
Bischofsheim (Notarstelle Koch) jetzt: Kirchplatz 5