

# Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 1

MittBayNot

Januar/Februar 1993

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

### 150 Jahre Entscheidungssammlungen des obersten Gerichts für Zivilsachen in Bayern\*

von *Johann Demharter*, Richter am Bayer. Obersten Landesgericht, München

#### 1. Geschichtliche Entwicklung des obersten Landesgerichts

Das Bayer. Oberste Landesgericht sieht seinen ersten Vorgänger in dem von Kurfürst Maximilian I. am 17. 4. 1625 gegründeten obersten Gerichtshof für Bayern. Dieser wurde im Hinblick auf seine Eigenschaft als Revisionsinstanz „Revisorium“ genannt und trat in Bayern an die Stelle des Reichskammergerichts. Die Aufgaben des Revisoriums wurden zunächst von dem Geheimen Rat, der höchsten Behörde des Landes wahrgenommen. Sodann wurde im Jahr 1645 innerhalb des Geheimen Rats ein besonderer Revisionsrat gebildet und mit den Aufgaben der Rechtsprechung betraut; diese wurde damit auch organisatorisch von der Verwaltung getrennt. In den Hofratsordnungen aus den Jahren 1750 und 1779 wurden nähere Bestimmungen über den Revisionsrat getroffen. Im Jahr 1809 wurde das Oberappellationsgericht als oberstes Gericht Bayerns errichtet. Es trat an die Stelle des Revisoriums, dessen Aufgaben bereits seit dem Jahr 1802 von drei Obersten Justizstellen wahrgenommen worden waren. Seit dem Jahr 1879 schließlich besteht mit einer kurzen Unterbrechung in den Jahren 1935 bis 1948 das Bayer. Oberste Landesgericht als die höchste Gerichtsstanz für Zivilsachen in Bayern.

Die herausragende Bedeutung des Bayer. Obersten Landesgerichts besteht heute darin, daß es in streitigen Verfahren, soweit es bei der Entscheidung im wesentlichen auf Rechtsnormen ankommt, die in bayerischen Landesgesetzen enthalten sind, über Revisionen gegen Urteile der Oberlandesgerichte anstelle des Bundesgerichtshofs entscheidet; insoweit steht es gleichwertig an dessen Seite. Von der Zahl her spielen jedoch die Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts als Rechtsbeschwerdegericht auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit die größere Rolle.

\* Überarbeiteter Auszug eines Beitrags zu dem demnächst erscheinenden Buch mit dem Titel „Bayerisches Oberstes Landesgericht — Geschichte und Gegenwart“.

Soweit es sich dabei um Grundbuchsachen handelt, wird das Gericht auf einem Rechtsgebiet tätig, das in besonderem Maße auch zum Aufgabenbereich der Notare gehört. In nahezu allen beim Bayer. Obersten Landesgericht anhängig werdenden Grundbuchsachen werden die Beteiligten von einem Notar vertreten. Eine Rechtsfortbildung durch Entscheidungen des Obersten Landesgerichts setzt voraus, daß das Gericht im Rechtsmittelweg angerufen wird. Dabei kommt den Notaren eine Schlüsselstellung zu.

Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts, vor dem des Oberappellationsgerichts in zivilrechtlichen Angelegenheiten, werden seit nunmehr 150 Jahren in einer Sammlung zusammengefaßt. Mit ihr werden die Gerichte über die Rechtsprechung des obersten Landesgerichts unterrichtet, die Entscheidungen des Gerichts darüber hinaus aber auch einer interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

#### 2. Sammlung der Plenarbeschlüsse und Entscheidungen in Kompetenzkonflikten

Die älteste Sammlung von Entscheidungen des Oberappellationsgerichts ist die erstmals im Jahr 1843 erschienene „Sammlung sämtlicher Plenar-Beschlüsse des Oberappellationsgerichts des Königreichs Bayern in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“. In früherer Zeit sind Entscheidungen des Hof- und Revisionsrats in handschriftlichen Sammlungen zusammengefaßt worden sowie in der ersten gedruckten Sammlung von Ferdinand Ernst Zeller vom Ende des 17. Jahrhunderts. Herausgeber der Sammlung sämtlicher Plenar-Beschlüsse ist der Appellationsgerichtsrat zu Neuburg Dr. H. A. Moritz, der in seinem Vorwort vom 21. 1. 1843 den Wunsch äußert, mit der Sammlung die Rechtssicherheit und Rechtseinheit zu befördern und dadurch seinem Vaterland einen nicht unnützlichen Dienst zu leisten.

Grundlage der Plenarbeschlüsse ist das „Gesetz über die Verhütung ungleichförmiger Erkenntnisse bey dem obersten

Gerichtshofe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ vom 17. 11. 1837, kurz Präjudicien-Gesetz genannt. Auslöser für die Schaffung dieses Gesetzes war die häufig geführte Klage darüber, daß früher getroffene Entscheidungen des höchsten Gerichts von diesem selbst nicht gehörig beachtet wurden. Als großer Mißstand im Hinblick auf Rechtseinheit und Rechtssicherheit wurde es erachtet, daß „bey vorhandenen ganz gleichen Thatverhältnissen heute das als Unrecht erkannt wird, was gestern als Recht erkannt worden ist“. Die Folge war eine steigende Zahl von Rechtsmitteln und eine Erschütterung des Vertrauens in den obersten Gerichtshof. Widersprüchliche Entscheidungen oberer Gerichte scheinen seinerzeit ein weitverbreitetes Übel gewesen zu sein. Als Ursache wurden die Bildung mehrerer Spruchkörper und der Umstand ausgemacht, daß manche Richter „ihre Überzeugung durch die zum Beschluß erhobenen Meinungen ihrer Collegen nicht binden zu lassen, vielmehr . . . nur nach den Gesetzen zu richten, und diese nur in Übereinstimmung mit ihrer subjektiven Ansicht anwenden zu müssen glauben“. Diesen kritischen Ausführungen in den Motiven zu dem Gesetz folgt sogleich ein eindeutiges Bekenntnis zur Unabhängigkeit der allein an das Gesetz gebundenen Richter, aber auch die Erkenntnis, es könne unmöglich rechtens sein, daß dann, wenn bei fehlendem oder nicht eindeutigem Gesetz eine zweifelhafte Rechtsfrage von einem Gericht beantwortet sei, „dieselbe Rechtsfrage von demselben Tribunal in entgegengesetzter Weise entschieden werde“.

Das Präjudicien-Gesetz sah daher vor, daß eine Rechtsfrage, die in der Vergangenheit widersprüchlich entschieden worden war oder die abweichend von einer einheitlichen Rechtsprechung entschieden werden sollte, der Plenarversammlung des obersten Gerichtshofs zur Entscheidung vorzulegen war. Der Plenarbeschluß hatte auch für künftig völlig gleichartige Fälle die Natur eines Präjudizes im Sinn des im Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756 niedergelegten Bayerischen Landrechts. Nach der maßgebenden Bestimmung haben die Entscheidungen des obersten Gerichts zwar nicht Gesetzeskraft, „dienen aber in zweifelhaften gleichen Fällen zur Usualinterpretation und ist mithin auch alle Contrarietät zu vermeiden“. Der Gesetzgeber des Präjudicien-Gesetzes hat nicht verkannt, daß es häufig schwierig ist festzustellen, ob eine zu entscheidende Sache nach den tatsächlichen Verhältnissen einem bereits früher obergerichtlich entschiedenen Fall gleicht. In den Gesetzesmotiven wird daher unter Hinweis auf die Anmerkungen des Freiherrn von Kreittmayr bei der Anwendung früherer oberstrichterlicher Urteile auf zu entscheidende Fälle zu großer Vorsicht ermahnt, „damit man nicht über die Scheibe hinaus-schieße, indem der allergeringste Umstand den casum mutirt, und sich selten zwey casus so, wie ein paar Ey einander gleichen“.

Eine dem Präjudicien-Gesetz vergleichbare Regelung enthalten heute die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Bildung und Zuständigkeit der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate beim Bundesgerichtshof, die für das Bayer. Oberste Landesgericht entsprechend anzuwenden sind.

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 28. 5. 1850, Kompetenz-Konflikte betreffend, wurden in die Sammlung auch Erkenntnisse des obersten Gerichtshofs über Kompetenzkonflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden, zwischen Gerichten in den Landesteilen diesseits des Rheins und zwischen Gerichten der Landesteile diesseits des

Rheins und Gerichten der Pfalz aufgenommen. Über Kompetenzkonflikte wurde durch einen Senat des obersten Gerichtshofs des Königreichs entschieden. Dieser hatte „aus einem Vorstande und drei Räten des obersten Gerichtshofes, dann aus drei Verwaltungsbeamten, zu bestehen“. Die Richter des obersten Gerichtshofs und ihre Stellvertreter wurden in einer Plenarversammlung des Gerichtshofs für drei Jahre gewählt, die Verwaltungsbeamten und ihre Stellvertreter wurden vom König für den gleichen Zeitraum bestimmt. Das Gesetz vom Jahr 1850 wurde durch das Gesetz vom 18. 8. 1879, die Entscheidung der Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder dem Verwaltungsgerichtshof betreffend ersetzt. Der danach gebildete Gerichtshof für Kompetenzkonflikte wurde dem im selben Jahr errichteten Obersten Landesgericht angegliedert.

Die Sammlung umfaßt insgesamt fünf Bände. Schon ab dem im Jahr 1859 erschienenen zweiten Band trug sie die Bezeichnung „Sammlung der oberstrichterlichen Plenar-Beschlüsse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und der Erkenntnisse über Kompetenz-Konflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden“. Mit der Errichtung des Obersten Landesgerichts für Bayern im Jahr 1879 wurde die Sammlung eingestellt; der letzte Band ist im Jahr 1880 erschienen. Den insgesamt knapp 70 in die Sammlung aufgenommenen Plenarbeschlüssen, der letzte Beschluß datiert vom 23. 10. 1865, steht eine ungleich größere Zahl von annähernd 500 Erkenntnissen gegenüber, die einen Zuständigkeitsstreit beilegen.

Bei den dem obersten Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegten Zuständigkeitsstreitigkeiten ging es ganz überwiegend darum, die Zuständigkeit der Gerichte und der Verwaltungsbehörden gegeneinander abzugrenzen. Bei den Plenarbeschlüssen stand das Verfahrensrecht im Vordergrund; Gegenstand vieler Entscheidungen war die Klärung von Rechtsfragen bei der Anwendung der Bayerischen Gerichtsordnung, niedergelegt im Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753, einschließlich der Gesetze von 1819 und 1837, „einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betreffend“. Die Bayerische Gerichtsordnung war bis zum Inkrafttreten der Bayerischen Civilprozeßordnung von 1869 maßgebend, die ihrerseits schon nach wenigen Jahren durch die Reichs-Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 abgelöst wurde, die — allerdings mit zahlreichen Änderungen — noch heute gilt.

Durch Plenarbeschluß vom 16. 4. 1845 (Band I Seite 178) hat das Oberappellationsgericht befunden, daß einem Richter „gegen den Beschluß, wodurch einem von der Partei gegen ihn gestellten Perhorreszenz-Gesuche statt gegeben wird, eine auf Verwerfung dieses Gesuches gerichtete Beschwerde“ zustehe. Begründet wurde diese dem heutigen Rechtsverständnis nicht mehr entsprechende Entscheidung damit, daß durch die Ablehnung des Richters „ein Vorkommnis beurkundet wird, welches der Ehre und anderen begründeten Interessen desselben sehr leicht zu nahe treten kann“ und der Richter in einer Beschwerde „die beste Rechtfertigung seines bisherigen Verfahrens zu suchen und zu finden vermag“.

In dem Erkenntnis des obersten Gerichtshofs vom 11. 7. 1853 (Band I Seite 586) ging es um einen Zuständigkeitsstreit zwischen der Regierung von Oberfranken und dem Appellationsgericht von Mittelfranken, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Nach der Brandversicherungsordnung von 1811 waren den Landgerichten als Distriktpolizei-behörden

die Geschäfte der allgemeinen Brandversicherungsanstalt unter der Aufsicht und Leitung der obersten Kreisverwaltungsstellen und des Staatsministeriums des Innern übertragen, und zwar in der Art, daß „die Behörden und amtlichen Personen, welchen die Geschäfte und Gelder der Anstalt anvertraut sind, hierfür ebenso haften, wie für alle anderen öffentlichen Dienst-Geschäfte und Gelder“. Bei seinem Abgang von der Landrichterstelle zu Münchberg auf die zu Heidenheim hatte der Landrichter Regelsberger die „Brandassekuranzcasse“ übergeben. Nachträglich stellte sich ein Fehlbetrag von 916 fl. 5 kr. heraus. Der Verdacht der Fälschung der Abrechnung und der Aneignung des fehlenden Geldbetrages „fiel auf den Scribenten Dietsch, welcher auch, als der Defekt aufgedeckt wurde, sich das Leben nahm“.

Gleichwohl wurde der Landrichter von der Regierung von Oberfranken zum Ersatz des Fehlbetrages „für verbunden erklärt“. Daraufhin erhob dieser beim Kreis- und Stadtgericht Ansbach gegen die Regierung Klage mit dem Antrag, „daß Provoocat wegen der fraglichen 916 fl. 5 kr. Klage zu erheben habe, widrigenfalls ihm ewiges Stillschweigen auferlegt werde“.

Weil sowohl das Kreis- und Stadtgericht Ansbach als auch das Appellationsgericht von Mittelfranken die Zuständigkeit der Gerichte verneinten, wurde der Gerichtshof für Kompetenzkonflikte angerufen, der ebenfalls die Gerichte nicht für zuständig erachtete. Begründet wurde dies damit, daß die dem Landrichter im Zusammenhang mit der Brandversicherungsanstalt obliegenden Geschäfte in seinen Wirkungskreis als Verwaltungsbeamter des Staates fielen und „die Frage, ob durch Vernachlässigung administrativer Normen oder der Dienstvorschriften geschadet wurde, kein Gegenstand der civilrechtlichen Cognition“ sei, vielmehr von der Disziplinarbehörde geprüft und beantwortet werden müsse. Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, eine Teilung der Funktionen der Disziplinarbehörde und des Zivilrichters dergestalt, daß der Zivilrichter aus den Ergebnissen der Disziplinaruntersuchung lediglich die den Beamten treffenden Folgen abzuleiten habe, sei aus den bestehenden Gesetzen und Verordnungen ebensowenig herzuleiten, wie eine Unterordnung der Disziplinarbehörde unter den Zivilrichter.

Gegenstand eines anderen Zuständigkeitsstreits war eine Klage aus dem Jahr 1867, mit der ein Grundstückseigentümer den Fiskus mit der Begründung wegen Eigentumsbeschädigung in Anspruch nahm, durch den Bau der Eisenbahnstrecke von Augsburg nach Neu-Ulm (Maximiliansbahn) sei der natürliche Ablauf des Quellen-, Regen- und Altwassers, das früher in die Donau abgeflossen sei, wegen eines unzureichenden Durchlasses gehemmt, so daß die Grundstücke des Klägers immer mehr versumpften. Die Regierung von Schwaben und Neuburg bestritt gegenüber dem angerufenen Bezirksgericht Augsburg die Zuständigkeit der Gerichte, weil es sich um Anlagen innerhalb des Überschwemmungsgebiets eines öffentlichen Flusses handle. Der oberste Gerichtshof erkannte am 15. 3. 1869 (Band IV Seite 373) „im Namen Seiner Majestät des Königs von Bayern“, daß in dieser Sache die Gerichte zuständig seien. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Streit „zwischen dem Beschädigten und dem angeblichen Beschädigten gehört präsumtive an die Gerichte, da es sich um Beschädigung von Privateigentum durch ungerechtfertigte Handlungen, beziehungsweise Unterlassungen des k. Fiskus bei Führung seiner Eisenbahnbauten handelt, und derselbe als Inbegriff des mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten

Staatsvermögens in streitigen Privatrechtsverhältnissen bei den Gerichten Recht zu nehmen verbunden ist“.

Diese wenigen willkürlich herausgegriffenen Beispiele sollen einen Teil der Rechtsprechungstätigkeit des Oberappellationsgerichts schlaglichtartig beleuchten.

### 3. Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Bayern

Im Jahr 1872 wurde der erste Band der „Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses“ herausgegeben. Mit der Errichtung des Obersten Landesgerichts im Jahr 1879 sind ab dem achten Band dessen Entscheidungen Gegenstand der Sammlung. Diese besteht aus insgesamt 17 Bänden.

Der letzte im Jahr 1900 erschienene Band endet mit dem Urteil vom 27. 12. 1899, das unmittelbar vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch auf der Grundlage des Gemeinen Rechts ergangen ist.

Die erste in die Sammlung aufgenommene Entscheidung ist das Urteil des obersten Gerichtshofs vom 15. 11. 1870. In der Entscheidung ging es darum, wem das Fischereirecht in der Traun im Bereich der Altenmarkter Auen vom Schloßweberhäuschen bei Stein bis zum Einfluß der Traun in die Alz zusteht. Die Altenmarkter Auen waren im Zuge der Säkularisation im Jahr 1803 vom Kloster Baumburg auf den bayerischen Staat übergegangen, der im Jahr 1863 mehrere Strecken der Auen ohne Nennung eines Fischereirechts in der Traun verkaufte. Mit seiner Klage vom 12. 5. 1869 nahm der Käufer das Fischereirecht mit der Behauptung für sich in Anspruch, daß es „Pertinenz der Altenmarkter Auen infolge unvordenklicher Verjährung und jedenfalls uralten Herkommens sei“. Das Bezirksgericht Traunstein und das Appellationsgericht von Oberbayern als Berufungsgericht verurteilten den Fiskus „das Fischereirecht des Klägers anzuerkennen und sich jeder Störung desselben zu enthalten“. Die „Oberberufung“ hiergegen hat der oberste Gerichtshof unter Anwendung des Bayerischen Landrechts mit der Begründung zurückgewiesen, „daß auch, falls die Fischerei in der Traun als selbständiges Recht des Klosters existierte, dasselbe zur Zeit, da das Kloster das Eigentum an dem treffenden Grund und Boden erwarb, durch Konsolidation aufhörte und der k. Fiskus dieses Recht nur in dieser konsolidirten Form erworben und nach den Vertragsbestimmungen bei dem Mangel eines Vorbehalts auch auf den Kläger übertragen habe“.

Daß Richter den Gerichtsherrn, der zugleich ihr Dienstherr ist und sie alimentiert, als Prozeßpartei nicht anders behandeln als jeden Bürger, mag heute von niemandem ernsthaft bezweifelt, vielmehr als selbstverständlich angesehen werden. Wie das im Jahr 1869 anhängig gewordene Verfahren zeigt, stand dies auch schon in früherer Zeit nicht in Frage. Bemerkenswert ist auch die kurze Dauer des Verfahrens. Von der Rechtshängigkeit bis zur Rechtskraft durch das im dritten Rechtszug erlassene Urteil des obersten Gerichtshofes sind gerade 18 Monate vergangen. Wie Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts aus der jüngsten Zeit zeigen, wird heute wie damals darum gestritten, wem ein Fischereirecht zusteht<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Beschlüsse vom 1. 8. und 12. 9. 1991 BayObLGZ 1991, 291 und 334 = MittBayNot 1992, 132 und 134.

#### 4. Sammlung der Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts

Nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 wurde die „Sammlung der Entscheidungen des Bayer. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen“ mit dem ersten, im Jahr 1901 erschienenen Band aufgelegt. Die Sammlung wurde in 34 Bänden bis zum Jahr 1934 fortgeführt und endet mit der Aufhebung des Bayer. Obersten Landesgerichts im Jahr 1935. In die Sammlung wurden auch Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs und in einem Anhang die Entscheidungen des Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte aufgenommen. Seit der Wiedererrichtung des Bayer. Obersten Landesgerichts im Jahr 1948 erscheint die Sammlung, deren Herausgabe seit mehreren Jahren mir obliegt, als „Neue Folge“ unter dem Kürzel „BayOblGZ“. Die Entscheidungen der Jahre 1948 bis 1951 sind in einem Band zusammengefaßt. Seitdem erscheint jedes Jahr ein Band. In ihm werden alle wichtigen Entscheidungen des Gerichts in dem betreffenden Jahr zusammengefaßt. Die sogenannte Amtliche Sammlung gibt damit einen Überblick über die vielfältigen Zuständigkeiten sowie den Umfang und die Bedeutung der Rechtsprechung des höchsten bayerischen Gerichts in Zivilsachen.

Die Rechtsprechung des Bayer. Obersten Landesgerichts aus der jüngsten Zeit sowie ihre Entwicklung und Auswirkungen sollen an einem Beispiel aus einem Rechtsgebiet dargestellt werden, das in der täglichen Arbeit der Notare von großer Bedeutung ist:

Es besteht ein Bedürfnis, die Nutzung von Gebäuden auf einem Grundstück nur für bestimmte Zwecke sicherzustellen, insbesondere als Sozialwohnungen oder Wohnungen für Angehörige des öffentlichen Dienstes oder als Austragshaus. Zur Durchsetzung bietet sich eine sogenannte Unterlassungsdienstbarkeit an, durch die dem Grundstückseigentümer untersagt wird, auf dem Grundstück vorhandenen Wohnraum wie sonst kraft seines Eigentums nach Belieben zu nutzen. Gegenstand der Unterlassungsdienstbarkeit kann jedoch nur eine Beschränkung des Eigentümers in seiner tatsächlichen Herrschaftsmacht sein; daß der Eigentümer daneben auch noch in seiner rechtlichen Verfügungsfreiheit beschränkt ist, schadet allerdings nicht. Die Beschränkung muß also eine andere tatsächliche Art der Nutzung zur Folge haben.

Im Jahr 1980 hat der 2. Zivilsenat des Bayer. Obersten Landesgerichts eine Dienstbarkeit des Inhalts, daß dem Eigentümer verboten ist, ein Wohnhaus durch andere Personen als den Inhaber eines bestimmten landwirtschaftlichen Betriebs sowie dessen Familien- und Betriebsangehörige zu Wohnzwecken zu nutzen, als unzulässig erachtet. In der tatsächlichen Art der Benutzung des Gebäudes auf dem Grundstück zu Wohnzwecken ändere sich nichts dadurch, daß es nicht von dem beschriebenen Personenkreis, sondern von einem Dritten bewohnt werde. Die Zulässigkeit einer Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbelegungsrechts hat der Senat offengelassen<sup>2</sup>.

Im Jahr 1982 hat das Gericht sodann entschieden, eine Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts des Inhalts sei zulässig, daß der Eigentümer die auf dem Grundstück errichteten Wohnungen nur solchen Personen überlassen darf, die von dem Berechtigten benannt werden. Eine Dienstbarkeit in der Form eines Belegungsrechts sei möglicherweise schon gewohnheitsrechtlich anzuerkennen, jedenfalls aber in ständiger Rechtsprechung für

<sup>2</sup> Beschluß vom 31.7.1980 BayOblGZ 1980, 232 = MittBayNot 1980, 201.

zulässig erachtet worden; das Wohnungsbesetzungsrecht stehe in engem Zusammenhang mit der Finanzierung von Wohnungen — insbesondere durch die öffentliche Hand — für bestimmte Personengruppen; für die erforderliche dingliche Sicherung des mit der Finanzierung verfolgten Zwecks stehe außer einer Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts keine Alternative zur Verfügung<sup>3</sup>.

Auf dieser Rechtsprechung aufbauend hat das Bayer. Oberste Landesgericht im Jahr 1989 entschieden, daß gegen eine allgemeine Zulassung von Dienstbarkeiten in der Form von Wohnungsbesetzungsrechten keine Bedenken bestehen, also nicht Voraussetzung ist, daß ein bestimmter Zweck, wie die Finanzierung von preisgünstigem Wohnraum verfolgt werde, zumal dieser Zweck nicht Inhalt des dinglichen Rechts werde. In dem entschiedenen Fall ging es um die Erhaltung eines unter den privilegierten Voraussetzungen des Baugesetzbuchs errichteten Austragshauses. Als zulässiger Inhalt der Dienstbarkeit wurde anerkannt, daß der Wohnraum nur von Personen genutzt werden darf, die von dem jeweiligen Eigentümer des Hofgrundstücks mit Zustimmung des Freistaats Bayern bestimmt werden, wobei die Zustimmung für Personen als erteilt gilt, die entweder ehemalige Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs waren oder hauptberuflich im landwirtschaftlichen Betrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbständigen und wirtschaftlich von ihm abhängigen Familienangehörigen zählen<sup>4</sup>.

Trotz der bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Möglichkeiten wurde das Rechtsschutzbedürfnis für eine Sicherung durch eine Dienstbarkeit bejaht, die auch zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen eingesetzt werden könne. Abgeschlossen wurde die Rechtsprechung vorläufig durch die Entscheidung vom 9.8.1989<sup>5</sup>, die eine Einschränkung dahingehend nicht zuließ, daß der Wohnraum nur von Personen genutzt werden darf, die von dem Grundstückseigentümer mit Zustimmung des Freistaats Bayern „im Rahmen der Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Betriebs“ bestimmt werden. Abgesehen von der fehlenden Bestimmtheit scheiterte der Eintragungsantrag daran, daß Gegenstand der Dienstbarkeit nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthielt. Unterschieden werde nämlich zwischen einer Nutzung zu Wohnzwecken im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs oder einer sonstigen Nutzung zu Wohnzwecken; damit werde nicht auf eine unterschiedliche Art der Nutzung abgestellt. Der Senat hat es als entscheidend angesehen, daß dem Berechtigten kein generelles, nicht an persönliche Unterscheidungsmerkmale gebundenes Besetzungsrecht eingeräumt werden sollte.

Mit seiner Rechtsprechung zum Wohnungsbesetzungsrecht und den Austragshausdienstbarkeiten hat das Bayer. Oberste Landesgericht einen Weg gewiesen, wie die angestrebte dingliche Sicherung erreicht werden kann. Damit hat es über den Zuständigkeitsbereich des Gerichts hinaus auf einem wichtigen Rechtsgebiet Rechtssicherheit hergestellt. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung ist in der Entscheidungssammlung des Gerichts im einzelnen dokumentiert, wegen ihrer großen Bedeutung für die Notare aber auch in den Mitteilungen des Bayer. Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern.

<sup>3</sup> Beschluß vom 6.4.1982 BayOblGZ 1982, 184 = MittBayNot 1982, 122.

<sup>4</sup> Beschluß vom 30.3.1989 BayOblGZ 1989, 89 = MittBayNot 1989, 212.

<sup>5</sup> BayOblGZ 1989, 347 = MittBayNot 1990, 34.

# Die Errichtung einer Eigentumswohnanlage in mehreren Bauabschnitten

von Notar a. D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

## 1. Das Problem

Nicht selten steht einem Bauträger ein größeres Areal für die Bebauung zur Verfügung, aus wirtschaftlichen Gründen will er es jedoch nicht sofort ganz bebauen. Daher errichtet er den Verkaufschancen entsprechend mehrere Wohnblöcke nach und nach.

Meist ist es in solchen Fällen zweckmäßig, das Baugrundstück im Wege der Vermessung in mehrere Parzellen aufzuteilen und für jeden Block eine eigene Eigentümergemeinschaft zu begründen. Manchmal wird dies jedoch nicht gewünscht, etwa weil für alle Blöcke eine gemeinsame Heizanlage geplant ist. Besteht für die Gesamtbebauung von Anfang an ein endgültiges Konzept und bleibt es auch dabei, so ergeben sich kaum größere Probleme. Schwierig wird es aber dann, wenn bei späteren Bauabschnitten Änderungen wahrscheinlich sind oder wenn bei der Errichtung des ersten Wohnblocks ein Gesamtkonzept für die ganze Anlage noch gar nicht vorhanden ist.

In diesem Fall muß sowohl die dingliche Aufteilung (Begründung von Sondereigentum) als auch die Gemeinschaftsordnung auf die besonderen Verhältnisse des Gesamtobjekts abgestimmt werden.

Zur Frage der Errichtung von Eigentumswohnanlagen in mehreren Bauabschnitten gibt es kaum Rechtsprechung und Literatur<sup>1</sup>. Der nachstehende Aufsatz soll die Probleme aufzeigen und Lösungen vorschlagen.

## 2. Eigentumsverhältnisse an der Mehrhausanlage

Das WEG schließt nicht aus, daß eine Eigentumswohnanlage aus mehreren selbständigen Gebäuden besteht. Jedoch ist an den konstruktiven Gebäudebestandteilen ein Sondereigentum nicht möglich, sie stehen zwingend im Gemeinschaftseigentum<sup>2</sup>.

## 3. Grundbeispiel

Den nachstehenden Ausführungen liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Bauträger will sein Grundstück mit zwei Wohnblöcken zu je 50 Wohnungen bebauen, insgesamt also mit 100 Wohnungen.

## 4. Die „große Aufteilung“

### a) Dingliche Aufteilung

Die „große Aufteilung“ kommt dann in Frage, wenn die Gesamtplanung endgültig feststeht und Änderungen nicht zu erwarten sind. In diesem Fall teilt der Bauträger das

Grundstück nach § 8 WEG in 100 Eigentumswohnungen mit einem Miteigentumsbruchteil von durchschnittlich 1% auf. Der Aufteilungsplan enthält schon die Aufteilung der beiden Blöcke.

Wegen der dinglichen Aufteilung ergeben sich keine Probleme. Insbesondere bedeutet es keine Schwierigkeit, daß zunächst Sondereigentum mit den Miteigentumsanteilen des 1. Blocks verbunden wird. Nach der heute ganz h. M. der „schrittweisen Entstehung des Sondereigentums“ entsteht das Sondereigentum jeweils mit der Fertigstellung der Umschließung der einzelnen Wohnung, wobei es nichts ausmacht, daß bei anderen Wohnungen Sondereigentum mangels Baufortschritt noch nicht zur Entstehung gekommen ist<sup>3</sup>. Die „Fertigstellungstheorie“ von Diester<sup>4</sup>, wonach das Sondereigentum erst mit Fertigstellung der letzten Wohnung bei allen Wohnungen entsteht, ist ganz vereinzelt geblieben. Beim 2. Bauabschnitt sind auch nicht sog. „isolierte Miteigentumsanteile“<sup>5</sup> entstanden, die nicht in das Grundbuch eingetragen werden dürfen. Solche entstehen nur, wenn bei dem Miteigentumsanteil auch kein Anwartschaftsrecht auf Einräumung von Sondereigentum vorhanden ist. Das trifft nur dann zu, wenn entweder das nach Teilungsplan vorgesehene Sondereigentum gar nicht entstehen kann, weil der von ihm betroffene Raum zwingend dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen ist (§ 5 Abs. 2 WEG)<sup>6</sup> oder wenn durch eine spätere teilungsplanwidrige Bebauung das Sondereigentum unmöglich wird<sup>7</sup>, etwa wenn Tiefgaragenstellplatz mit einer tragenden Mauer überbaut ist. In unserem Fall sind die Miteigentumsanteile des 2. Bauabschnitts mit Anwartschaftsrechten auf Entstehung von Sondereigentum verbunden. Das genügt.

### b) Gemeinschaftsordnung

Ist im 2. Bauabschnitt eine Änderung der Aufteilung nicht auszuschließen, sollten Bestimmungen wie unten bei 6. a)

<sup>3</sup> BGH 6. 6. 1986 NJW 1986, 2759 = MittBayNot 1986, 251 = WE 1987, 13; OLG Karlsruhe 27. 1. 1972 DNotZ 1973, 235; Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum WEG § 3 Anm. II (abgedruckt bei Weitnauer Kommentar z. WEG, 6. Aufl. Anh. VI); Röhl DNotZ 1977, 69; Riedel MDR 1951, 468; Kapellmann MDR 1969, 620; Müller MittBayNot 1974, 248; Schmidt BWNNotZ 1975, 12; Bärmann-Pick Kommentar z. WEG 6. Aufl., § 3 Rdnr. 26; Augustin Kommentar z. WEG § 3 Rdnr. 40; Röhl MünchKomm 2. Auflage § 5 Rdnr. 32 b; Weitnauer Kommentar z. WEG 7. Aufl. § 3 Rdnr. 11; Palandt-Bassenge Kommentar z. BGB 50. Aufl. § 2 WEG Anm. 6.

<sup>4</sup> Diester Kommentar z. WEG § 3 Rdnr. 14 a, b; OLG Düsseldorf 20. 12. 85 Rpfleger 1986, 131.

<sup>5</sup> BGH 3. 11. 1989 BGHZ 109, 179 = MittBayNot 1990, 30 = WE 1990, 53 = DNotZ 1990, 337.

<sup>6</sup> So der BGH wegen eines Heizraums, wie Fn. 5.

<sup>7</sup> Röhl MittBayNot 1990, 85; a. A. Weitnauer WE 91, 120 = MittBayNot 1991, 143, der auch in diesem Fall das Weiterbestehen einer Anwartschaft annimmt.

<sup>1</sup> Röhl DNotZ 1977, 69.

<sup>2</sup> BGH 3. 4. 1968 NJW 1968, 1230 = BGHZ 50, 56.

und b) aufgeführt in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden. Auf jeden Fall sollte die Gemeinschaftsordnung Bestimmungen für die Zeit enthalten, in der nur der 1. Wohnblock fertiggestellt ist, siehe unten 6. c) und d).

## 5. Die „kleine Aufteilung mit überdimensionalem Miteigentumsanteil“

### a) Aufteilung in zwei Stufen

In unserem Beispiel nach 3. weiß der Bauträger nur, daß er im 1. Bauabschnitt 50 Wohnungen errichten will. Wie der 2. Bauabschnitt aussehen soll, ist noch offen. Hier hilft die „große Aufteilung“ nicht weiter. Es muß einer anderer Weg gefunden werden. In diesem Fall verbindet der Bauträger im 1. Bauabschnitt mit 49 Wohnungen einen Miteigentumsanteil von durchschnittlich 1%, mit der 50. Wohnung aber einem Miteigentumsanteil von 51%. Das ist der „überdimensionale“ Miteigentumsanteil. Er enthält das 1% für die 50. Wohnung und die 50% für den 2. Bauabschnitt. Diese Wohnung wird vom Bauträger nicht verkauft, sondern bis zur Aufteilung im 2. Bauabschnitt zurückbehalten.

Hier gibt es im 1. Bauabschnitt keine Schwierigkeiten. Das WEG schreibt nicht vor, daß der Miteigentumsanteil einer Wohnung dem Anteil ihres Sondereigentums am Wert aller Sondereigentumsrechte entsprechen müßte<sup>8</sup>. Die Miteigentumsquote kann willkürlich gewählt werden.

Sobald die Bauplanung für den 2. Bauabschnitt feststeht, ändert der Bauträger die Teilungserklärung ab und nimmt die Aufteilung für den 2. Block vor. Dabei trennt er von dem überdimensionalen Miteigentumsanteil 50% ab. Diese 50% verteilt er dann auf die 50 Wohnungen des 2. Bauabschnitts.

### b) Form der Nachtragsaufteilung

M. E. kann die Nachtragsaufteilung für den 2. Bauabschnitt durch den Bauträger nach § 8 WEG erfolgen. Dies scheint der Systematik des Gesetzes zu widersprechen, das bei Bestehen einer Miteigentümergeinschaft grundsätzlich die vertragliche Aufteilung nach §§ 3, 4 WEG vorsieht. Das gilt aber nicht für alle Fälle. So kann z. B. ein Wohnungseigentümer seine Wohnung nach § 8 WEG unterteilen<sup>9</sup>, zwei im gehörige Wohnungen zu einer Wohnung zusammenlegen<sup>10</sup> oder ein Sondereigentumsrecht, z. B. an einem Kellerraum von einer seiner Wohnungen abtrennen und mit einer anderen ihm gehörenden Wohnung verbinden. Da hier der Bauträger die alleinige Herrschaftsmacht besitzt, muß ihm das Recht zustehen, die Nachtragsaufteilung allein vorzunehmen. Allerdings sollte die für den 2. Block vorgesehene Bebauung in der Gemeinschaftsordnung möglichst konkretisiert werden, vgl. unten bei 6. a). Es sind hier die Grundsätze entsprechend anzuwenden, die das BayObLG<sup>11</sup> für die Begründung von aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechten entwickelt hat. Demnach genügt für die Begründung von Sondernutzungsrechten, wenn zu-

nächst deren Umfang in der Gemeinschaftsordnung festgelegt und ihre Fläche der allgemeinen Nutzung entzogen ist („negative Komponente“). Die Zuweisung der Rechte an die einzelnen Wohnungseigentümer („positive Komponente“) kann durch Erklärung eines Dritten erfolgen. Hier ist es ähnlich. Die betroffenen Miteigentumsanteile stehen allein dem Bauträger zu, er hat nach der Gemeinschaftsordnung das alleinige Recht, die Nachtragsaufteilung zu bestimmen.

Allerdings ist diese Frage in Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf das Sondereigentum bisher nicht behandelt worden. Um sicher zu gehen, sollte die Nachtragsaufteilung so gestaltet sein, daß sie sowohl den Vorschriften des § 8 als auch der §§ 3, 4 WEG entspricht. Das bedeutet notarielle Beurkundung und die Mitwirkung aller Eigentümer des 1. Bauabschnitts, soweit das Eigentum bereits auf sie übergegangen ist.

### c) Mitwirkung anderer Wohnungseigentümer, Vollmachten

Soweit die Mitwirkung anderer Eigentümer nach §§ 3, 4 WEG in Frage kommt, sollte in den Kaufverträgen eine Verpflichtung hierzu aufgenommen werden. Eine solche Verpflichtung sollte aber auch die Gemeinschaftsordnung enthalten. Hierbei sollte so weit möglich das Bauwerk des 2. Bauabschnitts definiert werden. Dabei muß wohl nicht unbedingt die vom Gebäude betroffene Fläche genau bezeichnet werden. Soweit zutreffend sollte dabei angegeben werden, welche Flächen der Nutzung aller Eigentümer verbleiben, z. B. als Zufahrt, Kinderspielplatz.

In die Kaufverträge sollten in üblicher Weise Vollmachten zur Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden. Diese Vollmachten helfen aber dann nicht weiter, wenn eine Sonderrechtsnachfolge wegen einer Eigentumswohnung stattgefunden hat. Deshalb sollten solche Vollmachten auch in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden. Da es sich um eine Verpflichtung handelt, die sich auf das gemeinschaftliche Eigentum bezieht, könnte der Verwalter ermächtigt werden, für alle Wohnungseigentümer die notwendigen Erklärungen abzugeben, aber auch eine andere Person, z. B. der Bauträger.

### d) Gläubigerzustimmung

Fraglich ist auch, ob die Begründung von Sondereigentum für den 2. Bauabschnitt der Zustimmung der Gläubiger des 1. Bauabschnitts bedarf. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Wenn die Gemeinschaftsordnung den 2. Bauabschnitt erwähnt und alle Eigentümer zur Mitwirkung verpflichtet, so haben die Gläubiger ihre Rechte an den Eigentumswohnungen des 1. Bauabschnitts vorbehaltlich dieser Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung erworben. Die Gläubiger können nicht mehr Rechte haben als die Eigentümer. Die Rechtslage ist hier ganz ähnlich wie bei der Begründung von aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechten. Dort müssen die Gläubiger auf Grund der in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen negativen Komponente nach der Rechtsprechung des BayObLG<sup>12</sup> die Begründung von Sondernutzungsrechten dulden. Eine Gläubigerzustimmung zur Nachtragsaufteilung für den 2. Bauabschnitt ist daher nicht erforderlich. Die Argumente zu oben 5. c) sind entsprechend anzuwenden. Im Bezug auf die Begründung von Sondereigentum wird diese Ansicht hier zum ersten Male vertreten.

<sup>8</sup> BGH 18.6.1976 NJW 1976, 1976 = DNotZ 1976, 741; BGH 6.6.1986 NJW 1986, 2759 = MittBayNot 1986, 251 = WE 1987, 13; BayObLG 16.9.1982 Rpfleger 1982, 418; OLG Celle 29.3.1974 DNotZ 1975, 42; Röll MittBayNot 1979, 4.

<sup>9</sup> BGH 17.1.1968 NJW 1968, 499 = BGHZ 49, 250; BayObLG 12.1.1977 DNotZ 1977, 546; Röll Rpfleger 1976, 284.

<sup>10</sup> OLG Hamburg Rpfleger 25.6.1965 1966, 79; Röll Rpfleger 1976, 283.

<sup>11</sup> BayObLG 8.11.1985 MittBayNot 1986, 24 = DNotZ 1986, 479 = BayObLGZ 1985, 378.

<sup>12</sup> BayObLG wie Fn. 11.

## 6. Regelungen in der Gemeinschaftsordnung

### a) Konkretisierung des Gebäudes, Verpflichtung der Eigentümer

Soweit möglich sollten hinsichtlich der weiteren Bauabschnitte das Gebäude und seine Standfläche in der Gemeinschaftsordnung konkretisiert werden, siehe oben bei 5. c). Die Gemeinschaftsordnung sollte eine Verpflichtung aller Wohnungseigentümer enthalten, die Gebäudeerrichtung, eventuell in abgeänderter Form zu dulden und alle notwendigen Erklärungen abzugeben.

### b) Vollmachten

Die Gemeinschaftsordnung sollte Vollmachten enthalten, wie dies oben in 5. c) aufgeführt ist.

### c) Lastentragung

In der Gemeinschaftsordnung ist die Lastentragung bis zur Vollendung aller Bauabschnitte zu regeln. Die Eigentümer der bereits fertiggestellten Bauabschnitte müßten die bei ihren Gebäuden anfallenden Lasten allein tragen. Dies gilt vor allem für Instandhaltungsaufwendungen, ebenso für Verbrauchskosten. Auch das Verwalterhonorar wäre ganz oder doch zum größten Teil von den Eigentümern der bereits fertiggestellten Gebäude zu bezahlen.

Zweckmäßig kann die Ansammlung von getrennten Instandhaltungsrücklagen für die einzelnen Bauabschnitte sein.

Ganz wichtig ist es auch, den Lastenverteilungsschlüssel nicht nach Eigentumsquoten, sondern nach Wohnflächen festzulegen, wenn die endgültige Planung noch nicht in allen Teilen feststeht. So macht es nichts aus, wenn in späteren Bauabschnitten mehr oder weniger Wohnungen gebaut werden, als ursprünglich vorgesehen. Zwar entfallen dann auf gleich große Wohnungen in den einzelnen Bauabschnitten verschieden große Miteigentumsanteile, aber es gibt keine Ungerechtigkeiten wegen der Lastenverteilung.

### d) Stimmrechte

Notwendig ist es auch, in die Gemeinschaftsordnung ein Gruppenstimmrecht der Art aufzunehmen, daß zumindest bis zur Vollendung aller Bauabschnitte die Wohnungseigentümer der bereits fertiggestellten Gebäude allein das Stimmrecht in der Wohnungseigentümerversammlung in den Fragen besitzen, die sie allein betreffen und für deren Kosten sie allein aufkommen müssen.

## 7. Sicherung der Abtrennung

Manchmal behält sich der Bauträger vor, das Grundstück des 2. Bauabschnitts abzutrennen und anderweitig zu verwerten.

Würde dies in unserem Beispiel mit 100 Wohnungen in 2 Wohnblöcken bei gleich großen Flächen für beide Bauabschnitte zutreffen, so könnte der Bauträger wie folgt verfahren:

In die Kaufverträge wird eine Bestimmung aufgenommen, wonach der Bauträger entweder einen kleinen Miteigentumsanteil am ganzen Grundstück übereignen muß (im Durchschnitt zu 1%) oder einen großen Miteigentumsanteil am Grundstück des 1. Bauabschnitts (im Durchschnitt zu 2%).

Steht aber im Zeitpunkt der Fertigstellung des 1. Bauabschnitts noch nicht fest, ob das Grundstück des 2. Bauabschnitts vom Bauträger bebaut oder veräußert werden soll, so erhalten alle Käufer des 1. Bauabschnitts einen kleinen Miteigentumsanteils am großen Grundstück, in unserem Beispiel also mit durchschnittlich 1%. Die spätere Abtrennung kann durch mit den Kaufverträgen verbundene Tauschverträge abgesichert werden, wonach der Bauträger die Übereignung des Miteigentumsanteils des Käufers am Grundstück des 2. Bauabschnitts verlangen kann, gegen Überlassung weiteren Miteigentumsanteil am Grundstück des 1. Bauabschnitts an den Käufer (im Durchschnitt zu 1%). Diese Verpflichtung des Käufers kann durch Auflassungsvormerkung abgesichert werden. Sie sollte 1. Rangstelle im Grundbuch bekommen und behalten, da nur so auch im Falle der Zwangsversteigerung die Rechte des Bauträgers gewahrt bleiben. Soweit Grundpfandrechte vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer eingetragen werden, müßten bei ihnen Rangvorbehalte zugunsten der späteren Vormerkung des Bauträgers aufgenommen werden (§ 881 BGB).

Alle Kosten der Nachtragsaufteilung, auch der eventuellen Pfandfreigaben gehen zu Lasten des Bauträgers. Dies sollte in den Kaufverträgen festgehalten werden.

## 8. Schlußbemerkung

Dieser Aufsatz sollte nicht als eine Ermutigung aufgefaßt werden, Eigentumswohnungsanlagen auf einem Grundstück in mehreren Bauabschnitten zu errichten. Fast immer ist in solchen Fällen eine Parzellierung des Grundstücks die bessere Lösung.

Nur falls dies nicht realisiert werden kann, sollen durch den vorstehenden Aufsatz Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

### III. Rechtsprechung

#### A.

#### Bürgerliches Recht

1. BGH § 242; ErbbauVO §§ 9, 9 a (*Anpassung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage*)

- a) Für die Erhöhung des Erbbauzinses infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist die seit Vertragsabschluß eingetretene Entwicklung des Bodenwerts maßgebend, wenn diese hinter der Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zurückgeblieben ist (Abgrenzung zu BGHZ 77, 194).
- b) Die Anpassung des Erbbauzinses muß von dem vereinbarten prozentualen Wertverhältnis zwischen Erbbauzins und Bodenwert ausgehen, wird aber durch das Ausmaß der Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse begrenzt.

BGH, Urteil vom 18.9.1992 — V ZR 116/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 17. 12. 1926 bestellte der Kläger dem Architekten O. an einem 690 qm großen, in H. gelegenen Grundstück ein Erbbaurecht für die Dauer bis zum 31. 10. 2006 zwecks Errichtung eines Wohnhauses. Der Erbbauzins wurde auf der Grundlage eines Bodenwerts von 13.800 Reichsmark in folgender Höhe vereinbart:

— vom 01. 11. 1926 bis 31. 10. 1946	3,5% = 483 Reichsmark,
— vom 01. 11. 1946 bis 31. 10. 1966	4,0% = 552 Reichsmark,
— vom 01. 11. 1966 bis 31. 10. 1986	4,5% = 621 Reichsmark,
— vom 01. 11. 1986 bis 31. 10. 2006	5,0% = 690 Reichsmark.

Am 27. 6. 1977 erwarb die Beklagte in der Zwangsversteigerung das Erbbaurecht unter Übernahme aller Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag.

Der Kläger hat von der Beklagten für die Zeit ab 1. 12. 1985 eine Erhöhung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage verlangt, weil die Lebenshaltungskosten, bezogen auf einen Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalt, schon bis zum Jahre 1983 um 300% gestiegen seien. Den Umfang der geforderten Anpassung hat er entsprechend dem Mittelwert des Anstiegs der Lebenshaltungskosten und der Bruttowochenverdienste der Industriearbeiter errechnet. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung folgenden weiteren Erbbauzinses zu verurteilen:

- a) 4.497,59 DM für die Zeit vom 1. 12. 1985 bis 31. 10. 1986,  
b) 4.428,58 DM für die Zeit vom 1. 11. 1986 bis 31. 10. 2006, fällig je zur Hälfte am 1. 5. und 1. 11. eines jeden Jahres.

Außerdem hat der Kläger beantragt, die Beklagte zur Bewilligung der Eintragung dieser Erhöhung an bereiter Rangstelle des Erbbaugrundbuches zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat der Kläger den für die Zeit bis 31. 10. 1986 geforderten Erhöhungsbetrag auf 4.122,79 DM beschränkt.

Das Oberlandesgericht hat den Klageanträgen nur in Höhe von 1.707,75 DM für die Zeit bis 31. 10. 1986 und von jährlich 1.794 DM für die Folgezeit bis zum 31. 10. 2006 entsprochen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den in der Vorinstanz abgewiesenen Teil der Klage weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht stellt fest, daß seit Abschluß des Erbbaurechtsvertrages die Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mittleren Einkommens um mehr als 150% gestiegen sind, was einem Kaufkraftschwund des vereinbarten Erbbauzinses um mehr als 60% entspricht. Es nimmt zutreffend an, daß bei dieser Voraussetzung der Kläger einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage hat (st. Rechtspr. des Senats, vgl. BGHZ 90, 227, 229 [= DNotZ 1985, 368]; 91, 32, 34 f.; 94, 257 [= DNotZ 1985, 21]; 111, 214, 215/216 [= MittBayNot 1990, 303 = DNotZ 1991, 381]). Da die Beklagte bei dem Erwerb des Erbbaurechts in der Zwangsversteigerung alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag vom 17. 12. 1926 übernommen hat, besteht der Anspruch auch ihr gegenüber (BGHZ 97, 172, 177/178). Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Auslegung, daß die im Vertrag enthaltene Regelung eines nach Zeitabschnitten gestaffelten prozentualen Anstiegs des Erbbauzinses keine wertsichernde Funktion hat.

2. Was die Höhe der Anpassung angeht, so meint das Berufungsgericht, der dafür vom Senat gewählte Maßstab des Durchschnittswerts aus der im Bezugszeitraum eingetretenen Steigerung der Lebenshaltungskosten und der Einkommen (BGHZ 77, 194, 200/201 [= DNotZ 1981, 253]; 90, 227, 231) müsse hier eingeschränkt werden; denn die sich auf dieser Grundlage ergebende Anhebung des jährlichen Erbbauzinses von bisher 1 DM/qm auf 7,42 DM/qm läge weit über demjenigen Betrag, den der Kläger erzielen könnte, wenn er das Erbbaurecht heute bestellen würde. In H. würden Erbbaurechte nämlich zu einem Erbbauzins von höchstens 3,60 DM/qm vergeben, und zwar auf der Basis von 5% eines Grundstückswerts von 72 DM/qm, auch wenn der tatsächliche Bodenwert höher sei. Daher könne der Kläger nach Treu und Glauben nicht mehr als 3,60 DM/qm jährlich verlangen.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

In der Regel ist bei einem Vertrag ohne wertsichernde Klausel für den Umfang der Anpassung des Erbbauzinses die seit Vertragsabschluß eingetretene Steigerung der Lebenshaltungskosten und der Einkommen nach dem Mittelwert aus beiden Komponenten maßgebend, weil sich darin die Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse widerspiegelt und der Gesetzgeber in § 9 a Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO zum Ausdruck gebracht hat, daß eine über die Änderung dieser Verhältnisse nicht hinausgehende Erhöhung regelmäßig der Billigkeit entspricht (BGHZ 77, 194, 200). Den eigentlich sachlich am nächsten liegenden Bezugsmaßstab der Entwicklung des Bodenwerts — nach dessen Höhe sich die Bemessung des Erbbauzinses üblicherweise richtet —

hat der Gesetzgeber in § 9 a ErbbauVO für Wohnzwecke dienende Erbaurechte ausgeschlossen, um eine übermäßige, dem steilen Anstieg der Grundstückspreise folgende Anhebung von Erbbauzinsen zu verhindern (Entwurf d. BReg. BT-Drucks. 7/118, S. 5; Bericht d. Rechtsausschusses BT-Drucks. 7/1285, S. 3)

Dieser Zweck entfällt jedoch, wenn die Entwicklung des Bodenwerts hinter dem Anstieg der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zurückbleibt. Für Verträge mit Anpassungsklausel hat der Senat zwar entschieden, daß im Hinblick auf § 9 a Abs. 1 Satz 3 ErbbauVO, wonach Änderungen der Grundstückswertverhältnisse außer Betracht zu lassen sind, auch eine Wertentwicklung, die das Ausmaß der Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse unterschreitet, den in § 9 a Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO gesetzten Billigkeitsmaßstab nicht einschränkt (BGHZ 73, 225, 228/229; Urt. v. 30. 4. 1982, V ZR 31/81, NJW 1982, 2382, 2384 [= DNotZ 1983, 559]; a. M. *Knothe*, Das Erbaurecht, 1987, S. 252 m. w. N.). Dies rechtfertigt sich daraus, daß nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes bis zur Grenze der eingetretenen Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse die vereinbarte Anpassungsklausel den Umfang der Erbbauzinserrhöhung hinnehmbar bestimmt. Dieser Gesichtspunkt greift aber bei einem ohne Anpassungsklausel geschlossenen Vertrag nicht ein. Dann gibt es keinen triftigen Grund, den Erbbauzins dem Stand der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse anzugleichen, wenn sie sich stärker als der Grundstückswert verändert haben und bei Berücksichtigung dieses Werts auch der Kaufkraftverlust abgedeckt ist. Unter dieser Voraussetzung könnte mithin dem angefochtenen Urteil zugestimmt werden.

Das Berufungsgericht stellt jedoch nicht auf den tatsächlichen heutigen Bodenwert des Erbbaugrundstücks, sondern nur darauf ab, daß in H. derzeit lediglich nach einem Wert von höchstens 72 DM/qm Erbbauzinsen von 5% erhoben würden und in solcher Höhe auch nur erzielbar seien. Dies aber kann auf den Anpassungsanspruch des Klägers keinen Einfluß haben. Denn eine nicht am tatsächlichen Bodenwert ausgerichtete Anpassung des Erbbauzinses würde das im Erbaurechtsvertrag von 1926 nach Maßgabe der Staffelung festgelegte Wertverhältnis von 5% zwischen Erbbauzins und damaligem Bodenwert verkürzen und mithin den Kläger so stellen, als ob der bisherige Erbbauzins unter 5% des Grundstückswerts gelegen hätte. Die Anpassung muß jedoch von dem vereinbarten Erbbauzins ausgehen, denn sie soll — bei Anwendung des Regelmaßstabes — die Folgen der eingetretenen Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse ausgleichen, nicht aber Vereinbarungen korrigieren, die in Kenntnis der damaligen Verhältnisse getroffen worden sind (BGHZ 77, 194, 202; 90, 227, 231). Dies erkennt das Berufungsgericht, wenn es annimmt, der Kläger müsse sich so behandeln lassen, als wenn er den Erbaurechtsvertrag erst heute geschlossen hätte. Er kann deshalb Anpassung nach dem Regelmaßstab verlangen, wenn das nicht dazu führt, daß die Erhöhung des Erbbauzinses über den Umfang der Bodenwertsteigerung hinausgeht.

3. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist jedoch noch nicht zu einer Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht den tatsächlichen Bodenwert des Erbbaugrundstücks nicht festgestellt hat und dieser — wie dargelegt — maßgebend wäre, wenn die Wertentwicklung hinter dem Anstieg der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zurückgeblieben sein sollte. Deshalb muß der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2. BGB §§ 776, 426 Abs. 1 (*Gleichrangigkeit zwischen Bürgerschaft und Grundschuld*)

**Bürgerschaft und Grundschuld sind von Gesetzes wegen gleichstufige Sicherungsmittel mit der Folge, daß die Sicherungsgeber einander grundsätzlich wie Gesamtschuldner ausgleichspflichtig sind (Ergänzung zu BGHZ 108, 179).**

BGH, Urteil vom 24. 9. 1992 — IX ZR 195/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht ihrer Eltern als Mitbürgin auf Ausgleich von Bürgerschaftsleistungen in Anspruch. Der Vater der Klägerin war Geschäftsführer und mit einem Anteil von 62,5% Gesellschafter der P. GmbH (fortan: GmbH). Er hatte gemeinsam mit seiner Ehefrau, der Mutter der Klägerin, zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Volksbank M. gegen die GmbH unter anderem zwei selbstschuldnerische Bürgschaften bis zu einem Betrag von insgesamt 165.000 DM übernommen. Darüber hinaus hatte die Mutter der Klägerin zugunsten der Volksbank auf ihrem Grundstück Waldstraße 10 in W. eine Sicherungsgrundschuld über 100.000 DM bestellt. Die Beklagte, die an der GmbH einen Geschäftsanteil von 37,5% erworben hatte und ebenfalls zur Geschäftsführerin bestellt worden war, übernahm für die Verpflichtungen gegenüber der Volksbank eine Bürgerschaft bis zu einem Betrag von 150.000 DM. In der Folgezeit geriet die GmbH in Zahlungsschwierigkeiten. Am 25. 11. 1987 betrugen ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Volksbank noch 151.242,47 DM.

Die Eltern der Klägerin vereinbarten mit der Volksbank die Ablösung der Verpflichtungen der GmbH. Sie wurde durch einen Ihnen persönlich eingeräumten Kredit der Volksbank finanziert. Ansprüche aus der von der Beklagten übernommenen Bürgerschaft trat die Volksbank an die Eltern der Klägerin ab. Die Eltern erklärten in Höhe eines Teilbetrages von 75.000 DM die Abtretung an die Klägerin. Diese hat mit der Klage Zahlung des ihr abgetretenen Teilbetrages begehrt und die Ansicht vertreten, in Höhe der Hälfte der abgelösten Verbindlichkeiten sei die Beklagte zum Ausgleich verpflichtet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 12.810,62 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Revision der Klägerin, mit der sie weitere 43.905,32 DM begehrt, führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht hat einen Ausgleichsanspruch der Klägerin lediglich wegen der Zahlung der Eltern in Höhe von 51.242,47 DM bejaht, weil diese nur insoweit ihre Bürgerschaftsverpflichtungen erfüllt hätten. In Höhe von 100.000 DM hätten sie den dinglichen Anspruch der Volksbank aus der von der Mutter der Klägerin bestellten Grundschuld getilgt. Insoweit bestehe kein Ausgleichsanspruch. Das Gesetz räume dem Bürgen im Verhältnis zum dinglichen Schuldner eine Vorzugsstellung ein. Wegen des Betrages von 51.242,47 DM sei zu berücksichtigen, daß der Vater der Klägerin und die Beklagte Gesellschafter der Hauptschuldnerin gewesen seien, so daß der auf sie gemeinsam entfallende Anteil von  $\frac{2}{3}$  von der Beklagten nur in Höhe von 37,5%, das heißt von 12.810,62 DM zu tragen sei.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zweifel bestehen bereits an der Annahme, die Eltern hätten bei der Ablösung der Verpflichtungen der GmbH lediglich in Höhe von 51.242,47 DM auf ihre Bürgerschaftschuld geleistet. Zwar wird die Feststellung, die Zedenten hätten die Leistung im Umfang der bestehenden Sicherungsgrundschuld zu deren Tilgung erbracht, von der Revision nicht beanstandet. Gleichwohl erscheint die vom Berufungsgericht aus dieser Feststellung gezogene Rechtsfolgerung, eine Begleichung der Bürgerschaftsverpflichtungen

komme insoweit nicht in Betracht, bedenklich. Daß der Vater, der an der Ablösung der Verpflichtungen der GmbH in gleicher Weise wie die Mutter der Klägerin beteiligt war, zumindest auch auf die von ihm übernommenen Bürgschaften zahlen wollte, folgt bereits daraus, daß er lediglich aus den Bürgschaften persönlich verpflichtet, nicht jedoch Eigentümer des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks war. Aber auch das von der Mutter der Klägerin verfolgte Leistungsziel schließt eine Tilgung ihrer Bürgenschuld nicht ohne weiteres aus. Bei Identität von persönlichem und dinglichem Schuldner ist im Regelfall aus Sinn und Zweck der Sicherungsabrede zu entnehmen, daß mit der Leistung auf die dingliche auch die persönliche Schuld erlischt (vgl. BGH, Urt. v. 9.5.1980 — V ZR 89/79, NJW 1980, 2198, 2199 [= MittBayNot 1980, 156 = DNotZ 1981, 389], v. 13.11.1986 — IX ZR 26/86, NJW 1987, 503, 504 [= DNotZ 1987, 504]; *Palandt/Bassenge*, BGB 51. Aufl. § 1191 Rdnr. 32). Im Streitfall war nicht eine persönliche Schuld aus Bürgschaft durch eine von dem Bürgen bestellte Grundschuld abgesichert, sondern Grundschuld und persönliche Schuld des Bürgen dienten der Sicherung einer weiteren Schuld. Jedenfalls dann, wenn — wie hier — die Bürgschaft diese weitere (Haupt-)Schuld voll abdeckt, könnte einiges für die Annahme sprechen, daß der Sicherungsgeber Zahlungen auf die Grundschuld auch auf die Bürgenschuld erbringen will (vgl. auch BGH, Urt. v. 11.7.1973 — VIII ZR 178/72, WM 1975, 100, 101). Einer abschließenden Beantwortung dieser Frage bedarf es jedoch nicht. Der Klägerin kann ein Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte auch zustehen, wenn die Leistung der Eltern im Umfang von 100.000 DM ausschließlich die Tilgung der Grundschuld bezweckte.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht zwischen mehreren auf gleicher Stufe stehenden Sicherungsgebern beim Fehlen einer zwischen ihnen getroffenen besonderen Vereinbarung eine Ausgleichsverpflichtung entsprechend den Regeln über die Gesamtschuld (BGHZ 108, 179, 183 ff.; BGH, Urt. v. 9.10.1990 — XI ZR 200/89, WM 1990, 1956, 1957 [= DNotZ 1991, 386]; v. 20.12.1990 — IX ZR 268/89, WM 1991, 399, 400). Grundschuld und Bürgschaft sind von Gesetzes wegen gleichstufige Sicherungsmittel. Allerdings ist die Annahme verbreitet, der Bürgschaft komme gegenüber anderen Sicherungsmitteln eine gesetzliche Vorrangstellung zu. Eine Bevorzugung des Bürgen wird insbesondere aus § 776 BGB (vgl. *Ennecerus/Lehmann*, Schuldrecht 15. Aufl. § 194 I 3; *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil 12. Aufl. § 64 III) sowie aus § 768 Abs. 2, §§ 770, 771 BGB und daraus abgeleitet, daß der Bürge mit seinem ganzen Vermögen hafte und die Bürgschaft vielfach aus altruistischen Erwägungen übernommen werde (vgl. *Tiedtke* BB 1984, 19, 20).

Dem folgt der Senat nicht. § 776 BGB regelt nur das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen, läßt aber — wie auch der Entstehungsgeschichte entnommen werden kann (vgl. Motive Bd. 2 S. 678 ff.; *Knütel*, Festschrift für *Werner Flume* Bd. I S. 559, 560) — den Rang verschiedener Sicherungsgeber und den Ausgleich zwischen ihnen grundsätzlich unberührt (vgl. BGH, Urt. v. 11.6.1992 — IX ZR 161/91, WM 1992, 1312, 1313 zum Innenausgleich zwischen mehreren Bürgen; *Staudinger/Wiegand*, BGB 12. Aufl. § 1225 Rdnr. 29; *Steinbach/Lang*, WM 1987, 1237, 1242). § 768 Abs. 2, § 770 BGB vermögen eine Vorzugsstellung des Bürgen gegenüber anderen Sicherungsgebern schon deshalb nicht zu begründen, weil sie nicht auf das Bürgschaftsrecht beschränkt sind, sondern auch im Verhältnis des Gläubigers

zum Hypothekenschuldner gelten (§ 1137 Abs. 1, 2 BGB). Die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB) spielt praktisch eine geringe Rolle; sie wird in der Regel abgedungen (§ 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Daß der Bürge mit seinem gesamten Vermögen haftet, während die Haftung eines (Grund-)Pfandgläubigers sich auf den verpfändeten Gegenstand beschränkt, mag ein Grund sein, den Bürgen in einzelnen Beziehungen — wie etwa in § 776 BGB gegenüber dem Gläubiger — besonders zu schützen. Für die Frage der Haftung des Bürgen im Vergleich zu anderen Sicherungsgebern ist diesem Umstand eine entscheidende Bedeutung jedoch nicht beizumessen. Der verpfändete Gegenstand kann das ganze Vermögen des Pfandschuldners darstellen, so daß dieser bei einer Verwertung des Pfandes im Ergebnis ebenso hart getroffen wird wie ein aus seinem Bürgschaftsversprechen in Anspruch genommener Bürge. Eine generelle Besserstellung des Bürgen läßt sich schließlich nicht daraus herleiten, daß die Bürgschaft oft aus altruistischen Erwägungen übernommen wird. Andere Sicherungsgeber handeln nicht selten aus ähnlichen Gründen.

Deshalb ist davon auszugehen, daß es sich bei der Bürgschaft und sonstigen Sicherungsrechten, insbesondere Grundschulden, nach dem Gesetz um gleichstufige Sicherungsmittel handelt (vgl. im einzelnen *Schmitz*, Festschrift für *Franz Merz* S. 553, 557 ff. m. w. N.). Daß der Beklagten auf Grund von Absprachen zwischen ihr und den Eltern der Klägerin oder zwischen diesen und der Volksbank eine Vorzugsstellung eingeräumt worden wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Es hätte deshalb einen Ausgleichsanspruch der Klägerin wegen der auf die Grundschuld erbrachten Leistung mit der gegebenen Begründung nicht ablehnen dürfen.

3. Mit Erfolg greift die Revision auch die Ausführungen zur Bemessung der Haftungsanteile im Innenverhältnis der Bürgen an.

Im Verhältnis des Vaters der Klägerin zu der Beklagten hat das Berufungsgericht den Ausgleich zutreffend anhand der jeweiligen Gesellschaftsanteile bemessen (vgl. insoweit RG WarnRspr 1914 Nr. 247; RGZ 88, 122, 124; BGH, Urt. v. 11.7.1973 a. a. O.; v. 19.12.1985 — III ZR 90/84, WM 1986, 363, 364 unter 3. c). Davon geht auch die Revision aus.

Die Revision rügt indessen, daß das Berufungsgericht den Haftungsanteil der Mutter der Klägerin gem. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB mit einem Drittel angesetzt habe. Diese Rüge ist im Ergebnis berechtigt. Zwar läßt sich eine Leistungsfreiheit der Mutter der Klägerin nicht allein daraus herleiten, daß sie nicht Gesellschafterin der als Hauptschuldnerin haftenden GmbH war (vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1985 a. a. O.). Jedoch können weitere Umstände, wie etwa die der Verbürgung zugrundeliegenden wirtschaftlichen Hintergründe, auf eine stillschweigende Vereinbarung hinweisen, ein Innenausgleich solle allein zwischen den Gesellschaftern der Hauptschuldnerin stattfinden (vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1985 a. a. O. unter 3. d). Das Berufungsgericht hatte demnach Veranlassung zur Prüfung der Frage, ob die Mutter der Klägerin als Nichtgesellschafterin im Innenverhältnis zu den anderen Bürgen von Ausgleichspflichten ganz oder teilweise freigestellt war. Dies hat die Klägerin unter Beweisanspruch behauptet (GA I 61). Dem wird das Berufungsgericht nachzugehen haben.

Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben.

III. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, auf die bislang nicht behandelte Frage einzugehen, ob der Klägerin Ansprüche ihrer Eltern gegen die Beklagte wirksam abgetreten wurden. Nach der Abtretungserklärung vom 26. 11. 1985 (GA I 31) wurde der Klägerin von den Eltern „aus den uns abgetretenen Ansprüchen der Volksbank M. aus der Bürgschaftsurkunde vom 28. 01. 85 gegen Frau P. B.“ ein Teilbetrag von 75.000 DM abgetreten. Der Wortlaut spricht dafür, daß der Klägerin ausschließlich Ansprüche aus der Bürgschaftsübernahme der Beklagten abgetreten wurden. Eine isolierte Abtretung der Bürgschaftsforderung ohne gleichzeitige Abtretung der Hauptforderung ist jedoch nur möglich, wenn der Hauptschuldner infolge Vermögensverfalls untergegangen ist (BGHZ 82, 323, 326 ff.). Andernfalls verbleiben die Rechte aus der Bürgschaft dem Gläubiger der Hauptforderung (BGHZ 115, 177, 180).

Ferner wird zu prüfen sein, ob in der zwischen den Eltern der Klägerin und der Volksbank M. vereinbarten Umschuldung eine Schuldübernahme im Sinn von § 414 BGB lag mit der Folge, daß mangels Zustimmung der Beklagten deren Bürgschaft nach § 418 Abs. 1 Satz 1 BGB erlosch und damit die Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte entfielen.

### 3. BGB §§ 90, 97, 459, 469 (Abgrenzung Nichterfüllung — Sachmängelhaftung beim Kauf einer Sachgesamtheit)

**Werden Sachen als zusammengehörend verkauft (vgl. § 469 Satz 2 BGB) oder sind verkaufte Sachen untereinander als Sachgesamtheit oder als Hauptsache und Zubehör verbunden, so begründet das Fehlen einzelner Stücke bei Gefahrübergang keinen Sachmangel der Gesamtheit; dem Käufer steht vielmehr ein Anspruch auf restliche Erfüllung zu.**

BGH, Urteil vom 1.10.1992 — V ZR 36/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin kaufte von dem Beklagten als Konkursverwalter über das Vermögen der S. H. GmbH mit notariellem Vertrag vom 17. 7. 1985 mehrere Grundstücke in B., auf denen die Gemeinschuldnerin das Hotel C. betrieben hatte. Der Kaufpreis betrug 16.600.000 DM. Der Verkauf erfolgte „samt allen Bestandteilen und sämtlichem Zubehör“ und unter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel.

Die Gemeinschuldnerin hatte das Hotel Ende 1984 oder Anfang 1985 stillgelegt und dabei das Inventar weitgehend ausgelagert. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens am 30. 4. 1985 ließ der Beklagte das Inventar versteigern. Die Versteigerungen fanden zwischen dem 6. 6. 1985 und dem 2. 2. 1987 statt. Den Erlös vereinnahmte der Beklagte, nach Abzug von Unkosten, zur Konkursmasse.

Auf Antrag der B. H.- und W.-Bank AG war am 8. 3. 1985 die Zwangsversteigerung der Grundstücke angeordnet worden. Später nahm die Bank den Antrag zurück. Das Zwangsversteigerungsverfahren wurde am 29. 8. 1985 aufgehoben.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, das ausgelagerte Inventar sei ihr als Zubehör der Grundstücke mitverkauft worden; der Beklagte schulde ihr Schadensersatz, weil er arglistig die beabsichtigte Verwertung der ausgelagerten Inventarstücke verschwiegen habe. Sie hat Zahlung in Höhe des am 16. 7. 1985 abgerechneten Versteigerungserlöses von 153.302,50 DM nebst Zinsen, Übertragung von Besitz und Eigentum an bestimmten, noch nicht versteigerten Stücken sowie Auskunft über den Verbleib (und Verkaufspreis) weiteren Inventars beansprucht. Außerdem hat sie die Feststellung beantragt, daß der Beklagte zum Ersatz des noch unbezifferten Schadens verpflichtet sei.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin den Zahlungsantrag um die Abrechnungssummen aus den weiter durchgeführten Versteigerungen, insgesamt 81.791 DM, und den vom Versteigerer geschätzten

Wert der Inventarstücke, die sie zunächst herausverlangt hatte, 18.400 DM, erhöht und Zahlung von insgesamt 253.493,50 DM nebst Zinsen verlangt. Die übrigen Anträge haben die Partelen übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 250.442,50 DM nebst Zinsen verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf volle Abweisung des Zahlungsantrags weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung der Revision.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht stellt fest, die Klägerin habe die Bestimmung des Vertrags, wonach die Grundstücke „samt allen Bestandteilen und sämtlichem Zubehör“ gekauft wurden, allein dahin verstehen können, daß sie auch das ausgelagerte Inventar erwerben solle. Dabei habe es sich ursprünglich um Zubehör der Grundstücke gehandelt. Hieran habe sich aus der Sicht der Klägerin nichts geändert, denn diese sei unstreitig davon ausgegangen, die Auslagerung sei wegen eines geplanten Umbaus, möglicherweise zusätzlich auch aus Sicherheitsgründen, erfolgt. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, daß sie auf eine bei der Auslagerung bereits bestehende Absicht, einen Teil der Sachen nicht wiederzuverwenden, oder auf den späteren Entschluß des Beklagten, sie gesondert von den Grundstücken zu bewerten, hingewiesen worden sei.

Die Zubehöreigenschaft sei spätestens mit dem Entschluß des Beklagten zur gesonderten Verwertung entfallen. Hierauf habe der Beklagte die Klägerin schuldhaft nicht hingewiesen und sei ihr deshalb wegen Verschuldens bei Vertragsschluß schadensersatzpflichtig. Der Klägerin stehe ein Anspruch auf angemessene Herabsetzung des Kaufpreises zu, der die geltend gemachten Schadenspositionen abzüglich des Erlösanteils der geschätzten Sachen von 2.051 DM und einer einem Ersteigerer erteilten Gutschrift von 1.000 DM erfasse. In dieser Höhe könne sie Rückzahlung des bereits entrichteten Preises verlangen.

Dies bekämpft die Revision mit Erfolg.

II. 1. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, die Klägerin habe den Kaufvertrag allein in dem Sinne verstehen können, daß sie auch das ausgelagerte Inventar erwerben solle, ist von der Revision nicht angegriffen und hält auch der nach § 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO gebotenen sachlichen Überprüfung stand (§§ 133, 157 BGB; vgl. BGHZ 103, 275, 280). Dann ist aber kein Raum für die im Berufungsurteil bejahte Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß, denn die Übergabe und Übereignung des Inventars war Pflicht des Beklagten — des Verkäufers — nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB.

2. Entgegen der Auffassung der Revision stellt jedoch der Umstand, daß das ausgelagerte Inventar mit den Kaufgrundstücken nicht übergeben und übereignet wurde, keinen Sachmangel dar, der Gegenstand des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses wäre. Vielmehr stehen der Klägerin auf der Grundlage der tatrichterlichen Auslegung die Rechte des Käufers bei teilweiser Nichterfüllung des Kaufvertrags zu (§§ 433 Abs. 1, 440 Abs. 1, 325 BGB).

a) Die verkauften Hotelgrundstücke und das sich darauf noch befindliche Zubehör wiesen nicht deshalb einen Sachmangel auf, weil das ausgelagerte Inventar fehlt. Zu denken wäre allenfalls daran, daß Grundstücke, Zubehör und ausgelagertes Inventar, insgesamt betrachtet, mangelhaft ge-

wesen seien. In der Literatur wird zum Teil die Auffassung vertreten, beim Stückkauf liege ein Sachmangel vor, wenn die verkaufte Sachgesamtheit nicht den vereinbarten Bestand aufweist (BGB-RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 2; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 50; ablehnend Staudinger/Honsell, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, 2. Aufl., § 459 Rdnr. 16; differenzierend Erman/Weitnauer, BGB, 8. Aufl., § 459 Rdnr. 15; Jauernig/Vollkommer, BGB, 6. Aufl., § 459 Anm. II 3). Ob dem zu folgen wäre, kann dahinstehen, denn ein vergleichbarer Fall liegt hier nicht vor. Auch wenn für die Frage der Gewährleistung darauf abzustellen ist, daß die Inventarsachen als Zubehör verkauft wurden und der Verkauf von Hauptsache und Zubehör gewährleistungsrechtlich demjenigen einer Sachgesamtheit gleichstünde, sind die Voraussetzungen einer Sachmängelhaftung wegen Minderleistung nicht gegeben. Die Leistung des Beklagten ist nicht dadurch gekennzeichnet, daß die verkaufte Gesamtheit hinter dem vereinbarten Bestand zurückgeblieben wäre; der Beklagte hat vielmehr die Erfüllung auf einen Teil der Gesamtheit, die Grundstücke und das Zubehör, beschränkt, hinsichtlich der weiteren Kaufsachen aber keine Erfüllungshandlung vorgenommen.

Die unterschiedliche rechtliche Behandlung beider Fälle ist im Wesen des Stückkaufs begründet. Ist beim Stückkauf die Gefahr auf den Käufer übergegangen, verbleibt ihm nicht deshalb ein Erfüllungsanspruch, weil die gekauften Sachen oder einzelne von ihnen einen Mangel aufweisen (allg. Meinung, vgl. Soergel/Huber a. a. O., Vor § 459 Rdnr. 147); gleiches gilt vom Standpunkt der angeführten Literatur aus dann, wenn alle zu einer gekauften Sachgesamtheit gehörenden Einzelsachen geliefert sind, diese aber an Zahl, Maß oder Gewicht hinter dem vereinbarten Umfang zurückbleiben. Ist, um an die von Huber (a. a. O.) genannten Beispiele anzuschließen, etwa die unter Angabe der Stückzahl verkaufte Partie Konserven vollständig geliefert, bleibt die Stückzahl aber hinter der Angabe zurück, liegt nach seiner Auffassung ein Sachmangel vor (vgl. auch Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf, 1948, S. 123). Ist dagegen die Partie — gleichgültig, welche Vorstellungen sich die Parteien über ihren Bestand gemacht haben — nur zum Teil geliefert, dann hat der Käufer noch nicht alle individuell bestimmten Sachen erhalten, die ihm zustehen; ein Anspruch auf restliche Erfüllung ist ihm verblieben. Hätte mithin der Beklagte zwar das ausgelagerte Inventar geliefert, wäre dessen Bestand aber hinter dem vereinbarten Umfang (etwa nach einer zum Vertragsinhalt gemachten Inventarliste) zurückgeblieben, könnte die Klägerin auf die Gewährleistungsansprüche nach § 459 ff. BGB verwiesen sein. So ist die Sachlage im Streitfall aber nicht.

b) Allein der Umstand, daß die Hotelgrundstücke mit Zubehör und dem ausgelagerten Inventar als zusammengehörend verkauft wurden, macht das Fehlen der ausgelagerten Sachen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht zum Sachmangel. Dies zeigt § 469 Satz 2 BGB. Danach kann, wenn Sachen als zusammengehörend verkauft werden, jeder Teil verlangen, daß die Wandlung auf alle Sachen erstreckt wird, falls die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können. Begründete nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Fehlerhaftigkeit eines Einzelstücks einen Mangel der Gesamtheit der zusammen verkauften Sachen, so wäre diese Vorschrift überflüssig; ein Recht des Käufers auf Gesamtwandlung ergäbe sich unmittelbar aus den §§ 459, 462 BGB. Die

Regelung des § 469 Satz 2 BGB knüpft indessen das Recht, die Wandlung auf alle zusammengehörenden Sachen zu erstrecken, nicht an eine Beurteilung der Beschaffenheit oder der Eigenschaft der Sachen in ihrer Gesamtheit, sondern daran an, ob ein Einzelvollzug der Gewährleistung im Wandlungsfalle mit Nachteilen verbunden ist. Der Anspruch auf Erstreckung der Wandlung auf alle zusammen verkauften Sachen ist dabei nicht nur dem gewährleistungsberechtigten Käufer, sondern gleichermaßen, was vom Ausgangspunkt eines Gesamt mangels aus unverständlich wäre, auch dem Verkäufer eingeräumt. Das Gesetz stellt mithin auch dann, wenn mehrere Sachen als zusammengehörend verkauft wurden, bei der Sachmängelgewährleistung auf den Mangel der einzelnen Sache ab. Dann aber besteht kein Anlaß, ein eintretendes Manko als Mangel der verkauften Sachen in ihrer Gesamtheit zu behandeln.

c) Es verbleibt somit bei der Haftung des Verkäufers wegen teilweiser Nichterfüllung gem. §§ 433 Abs. 1, 440 Abs. 1, 325 BGB. An den versteigerten Teilen hat der Beklagte, der als Konkursverwalter über sie verfügen konnte (§ 6 Abs. 2 KO), das Eigentum verloren. Ob die Sachen noch zum Haftungsverband des Grundpfandrechts der Bank gehörten, die die Zwangsversteigerung betrieben hat (vgl. §§ 1121, 1122 BGB), ist — wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht — für den Streit der Parteien ohne Bedeutung. Dasselbe gilt für die Wirkungen des zunächst bestehenden, mit der Rücknahme des Antrags weggefallenen relativen Veräußerungsverbots zugunsten der Vollstreckungsgläubigerin (§§ 23, 29 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Infolge der wirksamen Weiterveräußerung der Kaufsachen muß das Unvermögen des Beklagten zur Leistung angenommen werden, solange er nicht behauptet und beweist, daß er zur Erfüllung durch Wiedererwerb der Sachen willens und in der Lage ist (BGH, Urt. v. 21. 5. 1973, II ZR 54/72, WM 1973, 1202; BGB-RGRK/Aiff, 12. Aufl., § 275 Rdnr. 14. m. w. N.). Eine solche Behauptung hat der Beklagte nicht aufgestellt.

Der Anspruch aus § 325 BGB erfaßt auch den durch anfängliches Unvermögen, nämlich zufolge der am 6. 6. und 16. 7. 1985 abgerechneten Versteigerungen, eingetretenen Schaden. Der Schätzwert der ursprünglich herausverlangten Sachen ist nach dem Berufungsurteil unstreitig, so daß er als Grundlage eines Schadensersatzanspruches in Frage kommt. Die Erlöse könnte die Klägerin, wenn sie von der ihr durch § 281 BGB eingeräumten Befugnis Gebrauch macht, auch ohne Schadensnachweis herausverlangen.

III. Die Sache ist jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif.

Die Revision greift nämlich die der tatrichterlichen Auslegung zugrundeliegende Feststellung (vgl. Senatsurt. v. 8. 12. 1989, V ZR 53/88, WM 1990, 423 [= DNotZ 1990, 592]), die Klägerin habe das Vertragsangebot des Beklagten nur so verstehen können, daß sie die Grundstücke einschließlich des ausgelagerten Inventars erwerben solle, mit Erfolg an. Die Feststellung beruht darauf, daß sich das Berufungsgericht nicht vom Bestehen einer Verkehrssitte überzeugen konnte, die eine Zubehöreigenschaft des Hotelinventars verneint (§ 97 Abs. 1 Satz 2 BGB); deshalb hat es angenommen, die ausgelagerten Inventarstücke seien ursprünglich Zubehör gewesen. Hierbei hebt das Berufungsurteil, an sich zu Recht, auf die Verkehrsanschauung am Ort der Liegenschaften, B., ab. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte es sich aber nicht über den Antrag des Beklagten hinwegsetzen, eine Auskunft der Industrie- und Handelskammer B. (so-

wie des Hotel- und Gaststättenverbandes in B.) zum Beweis dafür einzuholen, daß im B. Hotelgewerbe das Inventar nicht als Zubehör des Grundstücks angesehen werde. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, es schließe sich der Auffassung des Oberlandesgerichts Schleswig an, das für das Inventar einer Gaststätte in Schleswig-Holstein eine die Zubehörereigenschaft verneinende Verkehrsauffassung nicht festgestellt habe (Rpfleger 1988, 76). Hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür, daß sich die dortige Situation grundsätzlich von der in B. unterscheide, seien weder dargetan noch sonst ersichtlich; dies gelte um so mehr, als für B. bereits 1915 entschieden worden sei, eine die Zubehörereigenschaft von Gaststätteninventar verneinende Verkehrssitte sei nicht erweislich (OLG Hamburg, OLGE 31, 192). Das Berufungsgericht durfte zwar, da die Beweistatsache einen Gegenstand fachlicher Erfahrung betrifft, die Beweiserhebung bei Vorhandensein eigener Sachkunde ablehnen. Dann mußte es aber seine Sachkunde im Urteil darlegen (BGH, Urt. v. 27.5.1982, III ZR 201/80, NJW 1982, 2874; v. 9.5.1989, VI ZR 268/88, NJW 1989, 2948). Daran fehlt es. Die Begründung, Anhaltspunkte für eine Abweichung der Verkehrsauffassungen in den beiden Ländern seien nicht ersichtlich, läßt keinen Schluß auf eine eigene Anschauung des Berufungsgerichts von der Verkehrsauffassung zu. Nähere Darlegungen konnte es von dem Beklagten nicht verlangen. Zu dem von ihm zu führenden Beweis (vgl. Senatsurt. v. 19.3.1965, V ZR 270/62, LM BGB § 97 Nr. 3) genügte die Behauptung einer bestimmten Verkehrsanschauung und die Benennung des Beweismittels (MünchKomm-BGB/Holch, 2. Aufl., § 97 Rdnr. 29). Die Bezugnahme im Berufungsurteil auf Verhältnisse, die im Jahre 1915 bestanden hatten, ist ungeeignet, Feststellungen über die gegenwärtige Verkehrsanschauung zu treffen. Die Fortdauer des Bestehens oder Nichtbestehens einer Verkehrsanschauung wird nicht vermutet (vgl. RG, JW 1914, 460; Soergel/Mühl, a. a. O., § 97 Rdnr. 34).

Die Sache ist daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Ergebnis des Rechtsstreits hängt davon ab, ob das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, nach der maßgeblichen Verkehrsanschauung zähle das Inventar nicht zum Zubehör des Hotelgrundstücks. Ist dies der Fall, fehlt auch die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß; denn dann hatte der Beklagte keinen Anlaß, die Klägerin über seinen Entschluß zur gesonderten Verwertung, der — wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht — eine bestehende Zubehörereigenschaft beendet hätte (BGHZ 60, 267, 269), aufzuklären.

#### 4. BGB § 167 (Vollmachtsmißbrauch bei Abtretung einer Grundschuld)

##### Zur Frage des Vollmachtsmißbrauchs bei der Abtretung einer Grundschuld zur Sicherung von Drittschulden.

BGH, Urteil vom 28. 4. 1992 — XI ZR 164/91 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

##### Aus dem Tatbestand:

Die beklagte Sparkasse gewährte im März 1981 drei Darlehensnehmern ein Darlehen in Höhe von 300.000 DM, das am 30. Juni 1981 zurückzahlen gewesen wäre und das noch in Höhe von 210.315,85 DM offen ist.

Zur Sicherung dieses Darlehens diente der Beklagten eine Grundschuld in Höhe von 300.000 DM, die auf dem Grundstück der Schwiegermutter des Klägers eingetragen war. Diese Grundschuld hatte der

als ihr Vertreter auftretende Sohn der Eigentümerin an die Beklagte zur Sicherheit übertragen. Die Eigentümerin hatte ihren Sohn durch eine notariell beurkundete Vollmacht vom 6. 11. 1980 ermächtigt, ihren Grundbesitz mit Grundpfandrechten zu belasten und auch bereits eingetragene Rechte abzutreten. Die notarielle Vollmacht hat folgenden Wortlaut:

„Ich bevollmächtige hiermit meinen Sohn, den Grundbesitz zum Zwecke der Finanzierung mit Grundpfandrechten — Hypotheken oder Grundschulden — zu belasten samt Zinsen und Nebenleistungen und mich mit dinglicher Wirkung, aber nicht persönlich, gegenüber dem jeweiligen Gläubiger der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

Mein Sohn ist ermächtigt, alle zur Durchführung dieser Grundpfandrechtsbestellungen erforderlichen Bewilligungen und Anträge gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben; dazu gehören auch Abtretungserklärung bezüglich bereits eingetragener Rechte und Bewilligung und Antrag bezüglich der Löschung von Vorlasten und Änderung der Rangverhältnisse.“

Unter Verwendung dieser Vollmacht hatte der Sohn drei Eigentümergrundschulden über je 300.000 DM auf dem Grundbesitz seiner Mutter eintragen lassen, von denen er dann die erste als Sicherheit für das oben genannte Darlehen an die Beklagte abtrat. Am 23.3.1981 unterzeichnete er in Vertretung der Grundstückseigentümerin eine formularmäßige Zweckerklärung zugunsten der Beklagten.

Das Darlehen diente der Ersteigerung des Grundbesitzes einer Firma HE. GmbH durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der auch der Sohn der Sicherungsgeberin angehörte. Der Gewinn aus der Weiterveräußerung des zu ersteigernden Grundbesitzes sollte zwischen den Gesellschaftern geteilt werden. Die Beklagte überwies die Darlehensvaluta vereinbarungsgemäß auf ein Notaranderkonto „i. S. K./G.“. Die Ablösung dieses kurzfristig gewährten Darlehens sollte durch die G.-Versicherung erfolgen. Dazu kam es jedoch nicht.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Grundschuldabtretung an die Beklagte. Der Kläger, dem die Eigentümerin ihre Ansprüche abgetreten hat, fordert von der Beklagten die Übertragung der Grundschuld, hilfsweise die Bewilligung der Löschung. Er ist der Ansicht, daß die Vollmacht zur Grundstücksbelastung nur dem eigenen Kreditbedarf der Eigentümerin für geschäftliche Zwecke habe dienen sollen. Er behauptet, die Grundschuld sei von dem Bevollmächtigten abredewidrig ohne Wissen seiner Mutter zur Sicherung fremder Darlehensschulden an die Beklagte abgetreten worden, jedenfalls sei von der Vollmacht rechtsmißbräuchlich Gebrauch gemacht worden und die Beklagte habe dies erkennen müssen.

Die Beklagte bestreitet dies. Sie hält die Abtretung der Grundschuld und die Sicherungsvereinbarung für wirksam.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

##### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß der Bevollmächtigte bei der Übertragung der Grundschuld an die Beklagte für diese erkennbar seine Vollmacht mißbraucht habe, mit der Folge, daß die Eigentümerin nicht wirksam gebunden worden und der Rückgewähranspruch gerechtfertigt sei.

Es ist der Ansicht, die Vollmachtsurkunde sei auf der Grundlage ihres Wortlautes auszulegen. Soweit danach der Grundbesitz zum Zwecke der Finanzierung belastet werden könne, sei ungedeckter Kreditbedarf angesprochen gewesen, jedoch nicht notwendig der der Eigentümerin. Fremder Kreditbedarf sei nicht ausdrücklich ausgeschlossen gewesen. Die Vollmacht decke daher nicht nur die Bestellung der Eigentümergrundschuld, sondern auch die Übertragung der Grundschuld an die Beklagte. Die Verwendung der Grundschuld für das Fremddarlehen sei jedoch ersichtlich rechtsmißbräuchlich gewesen. Es habe sich um einen hohen Darlehensbetrag gehandelt. Was die Grundstückseigentümerin mit den Darlehensnehmern und ihren Vorhaben zu tun gehabt habe, sei nicht ersichtlich gewesen. Die

Abschätzung der Risiken bei der Darlehensgewährung habe allein bei der Beklagten gelegen. Die Verteilung der Risiken sei ganz ungewöhnlich zugunsten der Beklagten und zu Lasten der Vollmachtgeberin geregelt gewesen. Die Notwendigkeit einer Rückfrage beim Vertretenen habe sich geradezu aufgedrängt, weil der Beklagten im Zusammenhang mit der vorgesehenen endgültigen Ablösung des Darlehens durch die G.-Versicherung erkennbar gewesen sei, daß die langfristigen Finanzierungsmittel eigenen Kreditbedarf der Grundstückseigentümerin decken sollten. Mit der Änderung des Sicherungszwecks der Grundschuld zugunsten der Darlehensnehmer der Beklagten sei in ersichtlich verdächtiger Weise von der Vollmacht Gebrauch gemacht worden, die eine Rückfrage bei der Grundstückseigentümerin habe notwendig erscheinen lassen.

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht hat lediglich zugunsten der Beklagten unterstellt, daß die Grundschuldabtretung inhaltlich durch die notarielle Vollmacht gedeckt war. Soweit es sich damit — trotz der Ausführungen zur Reichweite der eingeräumten Vertretungsmacht — einer endgültigen Entscheidung enthalten hat, kann der Senat diese nachholen, da weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen (BGH, Urteil vom 14. 12. 1990 — V ZR 223/89, NJW 1991, 1180 m. w. N.).

Entgegen der Auffassung des Klägers richtet sich die Auslegung der notariellen Vollmacht im vorliegenden Fall nicht nach den für die Innenvollmacht entwickelten Grundsätzen. Bei der in einer Urkunde verlautbarten und nach außen kundgemachten Vollmacht ist grundsätzlich auf die sich aus dem Wortlaut der Urkunde ergebenden Verständnismöglichkeiten des Geschäftsgegners abzustellen (vgl. Senatsurteil vom 9. 7. 1991 — XI ZR 218/90, NJW 1991, 3141 [= MittBayNot 1992, 42 = DNotZ 1992, 94]). Daß der Beklagten darüber hinaus für den Umfang der Vollmacht bedeutsame Umstände bekannt gewesen wären, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Dem Wortlaut der Urkunde läßt sich nicht entnehmen, wessen Finanzbedarf durch die Belastung des Grundstücks gedeckt werden sollte. Es ist nicht ungewöhnlich, daß Grundpfandrechte Dritten zur Befriedigung eigenen Kreditbedarfs zur Verfügung gestellt werden. Da es sich um eine notarielle Urkunde handelt, kann der Geschäftsgegner davon ausgehen, daß etwaige die Vertretungsmacht einschränkende Zweckvorstellungen des Vollmachtgebers klar zum Ausdruck gebracht worden wären. Der letzte Absatz der Vollmacht bezieht im übrigen Abtretungserklärungen hinsichtlich bereits eingetragener Rechte ausdrücklich ein.

b) Rechtliche Bedenken bestehen bereits gegen die Feststellung, der Sohn der Grundstückseigentümerin habe von der ihm erteilten Vollmacht abredewidrigen Gebrauch gemacht.

Das Berufungsgericht stützt dieses Ergebnis allein auf die Aussage der am Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits erheblich interessierten Grundstückseigentümerin und ihres Sohnes. Es hat bei der Beweiswürdigung den sonstigen Prozeßvortrag außer acht gelassen und sich insbesondere nicht mit den Hintergründen des finanzierten Geschäfts auseinandergesetzt. Letztlich kann diese das Innenverhältnis zwischen der Vollmachtgeberin und ihrem Sohn betreffende Frage jedoch offenbleiben.

c) Denn selbst wenn ein abredewidriger Gebrauch der Vollmacht unterstellt wird, geht das angefochtene Urteil jeden-

falls zu Unrecht davon aus, daß mit der Abtretung der Grundschuld zur Sicherung des von der Beklagten gewährten Darlehens von der Vollmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht wurde.

aa) Das Berufungsgericht hat bei der Anwendung der Grundsätze über die Beachtlichkeit eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch den Bevollmächtigten wesentliche Gesichtspunkte nicht hinreichend berücksichtigt.

Der Vertretene hat grundsätzlich das Risiko eines Vollmachtsmißbrauchs zu tragen. Dem Geschäftsgegner obliegt im allgemeinen keine besondere Prüfungspflicht, ob und in welchem Umfang der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von seiner nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist aber gegen einen erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragsgegner dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so daß beim Vertragsgegner begründete Zweifel entstehen mußten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich nach den Umständen des Falles die Notwendigkeit einer Rückfrage des Vertragsgegners beim Vertretenen vor Vertragsschluß geradezu aufdrängte (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 28. 2. 1966 — VII ZR 125/66, NJW 1966, 1911; BGHZ 50, 112, 114; BGH, Urteil vom 10. 12. 1980 — VIII ZR 186/79, WM 1981, 66, 67; Urteil vom 14. 5. 1986 — IV a ZR 146/85, WM 1986, 1061, 1062; Urteil vom 18. 5. 1988 — IV a ZR 59/87, NJW 1988, 3012, 3013; Urteil vom 8. 3. 1989 — IV a ZR 353/87, WM 1989, 1068, 1069).

bb) Diese massive Verdachtsmomente voraussetzende „objektive Evidenz“ des Mißbrauchs (vgl. dazu MünchKomm/Thiele, 2. Aufl. § 164 Rdnr. 105) ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zu verneinen.

Die kreditgebende Bank hat ein legitimes Eigeninteresse an der Absicherung ihrer Kredite. Sie prüft diese nicht im Interesse des Kunden oder des Sicherungsgebers und ist deshalb über die Folgen der Kreditsicherung auch nicht allgemein aufklärungspflichtig (vgl. Senatsurteil vom 7. 4. 1992 — XI ZR 200/91, WM 1992, 977). Es ist nicht ungewöhnlich, daß jemand sein Grundstück als Sicherungsobjekt für Kredite Dritter verpfändet. Dabei ergibt sich — wie bei jeder Stellung von Sicherheiten für Schulden Dritter — notwendigerweise die vom Berufungsgericht als verdachterregend bewertete Verlagerung des Kreditrisikos vom Darlehensgeber auf den Sicherungsgeber. Dieser Umstand legt demgemäß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für sich allein den Verdacht eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht bei der Sicherheitenbestellung durch einen Bevollmächtigten noch nicht nahe.

Auch sonstige Umstände sprechen nicht für einen Mißbrauch. Die Beklagte kannte die Sicherungsgeberin nicht; diese war nicht ihre Kundin. Aus dem Wortlaut der der Beklagten bekannten notariellen Vollmacht ergab sich, daß Vertreter der Sicherungsgeberin deren Sohn war und die Vollmacht eigens zu dem Zweck erteilt wurde, das Grundstück zu Finanzierungszwecken belasten zu können. Das gesicherte Darlehen wurde nur für etwa drei Monate gewährt und sollte — wie der Beklagten von der G.-Versicherung bestätigt worden war — alsbald durch ein Darlehen über 650.000 DM abgelöst werden. Der Umstand, daß die Sicherungsgeberin eigenen Kreditbedarf für ihr Grundstück und ihr Textilgeschäft hatte, mußte ebenfalls keine Zweifel der

Beklagten an der ordnungsgemäßen Ausübung der Vollmacht auslösen, zumal sie über die Hintergründe des durch die Grundschuld gesicherten Fremddarlehens nichts Näheres wußte und sich darum auch nicht zu kümmern brauchte. Die Darlehensvaluta sollte auf ein Notaranderkonto überwiesen werden, das u. a. durch den Namen des Sohnes gekennzeichnet war. Sein Verhalten erschien daher unverständlich, zumal er ohnehin die finanziellen Angelegenheiten für seine betagte Mutter erledigte. Greifbare Anhaltspunkte für die Annahme, er wolle diese hintergehen, waren für die Beklagte nicht vorhanden. Eine Rückfrage bei der Vollmachtgeberin drängte sich unter den gegebenen Umständen nicht auf.

5. BGB §§ 1154 Abs. 1, 1155, 1192 Abs. 1, 892 Abs. 1 (*Briefübergabe bei Abtretung einer Briefgrundschuld; gutgläubiger Erwerb einer Briefgrundschuld*)

- 1. Zur Übergabe des Grundschuldbriefs i. S. d. § 1154 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB ist erforderlich, daß der Abtretungsempfänger den Brief vom Abtretenden und mit dessen Willen erlangt. Übergibt ein Dritter den Brief, so kann dies dem Abtretenden nur dann zugerechnet werden, wenn der Dritte als dessen Vertreter handelt.**
- 2. Gutgläubiger Erwerb einer Briefgrundschuld von einem nicht im Grundbuch eingetragenen Veräußerer setzt voraus, daß dieser unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer des Grundschuldbriefs ist; es genügt nicht, daß er in der Lage ist, dem Erwerber den Briefbesitz zu verschaffen.**

BGH, Urteil vom 8. 12. 1992 — XI ZR 44/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beklagte betreibt aus zwei Briefgrundschulden die Zwangsvollstreckung in die hälftigen Miteigentumsanteile der Klägerin an zwei Grundstücken. Mit der Klage beantragt die Klägerin, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist hälftige Miteigentümerin zweier Grundstücke in der Gemarkung S. Der Grundbesitz gehörte früher den inzwischen geschiedenen Eheleuten W. K. (Sohn der Klägerin) und Wa. K. (jetzt: M.) je zur Hälfte. W. K. ließ am 5. 2. 1982 seinen Miteigentumsanteil an die Klägerin auf. Sie wurde am 8. 4. 1982 als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen. Wa. K. übertrug ihren Anteil auf ihre Mutter F. Fr., die im Dezember 1985 als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde.

Die Eheleute K. hatten im Jahre 1976 zur Sicherung von Darlehen eine Briefgrundschuld über 141.000 DM zugunsten der W. AG und eine Briefgrundschuld über 9.200 DM zugunsten der Bausparkasse W. bestellt. Durch schriftliche Erklärungen vom 4. 3. 1982 traten die W. ihre persönliche Forderung von 141.734,38 DM sowie die Grundschuld über 141.000 DM und die Bausparkasse W. ihre persönliche Forderung von 7.445,64 DM sowie von der Grundschuld über 9.200 DM einen erstrangigen Teilbetrag in gleicher Höhe an F. Fr. ab. Die Abtretungserklärungen und die Grundschuldbriefe übersandten sie an H. Kü., den F. Fr. durch notarielle Erklärung vom 1. 3. 1982 bevollmächtigt hatte, sie in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten und dabei auch Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen vorzunehmen. Kü. gab am 10. 3. 1982 eine notariell beglaubigte schriftliche Erklärung ab, in der er u. a. die beiden Briefgrundschulden „zunächst an mich und gleichzeitig weiter ... an das B. Kreditinstitut“ (= Beklagte) abtrat und behauptete, dies „unter Übergabe der Grundschuldbriefe“ zu tun.

Die beiden Grundschulden wurden, soweit sie auf dem Halfteanteil von Wa. K. lasteten, im September 1983 gelöscht. Die Beklagte wurde im Juli 1984 als Inhaberin der Grundschulden im Grundbuch eingetragen. Auf ihre Anforderung unterwarf die Klägerin sich in notarieller Urkunde vom 6. 5. 1985 der sofortigen Zwangsvollstreckung aus den Grundschulden in ihren Miteigentumsanteil.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte sei zur Zwangsvollstreckung aus den Grundschulden nicht berechtigt. Kü. habe unter Mißbrauch der ihm von F. Fr. erteilten Vollmacht die Abtretung der Grundschulden an sich und anschließend an die Beklagte erklärt. Das sei der Beklagten auch bekannt gewesen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen.

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

#### *Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, es sei nicht feststellbar, daß die Beklagte zu Unrecht aus den Grundschulden in den Miteigentumsanteil der Klägerin vollstreckt. Zur Begründung führt es im wesentlichen aus:

Nach der Abtretung der Grundschulden durch die ursprünglichen Gläubiger an F. Fr. habe der Wirtschaftsberater H. Kü. aufgrund der Generalvollmacht der Frau Fr. die Grundschulden im Wege des ihm erlaubten Insichgeschäfts auf sich übertragen und sie sodann an die Beklagte abgetreten. Diese habe die Grundschuldbriefe erlangt und sei als Berechtigter im Grundbuch eingetragen. Ihr Gläubigerrecht sei durch die Kette der den §§ 1191 Abs. 1, 1154 Abs. 1 und 2 BGB entsprechenden Übertragungen der Grundschulden formell rechtmäßig belegt.

Demgegenüber greife der Einwand der Klägerin nicht durch, die Übertragung der Grundschulden von F. Fr. auf H. Kü. und von H. Kü. auf die Beklagte sei unwirksam. Es sei bereits zweifelhaft, ob Kü. dabei die Generalvollmacht der Frau Fr. mißbraucht habe. Das könne aber letztlich unentschieden bleiben. Die Beklagte brauche jedenfalls einen etwaigen Vollmachtsmißbrauch Kü.s nicht gegen sich gelten zu lassen, weil sich nicht feststellen lasse, daß sie von einem treuwidrigen Verhalten Kü.s Kenntnis gehabt oder sich einer solchen Kenntnis bewußt verschlossen habe.

Die Beklagte müsse sich auch nicht den Einwand entgegenhalten lassen, sie habe die Grundschulden durch eine unerlaubte Handlung erworben. Ein solcher Einwand setze voraus, daß die Beklagte im Zusammenwirken mit Kü. und unter Ausnutzung des Mißbrauchs seiner Vertretungsmacht die Grundschulden erworben und dadurch die Klägerin oder ihren Rechtsvorgänger in sittenwidriger Weise geschädigt habe. Es lasse sich aber nicht feststellen, daß die Beklagte von einem unredlichen Verhalten Kü.s Kenntnis gehabt und mit ihm zum Nachteil der Klägerin oder ihres Rechtsvorgängers zusammengewirkt habe.

II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer Abtretung der beiden Briefgrundschulden von Kü. an die Beklagte nicht festgestellt.

a) Zur Abtretung einer Briefgrundschuld ist nach § 1154 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit § 1192 Abs. 1 BGB neben einer schriftlichen Abtretungserklärung die Übergabe des Grundschuldbriefs oder eins der Übergabesurrogate nach § 1117 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 929 Satz 2, §§ 930, 931 BGB oder nach § 1117 Abs. 2 BGB erforderlich. Dabei stellt nicht jedweder spätere Besitzerwerb durch den Abtretungsempfänger eine Übergabe des Briefes im Sinne des § 1154 BGB dar (BGH, Urteil vom 29. 11. 1968 — V ZR 52/65 = WM 1969, 208, 209), Grundsätzlich ist vielmehr, wie die Verweisung in § 1154 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 1117 BGB und auch die Parallelvorschrift des § 929 Satz 1 BGB zeigen, erforderlich, daß der Abtre-

tungsempfänger den Brief vom Abtretenden und mit dessen Willen erlangt (ebenso für die Übergabe nach §§ 929, 933 BGB BGHZ 67, 207, 208 f.; BGH, Urteil vom 21.1.1970 — VIII ZR 145/68 = WM 1970, 251, 252). Das bedeutet zwar nicht, daß der Abtretende in jedem Falle in eigener Person mitwirken muß; die Briefübergabe kann vielmehr auch durch einen Vertreter bewirkt werden (*Soergel/Konzen*, 12. Aufl., BGB § 1154 Rdnr.15). Dazu ist jedoch erforderlich, daß derjenige, der den Brief übergibt, als Vertreter des Abtretenden handelt. Außerdem muß die Briefübergabe dem Willen des Abtretenden (noch) entsprechen (BGH, Urteil vom 29.11.1968 a. a. O.).

b) Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht nur festgestellt, daß die Beklagte die Grundschuldbriefe „erlangt“ hat, jedoch nichts darüber ausgeführt, in welcher Weise dies geschehen ist. Aus den im Berufungsurteil in Bezug genommenen Schriftsätzen der Parteien ergibt sich indessen, daß beide Parteien zwar zunächst von einer Übergabe der Grundschuldbriefe durch Kü. an die Beklagte am 10.3.1982 ausgegangen sind, daß sie danach aber übereinstimmend vorgetragen haben, die Grundschuldbriefe seien entgegen dem Wortlaut der Abtretungserklärung vom 10.3.1982 nicht zu diesem Zeitpunkt von Kü. an die Beklagte übergeben, sondern der Beklagten erst mit einem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. W. vom 13.12.1983 übersandt worden. Rechtsanwalt Dr. W. war nach der unwidersprochen gebliebenen Behauptung der Klägerin Bevollmächtigter der Frau Fr. Darüber, ob er bei der Übersendung der Grundschuldbriefe an die Beklagte — zumindest auch — für Kü. gehandelt habe, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Auch ein Vortrag der Parteien zu diesem Punkt ist nicht ersichtlich. Somit hat weder Kü. persönlich die Grundschuldbriefe an die Beklagte übergeben, noch läßt sich nach dem bisherigen Sach- und Streitstand eine von dritter Seite für Kü. bewirkte Briefübergabe feststellen.

c) Es ist auch nichts dafür ersichtlich, daß eins der in § 1154 i. V. mit § 1117 Abs. 1 und 2 BGB vorgesehenen Übergabesurrogate vorgelegen hätte. Die Beklagte hat in dieser Richtung nichts vorgetragen. Die Klägerin hat das Vorliegen eines solchen Übergabesatzes ausdrücklich verneint und insbesondere behauptet, daß keine Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB getroffen worden sei.

2. Das Berufungsurteil ist auch insoweit fehlerhaft, als das Berufungsgericht einen gutgläubigen Erwerb der beiden Grundschulden durch die Beklagte bejaht hat.

a) Auf die Frage des gutgläubigen Erwerbs kommt es nur an, wenn zum einen sich im weiteren Verlauf des Rechtsstreits ergeben sollte, daß überhaupt eine formal wirksame Abtretung der Grundschulden von Kü. an die Beklagte vorliegt (siehe dazu oben unter 1.). Zum anderen gewinnt die Frage des gutgläubigen Erwerbs nur dann Bedeutung, wenn Kü. im Zeitpunkt der Abtretung an die Beklagte nicht Inhaber der Grundschulden war. Das könnte dann der Fall gewesen sein, wenn Kü. bei der Abtretung der Grundschulden von Frau Fr. an sich selbst die ihm erteilte Vollmacht mißbraucht hätte. Ebenso wie Rechtsgeschäfte, die in bewußtem Zusammenwirken des Vertreters mit dem Geschäftspartner zum Nachteil des Vertretenen getätigt werden, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind (*MünchKommThiele*, 2. Aufl., BGB § 164 Rdnr. 99 m. w. N.), ist auch ein Rechtsgeschäft nichtig, das ein von § 181 BGB befreiter Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen abschließt, wenn er dabei seine Vertretungsmacht bewußt zum Nachteil des Vertrete-

nen mißbraucht. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht die Frage unentschieden gelassen, ob Kü. bei seinen Verfügungen über die Grundschulden die Vollmacht der Frau Fr. mißbraucht hat. Für die Revisionsinstanz ist daher zugunsten der Klägerin davon auszugehen, daß dies der Fall war.

b) War Kü. nicht Inhaber der Grundschulden geworden, so konnte die Beklagte durch die Abtretung die Grundschulden nur kraft guten Glaubens oder durch spätere Genehmigung seitens der Frau Fr. erwerben.

Da eine unmittelbare Anwendung des § 892 BGB ausscheidet, weil Kü. nicht als Inhaber der Grundschulden im Grundbuch eingetragen war, kommt nur ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 i. V. mit §§ 1155, 1192 Abs. 1 BGB in Betracht. Das setzt voraus, daß Kü. zur Zeit der Abtretung der Grundschulden an die Beklagte Besitzer der Grundschuldbriefe war. In diesem Zusammenhang ist zwar nicht unmittelbarer Besitz erforderlich; es genügt auch mittelbarer Besitz (RGZ 86, 262; *MünchKommEickmann*, 2. Aufl., BGB § 1155 Rdnr. 2). Fehlt es dagegen an unmittelbarem oder mittelbarem Besitz des Veräußerers, so kann seine Fähigkeit, dem Erwerber durch Einschaltung Dritter den Besitz zu verschaffen, nicht genügen (RG SeuffA 92 Nr. 152, S. 366; *MünchKommEickmann* a. a. O., Rdnr. 3; a. M. *Staudinger/Scherübl*, 12. Aufl., BGB § 1155 Rdnr. 5).

Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht weder für den Zeitpunkt der Abtretungserklärung vom 10.3.1982 noch für den der Übersendung der Grundschuldbriefe durch Rechtsanwalt Dr. W. am 13.12.1983 einen unmittelbaren oder mittelbaren Eigenbesitz Kü.s an den Briefen festgestellt.

Damit fehlt die Grundlage für die Anwendung der Gutgläubensschutzvorschriften durch das Berufungsgericht.

c) Sollte im weiteren Verlauf des Rechtsstreits für einen der hier maßgeblichen Zeitpunkte ein Besitz Kü.s an den Grundschuldbriefen festgestellt werden, so könnte es — unter den weiteren Voraussetzungen, daß überhaupt eine formal wirksame Abtretung der Grundschulden von Kü. an die Beklagte vorlag und Kü. nicht Inhaber der Grundschulden war — auf die Frage des guten Glaubens der Beklagten an die Inhaberstellung Kü.s ankommen. Dabei würde nach § 892 i. V. mit §§ 1155, 1192 Abs. 1 BGB, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nur positive Kenntnis von der Nichtberechtigung Kü.s oder ein bewußtes Sichverschließen vor einer solchen Erkenntnis den guten Glauben ausschließen. Die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht dargelegt hat, daß dies sich nicht feststellen lasse, sind frei von Rechtsfehlern.

3. Die Verneinung von Einwendungen der Klägerin nach §§ 826, 853 BGB gegen die Grundschulden durch das Berufungsgericht hält rechtlicher Prüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision können schon deshalb keinen Erfolg haben, weil eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Grundstückseigentümers durch den Zessionar einer Sicherungsgrundschuld voraussetzt, daß die Grundschuld nicht oder nicht mehr voll valuiert war (BGHZ 59, 1, 2). Daran fehlt es im vorliegenden Fall, weil die den beiden Grundschulden zugrundeliegenden Darlehensforderungen der W. und der Bausparkasse W. nicht erloschen, sondern — im Falle der Grundschuld der Bausparkasse W. in Höhe des Teilbetrags der Grundschuldbriefe — mit den Grundschulden an Frau Fr. abgetreten worden waren.

III. Das angefochtene Urteil mußte daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Prüfung zu dem Ergebnis gelangen, daß eine formal wirksame Abtretung der Grundschulden von Kü. an die Beklagte vorliegt, so wird es die von ihm bisher unentschieden gelassene Frage zu klären haben, ob Kü. Inhaber der Grundschulden geworden war oder ob das Insichgeschäft, mit dem er die Grundschulden als Bevollmächtigter der Frau Fr. an sich selbst abgetreten hatte, wegen Vollmachtsmißbrauchs nichtig war.

6. BGB §§ 133, 1093; GBO §§ 19, 49, 78 (*Unzulässigkeit der Eintragung eines unentgeltlichen Wohnungsrechts*)

1. Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen hat.
2. Die Unentgeltlichkeit der mit einem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB verbundenen Nutzung kann nicht Inhalt des dinglichen Rechts sein und somit auch nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Gewährt der Erwerber eines Grundstücks dem Veräußerer zu notarieller Urkunde „unentgeltlich“ im Rahmen eines Leibgedings ein Wohnungsrecht und eine Reallast und bewilligt er die Eintragung dieser (an anderer Stelle näher beschriebenen) Rechte, so ist die Urkunde dahin auszulegen, daß sich die „Unentgeltlichkeit“ nicht auf den Inhalt des dinglichen Rechts bezieht, sondern das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auf Grund des schuldrechtlichen Bestellungsvertrags betrifft.

BayObLG, Beschluß vom 30.10.1992 — 2 Z BR 89/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 überließ zu notarieller Urkunde vom 4.12.1991 sein Grundstück der Beteiligten zu 2; die Beteiligten erklärten die Auflassung. Als „Gegenleistung“ bestellte die Beteiligte zu 2 ein Leibgeding. Sie gewährte laut notarieller Urkunde (Abschnitt V 1) dem Beteiligten zu 1 „als Alleinberechtigten auf Lebenszeit unentgeltlich folgende Leibgedingsleistungen:

#### a) Wohnungsrecht

Unter Ausschluß des Eigentümers das Wohnungsrecht in dem gesamten Wohnhaus . . . , ausgenommen das 1. Zimmer rechts vom Aufgang im 1. Obergeschoß, das der Eigentümer nutzt.

Unter den Buchstaben b – f sind die von der Beteiligten zu 2 geschuldeten weiteren Leistungen im einzelnen aufgeführt (Kosten für Wasser, Strom und Heizung und alle übrigen Betriebskosten, Kochen der täglichen Tischkost oder auf Verlangen des Beteiligten zu 1 ein Verköstigungsgeld; Pflege und Besorgung aller notwendigen Gänge sowie Verrichtung aller übrigen Hausarbeiten im Falle von Krankheit und Gebrechlichkeit; Entschädigung für das Wohnungsrecht im Falle des Wegzugs des Beteiligten zu 1; monatliches Taschengeld), in Buchstabe g eine Wertsicherungsklausel für Taschen- und Verköstigungsgeld vereinbart.

Abschnitt V Nr.2 („Grundbuchanträge“) der Urkunde lautet:

Der Erwerber bestellt hiermit für den Veräußerer zur Sicherung der Wohnungs- und Benutzungsrechte am Hausgrundstück . . . eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und zur Sicherung der übrigen in Ziffer V 1 aufgeführten Austragsleistungen eine Reallast.

Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung dieser Rechte zusammen als Leibgedinge an nächstfolgender Rangstelle in dem Grundbuch mit dem Vermerk, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung vom 31.3.1992 beanstandet: Gemäß Ziffer V Nr. 1 der notariellen Urkunde werde u. a. ein unentgeltliches Wohnungsrecht bestellt. Die Unentgeltlichkeit könne nicht als Bestandteil des dinglichen Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen, sondern nur schuldrechtlich vereinbart werden. Die notarielle Urkunde sei in einer Nachtragsurkunde entsprechend abzuändern.

Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß vom 12.8.1992 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht, da Inhalt der Bewilligung und damit auch des Eintragungsantrags nicht die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts ist.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Inhalt eines dinglichen Rechts wie des Wohnungsrechts könne wegen der das Sachenrecht beherrschenden Prinzipien grundsätzlich nicht durch Vereinbarung abweichend von der gesetzlichen Regelung bestimmt werden. Beim Wohnungsrecht sei die Nutzung grundsätzlich unentgeltlich. Eine Gegenleistung könne nicht Inhalt des Rechts sein und damit auch nicht im Grundbuch eingetragen werden. Möglich sei nur die schuldrechtliche Vereinbarung eines Entgelts in dem dem Wohnungsrecht zugrunde liegenden Bestellungsvertrag.

Der von den Beteiligten geäußerten Auffassung, das Wort „unentgeltlich“ solle nur zum Ausdruck bringen, daß ein Entgelt als Bedingung nicht gewollt sei, könne nicht gefolgt werden. Eine solche Regelung wäre sinn- und wirkungslos. Denn es ergebe sich bereits aus der Urkunde, daß weitere Bedingungen nicht vereinbart worden seien.

Es bleibe somit dabei, daß die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts nicht als Bestandteil dieses Rechts in das Grundbuch eingetragen werden könne. Die nicht eingeschränkte Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung umfasse aber unzulässigerweise auch die Unentgeltlichkeit. Hinzu komme, daß das Wohnungsrecht im Grunde genommen gar nicht unentgeltlich sein solle; es sei vielmehr eine der Gegenleistungen für die Übereignung des Grundstücks.

Die Eintragungsbewilligung könne auch nicht so ausgelegt werden, daß die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit nur schuldrechtlicher Natur sein solle (daß sie also nicht Teil der Eintragungsbewilligung sei). Die Beteiligten seien nach wie vor der Meinung, daß die Unentgeltlichkeit mit dinglicher Wirkung vereinbart werden könne.

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

a) Als Teil des Leibgedings soll hier ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB für den Beteiligten zu 1 in das Grundbuch eingetragen werden. Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der auf einem Wohnungsrecht beruhenden Nutzung kann nicht zum Inhalt des Rechts gemacht und nicht in das Grundbuch eingetragen werden (BGH BB 1968, 767; BayObLGZ 1980, 176/179 [= MittBayNot 1980, 154]; 1988, 268/271 [= MittBayNot 1988, 234]; OLG Köln MittRhNotK 1974, 408/409; OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 345; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr.1259). Sieht man in der Unentgeltlichkeit der Nutzung einen tragenden Grundsatz des dinglichen Wohnungsrechts (vgl. BayObLG, jeweils a. a. O.), dann wäre deren besondere Erwähnung im Eintragungsvermerk überflüssig; etwas Überflüssiges darf

aber im Grundbuch nicht vermerkt werden (RGZ 119, 211/213; BayObLGZ 1953, 246/251; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anh. zu § 13 Anm. 7; KEHE/Ertl Grundbuchrecht 4. Aufl. Einleitung B 9). Sollte die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts hier nach dem objektiven Erklärungswert zum Inhalt des dinglichen Rechts und damit der Eintragungsbewilligung gehören, dann könnte diese nicht durch Bezugnahme gem. § 874 BGB zum Inhalt des Grundbuchs gemacht, das Wohnungsrecht nicht eingetragen werden. Auch eine Erklärung, die sowohl Bestimmungen über das dingliche Recht als auch schuldrechtliche Vereinbarungen enthält, darf durch Bezugnahme nicht zum Inhalt des Grundbuchs gemacht werden. Der das Grundbuchrecht beherrschende Grundsatz der Bestimmtheit und Klarheit von Grundbucheintragen und -erklärungen erfordert vielmehr, daß nur auf eintragungsfähige Regelungen Bezug genommen wird und daß sich der Umfang der Bezugnahme ohne weiteres ermitteln läßt; es kann nicht dem Leser des Grundbuchs überlassen bleiben, bei den in Bezug genommenen Erklärungen zwischen eintragungsfähigen (und damit zum Inhalt des Grundbuchs gewordenen) und nichteintragungsfähigen Regelungen zu unterscheiden (vgl. BGHZ 21, 34/43; BayObLGZ 1967, 48/52 ff.; *Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Anm. 3c; KEHE/Ertl § 19 Rdnr. 38; *Palandt/Bassenge* BGB 51. Aufl. § 874 Rdnr. 6). An diesen Grundsätzen ist im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs trotz der von den Beteiligten ins Feld geführten, vor allem aus der notariellen Praxis gewonnenen Argumente festzuhalten.

b) Die Unentgeltlichkeit der Nutzung soll im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht als Inhalt des Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen werden.

(1) Umfang und Inhalt einer Eintragungsbewilligung sind durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist wie bei allen Grundbucheintragungen (und bei Grundbucheintragen) auf ihren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205/209; 113, 374/378 [= MittBayNot 1991, 116 = DNotZ 1991, 888]; BayObLG MittRhNotK 1992, 82; *Horber/Demharter* § 19 Anm. 8b m. w. N.). Die Eintragungsbewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung (OLG Düsseldorf Rpfleger 1981, 177/178; OLG Hamm Rpfleger 1989, 148/149; *Horber/Demharter* Anm. 5a, KEHE/Ertl Rdnr. 18, *Meikel/Lichtenberger* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 37, jeweils zu § 19; *Palandt/Bassenge* § 873 Rdnr. 9; *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl., Vorbem. vor § 873 Rdnr. 13 *Erman/Hagen* BGB 8. Aufl. § 874 Rdnr. 4; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 98). Das Rechtsbeschwerdegericht hat sie wie jede Verfahrenserklärung (vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 106) selbständig auszulegen und ist nicht darauf beschränkt, die Auslegung des Tatrichters auf Rechtsfehler hin zu überprüfen (*Horber/Demharter* Anm. 4d, KEHE/Kuntze Rdnr. 14, jeweils zu § 78; a. A. KG JFG 11, 199/204; OLG Hamm Rpfleger 1988, 404/405 und die frühere Rechtsprechung des Senats, z. B. BayObLGZ 1984, 122/124 f. [= DNotZ 1984, 562]). Der Senat, der zu diesen beiden Fragen noch nicht abschließend Stellung genommen hat (vgl. BayObLG BWNNotZ 1989, 15; BayObLG MittBayNot 1989, 310; BayObLG MittRhNotK 1992, 82), macht sich nunmehr diese allein folgerichtig zu begründende Ansicht zu eigen.

(2) Nächstliegende Bedeutung der Eintragungsbewilligung ist nach Wortlaut, Sinn und Aufbau der notariellen Urkunde, daß die Unentgeltlichkeit nicht zu ihrem Inhalt gehört und damit nicht als Teil des Wohnungsrechts in das Grundbuch eingetragen werden soll. In Abschnitt V 2 bestellt die Betei-

ligte zu 2 „zur Sicherung der Wohnungs- und Benutzungsrechte“ eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (= Wohnungsrecht) und „zur Sicherung der übrigen in Ziffer V 1 aufgeführten Leistungen“ eine Reallast. Die „Vertragsteile“ (zu denen auch die von den Eintragungen allein betroffene Beteiligte zu 2 gehört) bewilligen und beantragen sodann die Eintragung dieser Rechte als Leibgeding. Die Bewilligung bezieht sich demnach, soweit sie das Wohnungsrecht betrifft, auf die in Abschnitt V 1 a getroffenen Regelungen; nur hier sind die zum Wohnungsrecht gehörenden dinglich gesicherten „Leistungen“ genannt. Unentgeltlich soll die Gewährung der Leibgedingsleistungen sein; dieser Begriff bezieht sich, ob er nun zutrifft oder nicht, somit nach Wortlaut und Sinn auf die der Bestellung des Wohnungsrechts und der Reallast sowie den durch sie gesicherten Leistungen zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung. Inhalt der dinglichen Rechte soll nur werden, was unter den Buchstaben a – g im einzelnen aufgeführt ist.

Da schon die Auslegung der notariellen Urkunde ergibt, daß die Eintragungsbewilligung nicht die Unentgeltlichkeit des Wohnungsrechts erfaßt, kommt ein die Bezugnahme einschränkender Vermerk (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1992, 345; *Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 1259) hier nicht in Betracht.

(3) Der Senat würde zu demselben Ergebnis gelangen, wenn er die Auslegung der Eintragungsbewilligung durch das Landgericht nur auf Rechtsfehler überprüfte. Die Frage der Auslegungsfähigkeit einer Grundbucheintragung ist auch nach dieser früher vom Senat vertretenen Meinung eine vom Rechtsbeschwerdegericht voll nachprüfbare Rechtsfrage. Hat das Tatsachengericht eine gebotene Auslegung nicht vorgenommen, so hat das Rechtsbeschwerdegericht sie nachzuholen (BayObLGZ 1984, 155/158 m. w. N. [= MittBay-Not 1984, 186]). (*Wird ausgeführt.*)

7. BGB §§ 873, 925; BeurkG §§ 9, 13, 13 a, 42, 44, 49; DNot § 29; GBO §§ 20, 29 (*Nachweis der Auflassung gegenüber Grundbuchamt durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der die Auflassung enthaltende Anlage zum Kaufvertrag*)

**Zum Nachweis der Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der die Auflassung enthaltende Anlage zum Kaufvertrag.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

LG Ingolstadt, Beschluß vom 8.8.1991 — 1 T 1151/91 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Thilo Morhard*, Bellngries

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Kaufvertrag vom 20. 3. 1991 des Notars verkaufte der Eigentümer den im Grundbuch des Amtsgerichts N. vorgetragenen Grundbesitz zum Miteigentum je zur Hälfte. Bezüglich der Auflassung des Grundbesitzes enthält die Urkunde unter § 2 Ziffer 2 folgende Erklärung der Parteien:

„Die Auflassung wird in der Anlage zu dieser Urkunde erklärt. Die Vertragsteile weisen den Notar unwiderruflich an, die Eigentumsbeschreibung erst zu beantragen, wenn ihm nachgewiesen ist, daß der gesamte Kaufpreis einschließlich etwaiger Zinsen bezahlt ist. Sie verzichten insoweit gegenseitig auf ihr eigenes Recht auf Antragstellung beim Grundbuchamt. Der Verkäufer wird den Notar vom ordnungsgemäßen Eingang des Kaufpreises unverzüglich schriftlich verständigen.“

Zur Sicherung des Anspruchs der Käufer auf Übertragung des Eigentums wurde in § 3 der Urkunde unwiderruflich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung am verkauften Grundbesitz bewilligt und beantragt. Die auf die Auflassungserklärung bezogene Anlage zur Urkunde hat folgenden Wortlaut:

„Anlage zur Urkunde des Notars vom 20.3.1991:

Die Beteiligten sind über den hiermit vereinbarten Eigentumsübergang einig; der Käufer beantragt die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch. — Ende der Anlage —“

Unter Vorlage der Urkunde vom 20.3.1991 ohne die vorerwähnte Anlage beantragte Notar X. mit Schreiben vom 26.3.1991 die Eintragung der Auflassungsvormerkung, die aufgrund Verfügung des Rechtspflegers vom 5.4.1991 auch antragsgemäß vollzogen wurde.

Mit Schreiben vom 11.7.1991 stellte Notar X. Antrag auf Vollzug der Urkunde im Grundbuch und legte gleichzeitig u.a. nunmehr auch Abschrift der vorerwähnten Anlage zur Urkunde vom 20.3.1991, vor. Die Anlage enthält neben dem Siegel des Notars den nicht von dem Notar unterzeichneten Stempelaufdruck „Vorstehende Abschrift stimmt mit der Urschrift überein. Ingolstadt, den 26. März 1991. Notar.“

Mit Zwischenverfügung vom 15.7.1991, dem Notar zugestellt am 16.7.1991, vertrat der Rechtspfleger die Auffassung, der beantragten Eintragung der Auflassung stünden als Hindernisse entgegen:

„Es fehlt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Kaufvertrages einschließlich Anlage bezüglich der Auflassung.

Die isolierte Vorlage des Urkundenteils bezüglich der Auflassung erscheint nicht ausreichend.

Dieser Urkundenteil weist auch keine Unterschrift im Beglaubigungsvermerk auf.“

Mit Schreiben vom 17.7.1991 legte der Notar gegen diese Zwischenverfügung Erinnerung ein mit der Begründung, entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes bei dem Amtsgericht N. sei die von ihm gewählte Art der Beurkundung der Auflassung zulässig. Insbesondere diene es der Vermeidung unnötiger Aufblähung der Grundakten, wenn der gesamte Kaufvertrag zunächst zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung ohne Auflassungserklärung vorgelegt und später die schon mit dem Kaufvertrag beurkundete, mit der Urkunde auch verlesene, zunächst nur als Anlage zur Urkunde genommene Auflassungserklärung ohne nochmalige Vorlage des gesamten Kaufvertrages zum Zwecke der Eigentumsumschreibung vorgelegt werde.

#### Aus den Gründen:

Das statthafte Rechtsmittel der Erinnerung, welchem der Rechtspfleger nicht abgeholfen hat (§ 11 RpfVG) ist nach Vorlage durch den Grundbuchrichter als einfache, nichtfristgebundene Beschwerde zu behandeln. Das Rechtsmittel ist zulässig, insbesondere formgerecht erhoben und im wesentlichen auch begründet:

1. Nach § 20 GBO ist zur Eintragung eines Eigentumswechsels im Grundbuch der Nachweis der nach §§ 873, 925 BGB erforderlichen Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber über den Eigentumswechsel zu führen. Nach § 29 GBO muß dieser Nachweis durch Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden, in denen die erforderlichen Erklärungen enthalten sind, erfolgen.

Die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes hat sich darauf zu beziehen, aber auch darauf zu beschränken, ob die beantragte Auflassung ordnungsgemäß beurkundet und hinreichend nachgewiesen ist.

a) Die von Notar X. im vorliegenden Fall gewählte Form der Beurkundung, nämlich die Auflassungserklärung als eine auf einem gesonderten Blatt abgesetzte Anlage zur eigentlichen Kaufvertragsurkunde zu nehmen, begegnet nach den für die Form der Beurkundung maßgeblichen Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes keinen Bedenken der Kammer. Aus § 9 I Satz 2 BeurkG ergibt sich, daß es grundsätzlich zulässig ist, Anlagen zu Urkundsniederschriften zu nehmen; erforderlich ist lediglich, daß in der Niederschrift (Haupturkunde) ausdrücklich auf die Anlage verwiesen wird. § 44 BeurkG verlangt darüberhinaus lediglich, daß dann, wenn eine Urkunde „aus mehreren Blättern“ besteht, „diese mit Schnur und Prägesiegel verbunden werden sollen“.

Selbstverständlich ist auch, daß — wie sich aus §§ 13, 13 a BeurkG ergibt — auch die Anlagen der Vorlesung und Genehmigung durch die Beteiligten bedürfen.

b) Ist nach alledem die von Notar X. gewählte Form der Beurkundung als dem Gesetz entsprechend anzusehen, so bleibt lediglich die Frage, ob — wie die angefochtene Zwischenverfügung meint — die bloße Vorlage der die eigentliche Auflassungserklärung enthaltenden Anlage dem Erfordernis eines wirksamen Nachweises im Sinne des § 29 GBO nicht genügt, obgleich der Notar mit der Vorlage auf die bereits zum Zwecke der Eintragung der Auflassungsvormerkung vorgelegte Kaufvertragsurkunde ausdrücklich verweist und auf diese auch ausdrücklich Bezug nimmt.

Zu entscheiden ist demnach, ob die Vorlage einer zunächst zurückgehaltenen Urkundenanlage, die rechtlich lediglich einen Auszug aus der Gesamturkunde darstellt, im vorliegenden Streitfall den Anforderungen der Grundbuchordnung genügt.

Dies ist zu bejahen. § 49 V BeurkG bestimmt ausdrücklich die Zulässigkeit einer auch nur auszugsweisen Erteilung einer Urkunde. Nach § 42 III BeurkG ist lediglich erforderlich, daß im Beglaubigungsvermerk der Gegenstand des Auszugs angegeben und zugleich bezeugt wird, daß die Urkunde über diesen Gegenstand keine weiteren Bestimmungen enthält. Im vorliegenden Falle nun ist mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf die Urkunde vom 20.3.1991 unter Angabe der UR-Nummer den Formvorschriften der §§ 49 II und V Satz 2, 42 III BeurkG genüge getan. Dem Grundbuchamt liegen der gesamte Kaufvertrag und damit die erforderlichen Willenserklärungen der Beteiligten zum Eigentumswechsel vor; mit der nachgereichten Vorlage der auf die Haupturkunde ausdrücklich Bezug nehmenden Auflassungserklärung sind sonach alle den Gegenstand der beantragten Eintragung betreffenden Teile der Urkunde und sämtliche erforderlichen Erklärungen in ordnungsgemäß beurkundeter Form vorgelegt. Dem Grundbuchamt ist es auch möglich, den Vertragsgegenstand genau zu erkennen und entsprechend den vorgelegten Erklärungen den Eigentumswechsel durch Eintragung in das Grundbuch zu vollziehen.

Die Kammer ist sonach mit dem beschwerdeführenden Notar der Auffassung, daß weder nach dem Grundbuchrecht noch nach dem Beurkundungsgesetz eine Rechtsgrundlage ersichtlich ist für das Begehren des Grundbuchamtes nach nochmaliger Vorlage des gesamten Kaufvertrages. Die zudem für die Beteiligten wegen des Ersparnisses an Schreibauslagen kostengünstigere, eine gerade bei umfangreichen Kaufverträgen eine Aufblähung der Grundakten vermeidende und — wie gerichtsbekannt ist — vom Grundbuchamt bei dem Amtsgericht I. bereits akzeptierte Verfahrensweise, wie sie im vorliegenden Fall der beschwerdeführende Notar gewählt hat, ist ausdrücklich zu begrüßen.

Im dargelegten Umfange ist sonach die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes bei dem Amtsgericht N. aufzuheben.

2. Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der gewählten Art eines Nachweises im Sinne des § 29 I Satz 1 GBO ist im vorliegenden Falle ein ordnungsgemäßer Antrag auf Eintragung der Auflassung nicht gestellt:

a) Die Kammer sieht keinen Formmangel darin, daß die nachträglich vorgelegte Anlage entgegen der Vorschriften in §§ 44 BeurkG und 29 DONot nicht mit Schnur und Siegel zur Haupturkunde verbunden ist.

Die Urkunde selbst ist als solche ordnungsgemäß geheftet und gebunden. Nachgereichte Anlagen können naturgemäß nicht in der entsprechenden Form der §§ 44 BeurkG, 29 DONot zur bereits früher vorgelegten Urkunde verbunden werden. Sinn des gesetzlichen Verlangens nach Verbindung einzelner Blätter einer Urkunde durch Schnur und Siegel ist die Sicherung der Zusammengehörigkeit mehrerer Teile einer Niederschrift. Der Notar bescheinigt mit Siegelung und Unterschrift eine entsprechende Zusammengehörigkeit. Darüberhinaus kommt der Sollvorschrift des §§ 44 BeurkG keine weitere Bedeutung zu. § 29 DONot spricht nicht ausdrücklich von Anlagen zu Urkunden und schreibt lediglich vor, daß jede Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift, die mehr als einen Bogen oder ein Blatt umfaßt, zu heften und der Heftfaden anzusiegeln ist.

Im vorliegenden Fall hat der beschwerdeführende Notar mit seinem Antrag vom 11.7.1991 ausdrücklich in dem dem Sinn des Gesetzes in § 44 BeurkG und § 29 DONot zugrundegelegten Sinn, nämlich Zurechnung der Anlage zur Haupturkunde, zu bestätigen, gehandelt, indem er ausdrücklich darauf hinweist, daß er (neben Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes und Bestätigung wegen der Vorkaufsrechte) nunmehr auch die Anlage zur Urkunde vom 20.3.1991 vorlegte. Mit dieser Erklärung ist kein Raum mehr für Zweifel dahingehend, ob die Auflassungserklärung sich in wirksamer Weise auf den bereits vorgelegten Kaufvertrag bezieht.

b) Begegnet sonach die fehlende Verbindung der Anlage mit Schnur und Siegel zur Haupturkunde keinen entscheidungserheblichen Bedenken der Kammer, so gilt dies nicht für die Tatsache, daß weder das Antragsschreiben des Notars X. vom 11.7.1991, noch die als beglaubigte Abschrift deklarierte Anlage die Unterschrift des Notars tragen. Beglaubigung von Abschriften, Abdrucken, Ablichtungen und dergleichen erfordert zwingend neben dem Siegel des Notars und nebst Ort und Tag der Ausstellung zwingend auch die Unterschrift des Notars (§ 29 BeurkG). Dasselbe gilt für Anträge, die Grundlage einer Grundbucheintragung sein sollen, § 29 III GBO.

Da im vorliegenden Fall weder die nachträglich vorgelegte Anlage noch der Antrag auf Eintragung der Auflassung die Unterschrift des beschwerdeführenden Notars bzw. seines amtlich bestellten Notarvertreters enthält, liegt gegenwärtig ein wirksamer Antrag auf Eintragung der Auflassung nicht vor und das Grundbuchamt handelt insoweit rechtens, als bis zur Nachholung dieses Formerfordernisses von einer Eintragung der Auflassung abgesehen wird.

8. Einigungsvertrag Art. 22 Abs. 4; Kommunalverfassungsgesetz § 57; UmwG § 58; VZOG §§ 2, 6 (*Umwandlung von Regiebetrieben einer Kommune in eine GmbH*)

**Zum grundbuchamtlichen Vollzug der Umwandlung eines Regiebetriebs einer Kommune in eine GmbH nach dem UmwG bedarf es regelmäßig nicht der Vorlage eines Vermögenszuordnungsbescheids nach § 2 VZOG.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Bezirksgericht Dresden, Beschluß vom 30.10.1992 — 2 T 717/92 — mitgeteilt von Notar *Dr. M. Cremer*, Dresden

*Aus dem Tatbestand:*

1. Am 30. April 1992 um 9.20 Uhr ging beim Kreisgericht Dresden-Stadt — Grundbuchamt — eine Urkunde des Notars Dr. C. vom 20.6.1991 ein.

Die Urkunde beinhaltet eine Umwandlungserklärung der Stadt D.

Die Umwandlungserklärung hat — auszugsweise — folgenden Wortlaut:

1. Gemäß Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages ist das Vermögen des ehemaligen VEB Gebäudewirtschaft D. auf die Stadt D. übergegangen.

2. Die Stadt D. wandelte das Unternehmen der Städtischen Gebäudewirtschaft II unter Zugrundelegung der Bilanz zum 31.12.1990 gem. § 58 UmwG in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in D. um, deren Firma S-GmbH lautet und für die der in der Anlage I wiedergegebene Gesellschaftsvertrag maßgebend ist.

3. Die Stadt D. überträgt das Geschäftsvermögen, das dem Unternehmen der Städtischen Gebäudewirtschaft II dient, auf die neu errichtete Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Für die Übertragung im einzelnen ist die dieser Erklärung als Anlage II beigefügte Übersicht über die zu dem Grundstück gehörenden Betriebe und die als Anlage III beigefügte Übersicht über die sonstigen Aktiva und Passiva der eingebrachten Betriebe, der die Bilanz des Unternehmens zum 31.12.1990 zugrunde liegt, maßgebend.

Mit Antrag vom 26.5.1992 — eingegangen beim Grundbuchamt D-Stadt am 1.6.1992 — beantragte der Notar Dr. C. zu der dem Grundbuchamt D. vorgelegten Urkunde das Grundbuch an den in der Anlage zum Umwandlungsbeschluß aufgeführten Grundbuchstellen insoweit zu berichtigen, als diese Grundstücke noch als Eigentum des Volkes eingetragen sind.

Weiterhin legte Notar Dr. C. im Grundbuchamt einen Handelsregisterauszug des Kreisgerichts D. vor, aus welchem sich ergibt, daß die S-GmbH eingetragen und durch Umwandlungsbeschluß vom 20.6.1991 entstanden ist.

2. Am 9.7.1992 erließ das Kreisgericht D. — Grundbuchamt — eine Zwischenverfügung, in welcher den Antragstellern mitgeteilt wurde, daß der Eigentumsübergang nach Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wurde und eine Offenkundigkeit nicht vorliege.

Dem Grundbuchamt sei daher noch ein Bescheid nach § 2 VZOG vorzulegen, aus welchem sich das Eigentum der Stadt D. ergebe.

Falls dieser Bescheid nicht binnen drei Monaten vorgelegt werde, sehe sich das Grundbuchamt genötigt, in allen Grundbüchern Amtswidersprüche einzutragen, da § 29 GBO derzeit verletzt werde.

Gegen die Zwischenverfügung vom 5.7.1992 legte der Notar Dr. C. Erinnerung ein, welche er im wesentlichen wie folgt begründete:

Das Vermögen des Städtischen Eigenbetriebes sei mit Eintragung der Umwandlung im Handelsregister in das Eigentum der Gesellschaft übergegangen, einer Auflassung oder einer Eintragung im Grundbuch hätte es hierzu nicht bedurft.

Voraussetzung für den Vermögensübergang sei lediglich die Wirksamkeit der Umwandlung sowie eine Verfügungsbefugnis des Umwandelnden über die Gegenstände der Umwandlung. Da die Wirksamkeit der Umwandlung vom Handelsregister zu prüfen sei, sich die Verfügungsbefugnis der Stadt aus § 6 Abs. 1 VZOG ergäbe, stünden der beantragten Grundbuchberichtigung keine Hindernisse entgegen.

Am 4.8.1992 erließ das Kreisgericht D. — Grundbuchamt — eine weitere Zwischenverfügung, in welcher nochmals darauf hingewiesen wurde, daß der Eigentumsübergang nach Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wurde und eine Offenkundigkeit nicht vorliege.

Falls bis zum 20.10.1992 dem Grundbuchamt nicht ein Bescheid nach § 2 VZOG vorgelegt werde, werde der Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen.

Gegen die Zwischenverfügung vom 4.8.1992 legte der Notar Dr. C. Erinnerung ein, welche er wie die Erinnerung vom 29.7.1992 begründete.

Sowohl das Grundbuchamt als auch der Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Der Grundbuchrichter begründete die Nichtabhilfe im wesentlichen wie folgt:

Die Gebietskörperschaft habe ihr Eigentum nachzuweisen, die Verfügungsberechtigung allein genüge nicht.

#### Aus den Gründen:

Auf die Erinnerungen vom 29. 7. 1992 und 9. 8. 1992, welche gem. § 11 Abs. 2 Satz 5 Rechtspflegersgesetz als Beschwerde gegen die Entscheidung des Rechtspflegers gelten, waren die Zwischenverfügungen des Kreisgerichts D. vom 4. 8. 1992 und 9. 7. 1992 aufzuheben und das Kreisgericht D. — Grundbuchamt — war anzuweisen, von den erhobenen Bedenken Abstand zu nehmen.

Der grundbuchrechtliche Vollzug der Umwandlung gem. § 58 UmwG des VEB Gebäudewirtschaft II in die S-GmbH konnte vom Grundbuchamt nicht von der Vorlage eines Bescheids nach § 2 des Vermögenszuordnungsgesetzes abhängig gemacht werden.

Nach Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages (EV) ist das zur Wohnungsversorgung genutzte, ehemals volkseigene Vermögen, das sich in Rechtsträgerschaft des ehemaligen VEB Gebäudewirtschaft D. befand, auf die Stadt D. übergegangen.

Art. 22 Abs. 4 des Einigungsvertrages verpflichtet die Kommunen im übrigen, deren Wohnungsbestand unter Berücksichtigung sozialer Belange schrittweise in eine marktwirtschaftliche Wohnungswirtschaft zu überführen.

Unter den mehreren, hierfür in Betracht kommenden Möglichkeiten hat sich die Stadt D. für die Gründung einer kommunaleigenen GmbH — hier der S-GmbH — durch Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, und zwar durch Umwandlung der wohnungswirtschaftlichen Regiebetriebe der Stadt D., entschieden.

Grundvoraussetzung für die Umwandlung ist nach § 58 des Umwandlungsgesetzes das Vorliegen eines Regie- oder Eigenbetriebes der Kommune.

Nach dem Einigungsvertrag sind die ehemaligen volkseigenen Betriebe der Wohnungswirtschaft — hier VEB Gebäudewirtschaft D. — organisatorisch — nicht aber rechtlich — selbständige Regiebetriebe, die sich regelmäßig in der Trägerschaft der Kommune befinden.

Die Zulässigkeit der Umwandlung von Regiebetrieben richtet sich danach, inwieweit sie durch Bundes- oder Landesrecht gestattet ist (§ 58 Abs. 1 Satz 2 UmwG). Für die Zulässigkeit der Umwandlung von Regiebetrieben in eine GmbH ist in den neuen Bundesländern das Kommunalverfassungsgesetz (KommVerfG) vom 17. 5. 1990 (GBl. DDR I Nr. 28 Seite 255) maßgeblich, da es nach dem Einigungsvertrag fortgilt (Anlage II Kap. II Sachgebiet B Abschn. I). Nach § 57 Abs. 1 KommVerfG können die Gemeinden „zur Durchführung ihrer Aufgaben wirtschaftliche Unternehmen im Interesse des Gemeinwohls übernehmen, gründen, unterhalten oder erweitern, sofern diese Aufgaben von Dritten erfüllt werden“. § 57 Abs. 3 Nr. 2 KommVerfG nennt dabei ausdrücklich als solche wirtschaftliche Unternehmen auch Eigengesellschaften, bei denen es sich nach allgemeinen kommunalverfassungsrechtlichen Grundsätzen auch um Kapitalgesellschaften handeln kann.

Hieraus folgt, daß eine Umwandlung nach § 58 UmwG durch die vorerwähnten Bestimmungen des KommVerfG zugelassen ist. Darüberhinaus präzisiert Art. 22 Abs. 4 EV den Auftrag von § 59 KommVerfG, nämlich die Überführung des Wohnungsbestandes in eine marktwirtschaftliche Wohnungswirtschaft.

Mit der Eintragung der S-GmbH in das Handelsregister am 25. 6. 1991 gingen auch die in der Umwandlungserklärung in

der Anlage II aufgeführten Grundstücke auf die S-GmbH über. Die S-GmbH ist somit seit dem 25. 6. 1991 Eigentümer der betreffenden Grundstücke; und zwar Kraft Rechtsgeschäft, denn der Vorgang versteht sich als eine erweiterte Sachgründung, aber doch im Wege der Universalsukzession, denn der Rechtsübergang ist von der Spezialitätsregel der Einzelrechtsnachfolge befreit (vgl. *Karsten Schmidt*, AcP 1991, 512).

Der beim Spezialitätsprinzip notwendigen Einhaltung bestimmter Formalien, wie Auffassung und Eintragung in das Grundbuch bei Grundstücken, bedarf es somit nicht. Der Eigentumsübergang ist konstitutiv, das heißt, das Grundbuch bedarf der Berichtigung, also Eintragung der kommunaleigenen GmbH, hier der S-GmbH, als Eigentümerin.

Dies hat gem. §§ 22, 29 GBO durch den Nachweis der materiellen Berechtigung der Stadt D. zu erfolgen.

Die Stadt D. ist nach Maßgabe des Art. 22 des Einigungsvertrages Eigentümerin der betreffenden, Wohnzwecken dienenden Grundstücke geworden.

Der grundbuchrechtliche Nachweis richtet sich nach den Vorschriften des Vermögenszuordnungsgesetzes (VZOG).

Der hier vom Grundbuchamt vertretenen Auffassung, daß dieser Nachweis nur durch Vorlage eines Bescheids nach § 2 des VZOG geführt werden kann, kann jedoch nicht gefolgt werden.

§ 6 VZOG räumt nämlich den Gemeinden die Befugnis ein, schon vorab, das heißt, bevor ein Vermögenszuordnungsbescheid nach dem Vermögenszuordnungsgesetz ergangen ist, über Grundstücke und Gebäude, die im Grundbuch noch als Eigentum des Volkes eingetragen sind, zu verfügen.

Von Seiten des Gesetzgebers wurde es insoweit bewußt hingenommen, daß im Einzelfall Verfügungsbefugnis und Eigentümerstellung voneinander abweichen.

Gründe, die den Nachweis der Berechtigung gem. §§ 22, 29 GBO von dem Erlaß eines Vermögenszuordnungsbescheids gem. § 2 VZOG trotz der Regelung des § 6 VZOG notwendig machen, sind für den Senat nicht erkennbar.

a) Entgegen der vom Kreisgericht Leipzig im Beschluß vom 22. 7. 1992 — Geschäftsnummer Leipzig 6170/2 — vertretenen Auffassung stellt eine Umwandlung gem. § 58 UmwG durchaus eine Verfügung im Sinne des § 6 VZOG dar. Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft, das unmittelbar darauf gerichtet ist, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern, zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben (vgl. *BGHZ* 1, 304/101, 26).

Bei der hier vorgenommenen Umwandlung nach § 58 UmwG handelt es sich um eine übertragende Umwandlung, bei welcher das Geschäftsvermögen von der Stadt D. im Wege der rechtsgeschäftlichen Universalsukzession auf die privatrechtlich organisierte S-GmbH übertragen wurde.

b) Daß durch die Umwandlung kein Veräußerungserlös — Kaufpreis — angefallen ist, steht der Annahme, daß es sich bei einer Umwandlung um eine Verfügung im Sinne des § 6 VZOG handelt, nicht entgegen. Wie aus § 6 Abs. 4 VZOG in der Fassung des 2. Vermögensrechtsänderungsgesetzes vom 14. 7. 1992 zu entnehmen ist, ist die verfügende Stelle verpflichtet, dem Berechtigten mindestens den Wert des Vermögensgegenstandes auszukehren. Insoweit kann davon

ausgegangen werden, daß unter den Begriff der Verfügung im Sinne des § 6 VZOG auch unentgeltliche Verfügungen fallen.

Im übrigen ist der wahre Berechtigte im Umwandlungsfall erheblich besser gestellt als im Normalfall des § 6 VZOG.

Ein gutgläubiger Erwerb der Sacheinlagen wie im Fall der Einzeleinbringung nach § 892 BGB scheidet im Fall der Universalsukzession durch Rechtsgeschäft rechtstechnisch an der Befreiung vom Spezialitätsgrundsatz (vgl. *Schmidt*, a. a. O., Seite 518). Wer nämlich das Gesamtvermögen eines erlöschenden Rechtsträgers übernimmt, erwirbt dieses „tel quel“. Die einzelnen Vermögensgegenstände sind gar nicht Gegenstand des Gesamtrechtsnachfolge herbeiführenden Vertrages bzw. des Beschlusses, und dies entspricht auch dem auf ungeteilte Nachfolge in die Aktiven und Passiven — damit auch in Herausgabe und Grundbuchberichtigungspflichten zielenden Parteiwillen. Demzufolge ist mit der herrschenden Meinung ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen (vgl. u. a. *Kraft* in *Kölner Kommentar*, Aktiengesetz 2. Aufl. 1991, § 346 Rdnr. 18).

Da es im übrigen den Grundbuchämtern unbenommen ist, in Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 6 VZOG, nämlich insbesondere die alleinige Rechtsträgerschaft der Kommunen oder der ihnen unterstellten Betriebe für das jeweilige Grundstück nicht gegeben sind, im Einzelfall den Erlaß eines Vermögenszuordnungsbescheides für die Grundbuchberichtigung abhängig zu machen, wären die Zwischenverfügungen aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, über den grundbuchrechtlichen Vollzug der Umwandlung gem. § 58 UmwG des VEB Gebäudewirtschaft in die S-GmbH erneut zu entscheiden.

9. BGB §§ 177, 185, 883; GBO § 19 (*Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Kaufvertragsangebot des Käufers*)

**Ist in einem notariellen Angebot des Käufers auf Abschluß eines Grundstückkaufvertrages zugleich die Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Käufers durch die Kaufvertragsparteien erklärt, so beinhaltet die von dem selben Notar beurkundete Erklärung des Verkäufers, „dieses Angebot in vollem Umfang vorbehaltlos und unwiderruflich“ anzunehmen, regelmäßig auch die Zustimmung zur Eintragung der Auflassungsvormerkung. Es widerspricht dem Grundsatz der Auslegungsfähigkeit grundbuchverfahrensrechtlicher Erklärungen, wenn das Grundbuchamt in diesem Fall auf einer ausdrücklichen Bewilligungserklärung in der Annahmeerkunde beharrt. Ob die Erklärung des Verkäufers als eigene Bewilligungserklärung oder als Genehmigung gem. § 185 Abs. 2 oder gem. § 177 Abs. 1 BGB auszulegen ist, kann dahinstehen.**

(*Leitsätze nicht amtlich*)

LG Karlsruhe, Beschluß vom 13. 12. 1991 — 11 T 606/91 —, mitgeteilt von Notarassessor *Axel Wilke*, Ludwigshafen am Rhein

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde durch den beurkundeführenden Notar ist als in Vollmacht sämtlicher Beteiligten eingelegt anzusehen und da er gem. § 15 GBO namens der Beteiligten Eintragsanträge gestellt hat zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO). Sie ist auch begründet.

Allerdings sind die Ausführungen des Grundbuchamtes im Grundsatz richtig, da die Eintragsbewilligung gem. § 19 GBO als rein verfahrensrechtliche Erklärung weder annahmepflichtig noch annahmefähig im Sinne der Rechtsgelehrtslehre des materiellen Rechtes ist. Richtig ist auch, daß derartige verfahrensrechtliche Erklärungen bestimmt und eindeutig gefaßt sein müssen, um die Sicherheit des Grundbuchverkehrs zu gewährleisten, was insbesondere von einem Notar in erhöhtem Maße zu erwarten ist.

Trotzdem sind verfahrensrechtliche Erklärungen, wie das Grundbuchamt nicht verkennt, der Auslegung und in Ausnahmefällen sogar der Umdeutung zugänglich.

Die Eintragsbewilligung der Vormerkung hatten vorliegend die das Angebot annehmenden Verkäufer als Betroffene zu erklären (§ 19 GBO). Eindeutige Erklärungen hatte allerdings lediglich der Käufer in der Angebotsurkunde abgegeben (§ 15 Ziffer 3: „Die Beteiligten bewilligen und beantragen ...“). Der Käufer bewilligte also in eigenem Namen die Eintragung der Vormerkung, ohne als Nichteigentümer hierzu berechtigt zu sein. Gleichzeitig enthält die Urkunde noch die gleichlautende Erklärung der Verkäufer, ohne daß klargestellt ist, ob der Käufer diese Erklärung für die Verkäufer abgibt oder dies die Verpflichtung der Verkäufer zur Abgabe der Bewilligungserklärung oder Genehmigung gem. § 185 Abs. 2 BGB — und damit als Teil des schuldrechtlichen Kaufvertrages — darstellt. Diese Frage kann jedoch dahinstehen, da es im Ergebnis gleichgültig ist, ob die Auslegung der Annahmeerklärung dazu führt, diese als eine eigene Bewilligungserklärung der Verkäufer, als Genehmigungserklärung nach § 185 Abs. 2 BGB oder als Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB anzusehen. Eine dieser drei Erklärungen, im Zweifel die eigene Bewilligung, haben die Verkäufer in der Annahmeerklärung abgegeben. Dies folgt einmal aus der Erklärung selbst, wonach die Verkäufer „dieses Angebot in vollem Umfang vorbehaltlos und unwiderruflich“ annehmen. Zwar ist dem Grundbuchamt zuzugeben, daß die Verkäufer durchaus Gründe haben könnten, die Bewilligungserklärung nicht abzugeben und dies insbesondere dem Grundbuchamt als Erklärungsempfänger nicht bekannt sein kann. Bei der Auflassungsvormerkung als dem gebräuchlichsten, den Käufer sicherndes Rechtsinstitut ist dies ohne jegliche Anhaltspunkte, die vorliegend nicht erkennbar sind, jedoch nicht anzunehmen. Vielmehr mußten die Verkäufer davon ausgehen, daß das Angebot des Käufers unter der stillschweigenden Bedingung erteilt wurde, daß die Vormerkung zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs bewilligt wird (siehe hierzu auch *Winkler*, DNotZ 71, 718). Dies war für die Verkäufer aus der Formulierung „Die Beteiligten bewilligen ...“ ohne weiteres erkennbar. Die „eingeschränkte“ Annahme des Vertragsangebots hätten die Verkäufer in der Annahmeerkunde daher verlautbaren müssen. Da darüberhinaus sowohl die Angebotsurkunde als auch die Annahmeerkunde vor dem selben Notar errichtet wurde, mußte selbst dem Grundbuchamt als außerhalb der Vertragsbeziehungen stehendem Erklärungsempfänger klar sein, daß die Bewilligung der Eintragung der Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Käufers in der ausdrücklich vorbehaltlos erklärten Annahme gewollt und gemeint war. Das Beharren auf einer ausdrücklichen Erklärung in der Annahmeerkunde stellt jedenfalls vorliegend reinen Formalismus dar, der die auch das Grundbuchverfahren beherrschenden Auslegungsgrundsätze nicht beachtet.

10. BGB §§ 138, 242, 1570, 1585 c (*Verzicht auf nahehe-lichen Unterhalt*)

- a) Zur Frage, ob ein Verzicht auf nahehe-lichen Unterhalt, den die künftigen Eheleute vor der Eheschließung vereinbaren, wegen Belastung des Trägers der Sozialhilfe nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein kann.
- b) Ein geschiedener Ehegatte kann sich auf einen Unterhaltsverzicht des anderen nach Treu und Glauben nicht berufen, wenn und soweit das Wohl eines gemeinschaftlichen, von dem anderen Ehegatten betreuten Kindes den Bestand der Unterhaltungspflicht fordert.

**Verlangt das Kindeswohl eine Unterhaltsleistung, um den eigenen Unterhalt des betreuenden Ehegatten so zu sichern, daß er sich der Pflege und Erziehung des Kindes widmen kann, so ist dem Unterhaltspflichtigen die Berufung auf den Unterhaltsverzicht grundsätzlich nur insoweit verwehrt, als der betreuende Ehegatte lediglich den notwendigen Unterhalt verlangt, und nur so lange, wie er neben der Betreuung des Kindes nicht mindestens seinen notwendigen Bedarf durch eigene Erwerbstätigkeit decken kann (Fortführung und Ergänzung der bisherigen Senatsrechtsprechung).**

BGH, Urteil vom 9. 7. 1992 — XII ZR 57/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Ehefrau (Antragsgegnerin) nimmt den Ehemann (Antragsteller) auf Zahlung nahehe-lichen Unterhalts in Anspruch.

Vor Eingehung der Ehe am 31. 8. 1984 schlossen die Parteien am 22. 8. 1984 einen notariell beurkundeten Ehe- und Erbvertrag, in dem sie für den Fall der Scheidung unter III. folgendes vereinbarten:

„1. Sollte der Antrag auf Scheidung der Ehe innerhalb von fünf Jahren nach deren Beginn gestellt werden, so verzichten wir gegenseitig auf alle Unterhaltsansprüche für die Zeit nach der Scheidung, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an.

2. Wird der Scheidungsantrag nach Ablauf von fünf Jahren gestellt, gilt folgendes:

Soweit nach den gesetzlichen Bestimmungen Unterhalt zu leisten ist, ist dieser Unterhalt nur in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Unterhalts, höchstens jedoch bis zum Betrag von DM 1.500 monatlich zu zahlen.

Am 9. 1. 1985 wurde die gemeinsame Tochter geboren. Im Juni 1986 trennten sich die Parteien.

Auf den am 24. 6. 1987 zugestellten Scheidungsantrag des Ehemannes hat das Familiengericht durch Verbundurteil vom 21. 12. 1989 die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge für die Tochter der Ehefrau übertragen, das Umgangsrecht des Ehemannes bis spätestens 10. 1. 1991 ausgeschlossen, die auf Zahlung von monatlich 4.000 DM nahehe-lichem Unterhalt sowie 600 DM Kindesunterhalt gerichteten Anträge der Ehefrau abgewiesen und ausgesprochen, daß ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Der Ehemann hat gegen den Ausschluß des Umgangsrechts Beschwerde eingelegt, die im weiteren Verlauf übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist. Die Ehefrau hat gegen den Scheidungsausspruch sowie die Abweisung der Unterhaltsanträge Berufung eingelegt. Mit ihrem Rechtsmittel hat sie monatlich 3.000 DM Ehegattenunterhalt, hilfsweise begrenzt bis 9. 1. 1994, sowie monatlich 500 DM Kindesunterhalt begehrt.

Das Oberlandesgericht hat die Folgesachen Umgangsrecht, Ehegattenunterhalt und Kindesunterhalt aus dem Verbund gelöst und durch Teilurteil vom 25. 10. 1990 die Berufung der Ehefrau gegen den Scheidungsausspruch zurückgewiesen. Das Urteil ist rechtskräftig. Durch Schlußurteil vom 7. 2. 1991 hat das Oberlandesgericht das Urteil des Familiengerichts teilweise geändert und den Ehemann verurteilt, an die Ehefrau für die Zeit ab 1. 12. 1990 bis längstens 31. 8. 1993 Ehegattenunterhalt in Höhe von monatlich 1.000 DM zu zahlen. Ferner hat es ihn unter Abänderung früherer Titel verurteilt, für die Tochter ab 1. 2. 1990 Unterhalt in Höhe von monatlich 500 DM zu

zahlen. Die weitergehende Berufung der Ehefrau hat es zurückgewiesen. Mit der — zugelassenen — Revision verfolgt die Ehefrau ihr Begehren auf Zahlung von monatlich 3.000 DM Ehegattenunterhalt weiter. Der Ehemann verteidigt das angefochtene Urteil.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die gesetzlichen Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs der Ehefrau nach § 1570 BGB liegen vor, da sie wegen der Pflege und Erziehung der gemeinschaftlichen Tochter nicht in der Lage ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und damit selbst für ihren Unterhalt zu sorgen.

2. Das Oberlandesgericht hält den von den Parteien vereinbarten Unterhaltsverzicht für rechtswirksam, da Verlobte für den Fall der Scheidung ihrer künftigen Ehe auch auf einen Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB wirksam verzichten könnten, § 1585 c BGB. Insoweit steht seine Beurteilung in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 28. 11. 1990 — XII ZR 16/90 — FamRZ 1991, 306 m. N.) und wird auch von der Revision nicht angegriffen.

3. Das Oberlandesgericht beurteilt die Vereinbarung der Parteien über den Unterhaltsverzicht nicht als sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) und führt hierzu im wesentlichen aus: Die Ehefrau habe sich von sich aus an den Steuerberater F. des Ehemannes gewandt und mit ihm am 10. 8. 1984, also drei Wochen vor der geplanten Eheschließung, ein etwa einstündiges Gespräch über den vom Ehemann gewünschten Ehevertrag geführt. Dies zeige, daß sie von seinen Absichten keinesfalls erst ganz kurzfristig vor der Eheschließung Kenntnis erlangt habe. Aus ihrem Verhalten ergebe sich ferner, daß sie nicht unbedacht und arglos nur hingenommen habe, was der Ehemann gewollt habe, sondern versucht habe, sich mit seinen Vorstellungen auseinanderzusetzen. Sowohl bis zur Vertragsunterzeichnung am 22. 8. 1984 als auch danach bis zur Eheschließung am 31. 8. 1984 habe sie genügend Zeit gehabt abzuwägen, ob sie trotz des ihr abverlangten weitgehenden Verzichts auf nahehe-lichen Unterhalt die Ehe eingehen wolle. Die Ehefrau sei weder unerfahren noch mangle es ihr an Urteilsvermögen. Der Ehemann habe auch keine besondere Zwangslage der Ehefrau ausgenutzt. Einen rechtlichen Zwang zur Eheschließung gebe es nicht. Es sei deshalb ohne rechtliche Bedeutung, daß er die Eheschließung von dem Abschluß eines Ehevertrags abhängig gemacht habe, der einen — gesetzlich zugelassenen — Verzicht auf nahehe-lichen Unterhalt einschloß. Bei einer Gesamtwürdigung dürfe daneben nicht außer Betracht bleiben, daß die wirtschaftliche Situation der Ehefrau sich trotz des Ehevertrags durch die Eheschließung verbessert habe. Diese habe ihr für die Dauer der Ehe einen rechtlich gesicherten Unterhaltsanspruch verschafft, während sie andernfalls nur einen auf maximal ein Jahr nach der Entbindung befristeten Unterhaltsanspruch nach § 1615 I BGB gehabt hätte. Schließlich habe sich auch nicht feststellen lassen, daß die Parteien oder auch nur der Ehemann von vornherein eine nur kurzfristige Ehe gewollt hätten.

Die Revision rügt, dem angefochtenen Urteil fehle es wie dem Urteil des Familiengerichts, auf das es sich bezieht, an der gebotenen Gesamtschau. Das Berufungsgericht habe nicht ausreichend gewürdigt, daß die Ehefrau den Verzichtsvertrag unterschrieben habe, ohne den fertigen Entwurf durchsprechen zu können, geschwächt durch ihre Schwangerschaft und beeindruckt von der Drohung des Ehemannes, die Eheschließung andernfalls „platzen zu lassen“. Der Ehe-

mann habe die Hilflosigkeit der Ehefrau sowie seine wirtschaftliche Übermacht ausgenutzt und damit sittenwidrig gehandelt.

Diese Rüge greift nicht durch.

a) Allerdings kann eine Vereinbarung, durch die Verlobte oder Eheleute für den Fall der Scheldung Ihrer Ehe auf nachehelichen Unterhalt verzichten, nach deren aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmendem Gesamtcharakter gegen die guten Sitten verstoßen und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, falls die Vertragschließenden dadurch bewußt eine Unterstützungsbedürftigkeit zu Lasten der Sozialhilfe herbeiführen, auch wenn sie eine Schädigung des Trägers der Sozialhilfe nicht beabsichtigen (Senatsurteil BGHZ 86, 82, 88; vgl. auch Senatsurteil vom 28. 11. 1990 a. a. O. S. 307).

Die Parteien haben durch den Unterhaltsverzicht im Vertrag vom 22. 8. 1984 jedoch keine Unterstützungsbedürftigkeit der Ehefrau zu Lasten der Sozialhilfe herbeigeführt. Sie waren damals noch nicht verheiratet; den Unterhaltsleistungen, die der Ehemann der Ehefrau erbrachte, lag daher keine Rechtspflicht zugrunde. Da er die Eingehung der Ehe unstreitig von dem Unterhaltsverzicht abhängig machte, hatte die Ehefrau auch keine Aussicht, künftig einen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt über das ihr im Vertrag vom 22. 8. 1984 Zugebilligte hinaus zu erwerben. Auf den — zeitlich begrenzten — Unterhaltsanspruch nach § 1615 I BGB, den sie nach der Geburt des gemeinschaftlichen Kindes gegen den Ehemann gehabt hätte, wenn es nicht zur Heirat gekommen wäre, konnte sie für die Zukunft nicht wirksam verzichten (§§ 1615 I Abs. 3 Satz 1, 1614 Abs. 1 BGB) und hat sie auch nicht verzichtet.

Der Unterhaltsverzicht hat daher ihre Bedürftigkeit und damit das Risiko, zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf Sozialhilfe angewiesen zu sein, nicht erhöht. Im Gegenteil hat er ihr eine bis dahin nicht bestehende rechtliche Sicherung verschafft, weil sie während der durch den Verzicht ermöglichten Ehe Anspruch auf Familienunterhalt (§§ 1360, 1360 a BGB) und für den Fall einer später als fünf Jahre nach der Heirat beantragten Ehescheidung den begrenzten Unterhaltsanspruch nach III 2. des Vertrages hatte.

Schon aus diesen Gründen ist der Unterhaltsverzicht daher nicht deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil er zu Lasten der Sozialhilfe geschlossen worden ist, ohne daß es noch darauf ankommt, ob die subjektiven Voraussetzungen vorlägen (auf die der Senat im Urteil vom 28. 11. 1990 a. a. O. für den damals zu beurteilenden Verzicht abgestellt hat).

b) Soweit die Revision auf die persönliche Situation der Ehefrau bei Abschluß der Vereinbarung vom 22. 8. 1984 verweist, will sie offenbar die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB angenommen wissen. Diese Norm betrifft jedoch lediglich Austauschgeschäfte (BGH, Urteil vom 4. 7. 1990 — IV ZR 121/89 — FamRZ 1990, 1343, 1344 m. N.). Die dazu entwickelten Rechtsgrundsätze lassen sich auf familienrechtliche Verträge nicht übertragen (Senatsurteil vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 22/84 — FamRZ 1985, 788, 789 [= MittBayNot 1985, 207]).

Allerdings können Rechtsgeschäfte, die den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB nur zum Teil erfüllen, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein (*Palandt/Heinrichs*, BGB 51. Aufl. § 138 Rdnr. 66 mit Rdnr. 24 ff.). Das Verhalten des Ehemannes erfüllt jedoch den Tatbestand dieser Vorschrift auch nicht teilweise.

Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Ehemann nicht eine

Unerfahrenheit oder mangelndes Urteilsvermögen der Ehefrau ausgenutzt, um sie zu dem Unterhaltsverzicht zu bewegen. Angesichts des festgestellten Geschehensablaufs, bei dem sie Gelegenheit hatte, sich mit den Vorstellungen des Ehemannes auseinanderzusetzen, und diese Gelegenheit auch wahrgenommen hat, vor allem durch ein ausführliches Gespräch mit dem Steuerberater F., besteht kein Grund zu der Annahme, sie sei durch seine Forderung nach einem Unterhaltsverzicht in einer Weise überrumpelt worden, die sie nicht zu einer Abwägung des Für und Wider habe kommen lassen. Daß ihre Schwangerschaft sie daran gehindert habe, ist nicht festgestellt, ohne daß die Revision insoweit Verfahrensrügen erhebt.

Schließlich ist der Unterhaltsverzicht auch nicht deshalb sittenwidrig, weil der Ehemann eine Zwangslage der Ehefrau ausgenutzt hat. Die Revision begründet ihre gegenteilige Auffassung damit, daß er die Ehefrau in Erkenntnis ihrer Hilflosigkeit mit der Drohung beeindruckt habe, die Eheschließung andernfalls „platzen zu lassen“. Daran ist richtig, daß die Ehefrau angesichts ihrer Schwangerschaft ersichtlich ein starkes und auch begreifliches Interesse hatte, durch eine Heirat mit dem Ehemann als Vater des von ihr erwarteten Kindes eine gesicherte Versorgung zu erlangen. Sie hatte mit ihm nach der Trennung von ihrem früheren Ehemann schon jahrelang zusammengelebt, war — abgesehen von zeitweiligen Tätigkeiten in seinem Geschäft — nicht erwerbstätig und mußte damit rechnen, durch die Betreuung des Kindes auf längere Zeit gehindert zu sein, ihren Lebensunterhalt selbst zu verdienen. Ein Verzicht auf die Eheschließung mag ihr außerdem dadurch erschwert worden sein, daß der Ehemann ihr die Heirat nach anfänglichem Widerstreben zugesagt hatte, ihre Verwandten die Heirat erwarteten und ein Hochzeitstermin bereits festgesetzt war. Auch diese gesamte Situation, die dem Ehemann ersichtlich in allen Einzelheiten bekannt war, macht seine Weigerung, die Ehefrau ohne vorherigen Unterhaltsverzicht zu heiraten, indessen nicht sittenwidrig. Er war rechtlich zu keiner Zeit zur Heirat verpflichtet. Auch aufgrund seines Eheversprechens konnte die Ehefrau von ihm nicht die Eingehung der Ehe verlangen (§ 1297 Abs. 1 BGB). War der Ehemann aber in seiner Entscheidung, ob er die Ehefrau heiratete, bis zuletzt frei, so konnte er die Heirat auch — selbst kurzfristig vor dem dafür vorgesehenen Termin — von einem (rechtlich grundsätzlichlich möglichen, s. o. zu 2.) Unterhaltsverzicht abhängig machen. Würde diesem aus den von der Revision ins Feld geführten Gründen nach § 138 Abs. 1 BGB die Rechtswirksamkeit abgesprochen, so läge darin ein Eingriff in die Eheschließungsfreiheit des Ehemannes, der seinerseits mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren wäre.

c) Sonstige Gesichtspunkte, unter denen die Gültigkeit des Unterhaltsverzichts nach § 138 Abs. 1 BGB in Frage stehen könnte, sind nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht. Die Belange des gemeinschaftlichen Kindes (vgl. dazu Senatsurteil vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 22/84 — a. a. O. S. 790) werden unter 4. im Zusammenhang mit der Frage berücksichtigt, ob der Ehemann sich auf den Unterhaltsverzicht berufen kann.

4. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, daß der Ehemann der Ehefrau für die Zeit vom 1. 12. 1990 (Rechtskraft des Scheidungsausspruchs) bis zum 31. 8. 1993 monatlich 1.000 DM Ehegattenunterhalt zu zahlen habe, damit begründet, es sei ihm nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Unterhaltsverzicht zu berufen, solange der Ehefrau wegen der Betreuung der gemeinschaftlichen Tochter eine Erwerbstätigkeit nicht zuzumuten sei und soweit sie daher mangels

anderer Mittel auf Sozialhilfe angewiesen werde. Hingegen bleibe der Unterhaltsverzicht insoweit von Bedeutung, als die Ehefrau einen über den Mindestbedarf hinausgehenden, an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierten Unterhaltsbetrag fordere. Der maßgebende Grund dafür, daß der — leistungsfähige — Ehemann sich auf den Unterhaltsverzicht nicht berufen könne, liege darin, daß ein Wegfall des Unterhaltsanspruchs entweder zu Lasten der Allgemeinheit gehe, die mit Sozialhilfeleistungen einspringen müsse, oder zu Lasten des gemeinschaftlichen Kindes, wenn die Ehefrau trotz ihrer Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Dieser Gesichtspunkt entfalle, wenn der Ehemann Unterhaltsleistungen erbringe, die für die Ehefrau den Zwang entfallen ließen, zur Sicherstellung ihrer elementaren Unterhaltsbedürfnisse öffentliche Mittel in Anspruch zu nehmen oder erwerbstätig zu sein.

Die Revision wendet sich nicht gegen den der Ehefrau günstigen Ausgangspunkt dieser Überlegungen. Sie meint aber, da der Anspruch auf nahehelichen Unterhalt ein einheitlicher Anspruch sei, könne sie den vollen ihr nach dem Maßstab des § 1578 BGB zustehenden Unterhalt verlangen.

Das angefochtene Urteil hält jedoch auch insoweit der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist dem auf Unterhalt in Anspruch genommenen geschiedenen Ehegatten die Berufung auf einen Unterhaltsverzicht des anderen unter Umständen nach § 242 BGB verwehrt, weil sie gegen Treu und Glauben verstößt (Senatsurteile vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 17/84 — FamRZ 1985, 787 [= MittBayNot 1985, 207]; IV b ZR 22/84 — FamRZ 1985, 788, 789; zuletzt Urteil vom 28. 11. 1990 a. a. O.). Das hat der Senat insbesondere für Fälle entschieden, in denen sich die zur Zeit des Unterhaltsverzichts bestehenden oder erwarteten Verhältnisse nachträglich so entwickelt hatten, daß überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder der Geltendmachung des Verzichts entgegenstanden (vgl. Urteile vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 17/84 — a. a. O.; vom 15. 10. 1986 — IV b ZR 79/85 — FamRZ 1987, 46, 47 f.). Er hat diese Rechtsprechung aber von vornherein nicht auf Sachverhalte beschränkt, in denen erst eine nachträgliche und unvorhergesehene Entwicklung ergibt, daß die Berufung auf den Unterhaltsverzicht mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist (vgl. Urteil vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 22/84 — a. a. O.). In seinem schon vom Berufungsgericht herangezogenen Urteil vom 28. 11. 1990 (a. a. O.) hat er die Berufung auf einen Unterhaltsverzicht versagt, den die damals schon schwangere Frau — wie im vorliegenden Fall — kurz vor der Heirat erklärt hatte, wobei den (künftigen) Eheleuten bekannt gewesen oder allenfalls infolge grober Fahrlässigkeit verborgen geblieben war, daß sie im Falle einer (baldigen) Scheidung ohne Unterhaltsleistungen des Mannes darauf angewiesen war, entweder Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen oder unter dem Kindeswohl zuwiderlaufender Einschränkung der Kindesbetreuung einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Hiernach steht der Anwendung des vom Senat entwickelten Grundgedankens, wonach dem Unterhaltspflichtigen die Berufung auf einen — an sich wirksamen — Unterhaltsverzicht nach Treu und Glauben verwehrt sein kann, nicht entgegen, daß die Parteien beim Abschluß des Vertrages vom 22. 8. 1984 bereits die dann tatsächlich eingetretene Entwicklung bedacht haben, nämlich eine Scheidung der Ehe zu einer Zeit, als die Betreuung des Kindes die Mutter an

jedem eigenen Erwerb hinderte und sie daher mangels eigenen Einkommens und Vermögens auf Unterhaltsleistungen angewiesen war.

Wie ausgeführt, hat das Berufungsgericht bei der Prüfung, ob und inwieweit der Ehemann sich auf den Unterhaltsverzicht berufen kann, auf den von ihm für maßgeblich gehaltenen Gesichtspunkt abgestellt, daß der Wegfall des Anspruchs auf nahehelichen Unterhalt entweder zu Lasten der Allgemeinheit oder zu Lasten des Kindes gehe. Soweit es damit auf die Belastung der Sozialhilfe abgestellt hat, hat es einen Gedanken aus dem von ihm herangezogenen Senatsurteil vom 28. 11. 1990 (a. a. O.) aufgegriffen. Denn dort wird für einen vergleichbaren Sachverhalt die Geltendmachung des Unterhaltsverzichts deshalb als anstößig bezeichnet, weil sie darauf hinauslaufe, daß der unterhaltspflichtige Ehemann sich auf Kosten der Allgemeinheit finanzielle Vorteile verschaffe, obwohl diese durch die Gewährung von Sozialhilfe nur deshalb einspringe, weil der Ehefrau im Interesse des gemeinsamen Kleinkindes keine Erwerbstätigkeit angesonnen werde (a. a. O. S. 307).

Bei erneuter Prüfung ist der Senat jedoch zu der Auffassung gelangt, daß in diesem Zusammenhang nicht auf die Belastung der Sozialhilfe abgestellt werden kann. Wie unter 3. a) dargelegt, kann ein Unterhaltsverzicht zu Lasten der Sozialhilfe unter bestimmten Voraussetzungen sittenwidrig und daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Ist das — wie hier — nicht der Fall, erscheint es nicht folgerichtig, diesen Gesichtspunkt bei der Prüfung, ob der Unterhaltspflichtige sich nach Treu und Glauben auf den Unterhaltsverzicht berufen kann, erneut zu berücksichtigen. Vor allem aber sind es die Belange der an der jeweiligen Rechtsbeziehung Beteiligten, nach denen sich bestimmt, ob und inwieweit die Ausübung eines Rechts mit Treu und Glauben zu vereinbaren ist. Die Generalklausel des § 242 BGB verpflichtet zur billigen Rücksichtnahme auf die schutzwürdigen Interessen des anderen Teils und zu einem redlichen und loyalen Verhalten (vgl. nur *Palandt/Heinrichs* a. a. O. § 242 Rdnr. 3). Belange der Allgemeinheit begründen aber nicht ohne weiteres zugleich schutzwürdige Interessen der an der Rechtsbeziehung Beteiligten, auf die diese in ihrem Verhalten zueinander nach Treu und Glauben Rücksicht zu nehmen haben. Das gilt auch für das im vorliegenden Fall in Betracht zu ziehende Interesse des Sozialhilfeträgers an der Vermeidung von Leistungspflichten. Freilich besteht zwischen diesem Interesse und dem der Ehefrau insofern eine Parallelität, als die Inanspruchnahme des Ehemannes diese davor bewahren soll, für ihren Lebensunterhalt Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen. Allein mit dieser Begründung könnte sie ihr Begehren indessen nicht durchsetzen. Denn nachdem sie wirksam auf Unterhalt verzichtet hat, kann sie dem Ehemann die Berufung auf den Unterhaltsverzicht nicht schon deshalb verwehren, weil sie andernfalls auf Sozialhilfe angewiesen sei. Die Belastung des Sozialhilfeträgers ist daher für sich allein kein hier nach § 242 BGB ins Gewicht fallender Umstand.

Mit seiner weiteren Erwägung, daß der Wegfall des Unterhaltsanspruchs zu Lasten des gemeinschaftlichen Kindes gehe, wenn die Ehefrau trotz ihrer Verpflichtung zur Pflege und Erziehung des Kindes einer Erwerbstätigkeit nachgehe, hat das Berufungsgericht aber mit Recht auf das Kindeswohl abgehoben, auf das auch der Senat sowohl in seinem Urteil vom 28. 11. 1990 (a. a. O.) wie in den dort angezogenen Urteilen vom 24. 4. 1985 — IV b ZR 22/84 — und vom 15. 10. 1986, jeweils a. a. O., hingewiesen hat. Auch wenn es sich bei

dem Anspruch auf Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB um einen Anspruch des geschiedenen Ehegatten handelt, sichert er doch die Wahrnehmung seiner Elternverantwortung (vgl. BVerfGE 57, 361, 382 f.; 80, 286, 295) und dient damit dem Wohl des betreuten Kindes. Diese Bedeutung des Unterhaltsanspruchs hat der Gesetzgeber dadurch unterstrichen, daß er ihn in besonderer Weise gesichert hat. Denn selbst bei Vorliegen eines Härtegrundes nach § 1579 Nr. 1 bis 7 BGB ist ein Unterhaltsanspruch nur zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre. Schon nach dieser gesetzgeberischen Wertung ist das Kindeswohl ein wesentlicher, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu berücksichtigender Umstand. Seine Wahrnehmung ist gemeinsame Aufgabe beider Eltern, auf deren Erfüllung sie auch in ihrem Verhältnis zueinander bedacht sein müssen. Die Berufung auf einen Unterhaltsverzicht kann dem Unterhaltspflichtigen daher nach § 242 BGB verwehrt sein, wenn und soweit das Kindeswohl den Bestand der Unterhaltspflicht fordert.

b) Wie das Berufungsgericht unangegriffen ausgeführt hat, verfügt die Ehefrau weder über Erwerbs- noch über sonstige wesentliche Einkünfte; neben der Betreuung des am 9. 1. 1985 geborenen Kindes ist von ihr derzeit auch keine Erwerbstätigkeit zu erwarten. Da nicht festgestellt ist und vom Ehemann auch nicht behauptet wird, daß das gemeinschaftliche Kind in anderer Weise als durch seine Mutter betreut werden kann, ist das Kindeswohl aber nur dann gewahrt, wenn der eigene Unterhalt der Ehefrau in einer Weise gesichert ist, die es ihr ermöglicht, sich seiner Pflege und Erziehung zu widmen. Das Wohl des Kindes verlangt daher, daß der Ehemann ihr den dazu erforderlichen Unterhalt leistet. Daß sie Sozialhilfe in Anspruch nehmen könnte, reicht hier ebensowenig aus wie zur Wahrung der Kindesbelange nach § 1579 BGB (vgl. dazu Senatsurteil vom 27. 9. 1989 — IV b ZR 78/88 — FamRZ 1989, 1279, 1280 f. = NJW 1990, 253, 254 f.).

Das bedeutet indessen nicht, daß sich der Ehemann auf den Unterhaltsverzicht schlechthin nicht berufen kann. Wie sich aus dem Dargelegten ergibt, verlangt das Kindeswohl von ihm vielmehr nur, es der Ehefrau durch Unterhaltsleistungen zu ermöglichen, sich der Pflege und Erziehung des Kindes zu widmen. Dazu bedarf sie keines Unterhalts nach dem Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse (§ 1578 BGB); vielmehr ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Ehemann die Berufung auf den Unterhaltsverzicht nur insoweit verwehrt hat, wie die Ehefrau lediglich den notwendigen Unterhalt verlangt. Besondere Umstände, die aus Gründen des Kindeswohls die Zubilligung eines höheren Unterhalts gebieten, sind weder festgestellt noch vorgetragen. Da sich die Beschränkung daraus ergibt, daß die Geltendmachung des Unterhaltsverzichts im übrigen nicht gegen Treu und Glauben verstößt, greift der Hinweis der Revision auf § 1578 BGB und die Rechtsnatur des Anspruchs auf nahehehlichen Unterhalt als eines einheitlichen Anspruchs nicht durch. Außerdem steht § 242 BGB der Geltendmachung des Unterhaltsverzichts nur solange und soweit entgegen, wie die Ehefrau neben der Betreuung des Kindes nicht mindestens ihren notwendigen Bedarf durch eigene Erwerbstätigkeit decken kann. Auch das hat das Berufungsgericht richtig gesehen.

11. BGB §§ 2247, 2254 (*Wiederinkraftsetzung eines widerrufenen privatschriftlichen Testaments*)

**Ein widerrufenes privatschriftliches Testament kann durch ergänzende Zusätze nur dann wieder in Kraft gesetzt werden, wenn diese neu unterschrieben werden (Ergänzung zu BayObLGZ 1984, 194).**

BayObLG, Beschluß vom 5. 6. 1992 — 1 Z BR 21/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 38 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

12. BGB § 2077, 2353 (*Anwendbarkeit von § 2077 BGB bei Erbeinsetzung der Verlobten*)

1. Die Auslegungsregel des § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB findet auch dann Anwendung, wenn der Erblasser und die bedachte Person im Zeitpunkt der Testamenterrichtung verlobt waren und erst danach geheiratet haben.
2. Ob ein Testament zugunsten des Verlobten auch im Fall der Scheidung der nachfolgenden Ehe Gültigkeit behalten sollte, ist nach dem Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung zu beurteilen.
3. Die Feststellungslast für einen dahingehenden Erblasserwillen trifft denjenigen, der sich auf die Weitergeltung des Testaments beruft.
4. Wird in einem Vorbescheid die Erteilung eines Erbscheins angekündigt, so bedarf es keiner Zurückweisung eines entgegenstehenden Erbscheinsantrags.

BayObLG, Beschluß vom 10. 9. 1992 — 1 Z BR 68/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Erblasser ist am 12. 7. 1991 im Alter von fast 65 Jahren kinderlos verstorben. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die einzigen Abkömmlinge zweier vorverstorbenen Brüder seines Vaters. Sie kommen als alleinige gesetzliche Erben in Betracht. Die am 3. 10. 1985 geschlossene Ehe mit der Beteiligten zu 3 wurde durch rechtskräftiges Urteil vom 25. 1. 1989 geschieden.

Der Erblasser hatte am 2. 8. 1985 ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament errichtet, das folgenden Wortlaut hat:

Mein letzter Wille

Hiermit setze ich ... meine Verlobte, Frau ... (Beteiligte zu 3), geb. am 18. 1. 1941 ... als Alleinerbin ein

Gestützt auf dieses Testament hat die Beteiligte zu 3 einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin ausweisen sollte. Die Beteiligten zu 1 und 2 hingegen haben einen Erbschein als gesetzliche Erben je zur Hälfte beantragt.

Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 22. 1. 1992 die Erteilung des von den Beteiligten zu 1 und 2 beantragten Erbscheins angekündigt und den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen.

Die Beteiligten zu 1 und 2 seien gesetzliche Erben, denn das Testament vom 2. 8. 1985 sei durch die Scheidung der Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 3 unwirksam geworden. Es sei nicht anzunehmen, daß der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung gewollt habe, die Erbeinsetzung seiner damaligen Verlobten sollte auch im Fall eines Scheiterns der beabsichtigten Ehe Gültigkeit behalten.

Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat das Landgericht am 2. 4. 1992 zurückgewiesen und den „Gegenstandswert“ auf 200.000 DM festgesetzt. Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 3. Den Beteiligten zu 1 und 2 wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sie haben sich nicht geäußert.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde könne keinen Erfolg haben. Gem. § 2077 Abs. 1 BGB bestehe eine widerlegbare Vermutung dafür, daß die letztwillige Verfügung eines Erblassers zugunsten seines späteren Ehegatten unwirksam sei, wenn die Ehe vor seinem Tod aufgelöst worden ist. Für eine Widerlegung dieser Vermutung gem. § 2077 Abs. 3 BGB trage der geschiedene Ehegatte die Feststellungslast. Die Beschwerdekammer trete den Feststellungen und rechtlichen Erwägungen des Nachlaßgerichts bei und nehme auf dessen Entscheidung Bezug. Es spreche vieles dafür, daß der Erblasser zugunsten der Beteiligten zu 3 testiert habe, um durch eine vorgezogene Sicherung seiner Verlobten angesichts des Altersunterschieds der Ehegatten einer künftigen Ehe Bestand zu verleihen. Dafür spreche auch die schriftliche Äußerung seiner letzten Lebensgefährtin, der er ebenfalls sein Haus versprochen habe. Daß das Verhältnis zwischen dem Erblasser und seiner geschiedenen Ehefrau gut gewesen sei, reiche nicht für die Annahme aus, der Erblasser habe im Jahr 1985 die Beteiligte zu 3 auch für den Fall einer späteren Scheidung als Erbin einsetzen wollen. Mit Recht habe daher das Nachlaßgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3 zurückgewiesen und den von den Beteiligten zu 1 und 2 beantragten Erbschein in Aussicht gestellt.

2. Die Beschwerdeentscheidung enthält keinen durchgreifenden Rechtsfehler (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß die Vorschrift des § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann Anwendung findet, wenn der Erblasser und die bedachte Person bei der Errichtung des Testaments miteinander verlobt waren und danach geheiratet haben (vgl. BGH FamRZ 1961, 364/366; MünchKomm-BGB/Leipold 2. Aufl. Rdnr. 6 u. 13, *Staudinger/Otte* BGB. 12. Aufl. Rdnr. 6 u. 15, BGB-RGRK/*Johannsen* 12. Aufl. Rdnr. 1, jeweils zu § 2077). Für ihre Ansicht, die Vorschrift sei nur dann anwendbar, wenn das Testament „während bestehender Ehe“ errichtet wird, kann sich die Rechtsbeschwerdeführerin nicht auf die Kommentierung von *Leipold* (a. a. O. Rdnr. 6) berufen, denn dort ist gerade das Gegenteil ausgeführt. Ausreichend ist das Bestehen einer familienrechtlichen Bindung zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (MünchKomm-BGB/Leipold a. a. O.). Eine solche lag hier vor. Der Erblasser bezeichnet in seiner letztwilligen Verfügung die Beteiligte zu 3 ausdrücklich als seine Verlobte, die er etwa zwei Monate später geheiratet hat.

b) Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Nachlaßgericht das Testament vom 2. 8. 1985 für unwirksam geworden angesehen hat.

aa) Gem. § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die letztwillige Verfügung zugunsten des Ehegatten eines Erblassers dann unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Das ist hier der Fall, denn die Ehe ist durch Urteil vom 25. 1. 1989 rechtskräftig seit 16. 3. 1989, geschieden und damit aufgelöst worden (§ 1564 Sätze 1 u. 2 BGB). Zwar begründet die Vorschrift des § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen der Meinung des Landgerichts keine widerlegbare Vermutung. Es handelt sich vielmehr nach allgemeiner Ansicht um eine dispositive Auslegungsregel (BGH FamRZ 1960, 28/29; BayObLG JurBüro 1981, 1728; *Staudinger/Otte* Rdnr. 4, *Soergel/Damrau* BGB 11. Aufl. Rdnr. 2, *Palandt/Edenhofer* BGB 51. Aufl. Rdnr. 1, MünchKomm-BGB/Leipold

Rdnr. 3 u. 4, jeweils zu § 2077), so daß im Hinblick auf § 2077 Abs. 3 BGB durch Auslegung der letztwilligen Verfügung (§§ 133, 2084 BGB) zu ermitteln ist, ob nach dem wirklichen Willen des Erblassers das Testament auch für den Fall einer späteren Scheidung Gültigkeit behalten sollte (vgl. *Palandt/Edenhofer* a. a. O. Rdnr. 6). Es ist daher zu fragen, ob der Erblasser auch dann zugunsten der Beteiligten zu 3 verfügt hätte, wenn er bei Errichtung des Testaments die spätere Scheidung vorausgesehen hätte (BGH FamRZ 1961, 364/366). Läßt sich ein wirklicher, in der Verfügung zum Ausdruck gekommener Wille des Erblassers zu ihrer Aufrechterhaltung nicht feststellen, so ist auf den mutmaßlichen (hypothetischen) Erblasserwillen abzustellen (vgl. *Staudinger/Otte* Rdnr. 19, *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 6, jeweils zu § 2077). Maßgebend hierfür ist der Zeitpunkt, in dem die Verfügung errichtet wurde (BGH FamRZ 1960, 28/29; BayObLG JurBüro 1981, 1728 u. FamRZ 1983, 839 LS; MünchKomm-BGB/Leipold Rdnr. 17, *Staudinger/Otte* Rdnr. 19, *Soergel/Damrau* Rdnr. 6, BGB-RGRK *Johannsen* Rdnr. 5, *Palandt/Edenhofer*, Rdnr. 6, jeweils zu § 2077), wobei spätere Umstände nur als Anzeichen für einen bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden können (BGH, MünchKomm-BGB/Leipold u. *Palandt/Edenhofer*, jeweils a. a. O.).

bb) Die dem Gericht der Tatsacheninstanz obliegende Testamentsauslegung kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler nachgeprüft werden (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLGZ 1988, 42/47). Entsprechendes gilt auch für die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts (ständige Rechtsprechung, vgl. BayObLG FamRZ 1990, 801/802). Derartige Rechtsfehler sind dem Landgericht nicht unterlaufen. Seine Erwägungen zur „Widerlegung der Vermutung“ des § 2077 Abs. 1 BGB tragen das Ergebnis seiner Entscheidung, es könne nicht festgestellt werden, daß der Erblasser die Beteiligte zu 3 auch dann als Erbin eingesetzt hätte, wenn er eine Scheidung der Ehe vorausgesehen hätte.

(1) Der Testamentsurkunde selbst läßt sich der wirkliche Wille des Erblassers nicht entnehmen, so daß aufgrund außerhalb der Urkunde liegender Umstände geprüft werden muß, ob er die Beteiligte zu 3 auch für den Fall des Scheiterns der Ehe als Erbin eingesetzt hätte. Hierzu hat das Landgericht die erforderlichen Ermittlungen durchgeführt (§ 12 FG; § 2358 BGB) und alle maßgeblichen Umstände berücksichtigt. Allein dem Umstand, daß die Ehegatten nach den Behauptungen der Beteiligten zu 3 auch nach der Scheidung ein gutes Verhältnis zueinander hatten, brauchte das Landgericht nicht zu entnehmen, daß der Erblasser bereits bei Errichtung des Testaments die Erbeinsetzung auch für den Fall des Scheiterns der Ehe aufrechterhalten wollte. Die Meinung des Landgerichts, der Erblasser habe im Hinblick auf den Altersunterschied zwischen ihm und seiner Verlobten durch deren „vorgezogene Sicherung“ der künftigen Ehe Bestand verleihen wollen, ist möglich und sogar naheliegend; zwingend braucht sie nicht zu sein (vgl. BayObLGZ 1984, 246/250). Äußerungen des Erblassers, für seine geschiedene Ehefrau sei gesorgt, konnten dadurch veranlaßt gewesen sein, daß er ihr zur Führung der Gastwirtschaft mit einem „ansehnlichen Betrag ausgeholfen“ hatte. Daß der Erblasser sein Testament nicht für den Fall einer Scheidung aufrechterhalten wollte, durfte das Landgericht auch der Äußerung seiner letzten Lebensgefährtin entnehmen, der er ebenfalls sein Haus versprochen haben soll.

(2) Konnte somit das Landgericht einen Willen des Erblassers, die Erbeinsetzung auch für den Fall einer Scheidung

bestehen zu lassen, nicht feststellen, so geht dies zu Lasten der Beteiligten zu 3. Da ein auf Fortgeltung des Testaments gerichteter Wille die Ausnahme darstellt (vgl. BGH FamRZ 1960, 28/29), trifft die Feststellungslast für einen derartigen Erblasserwillen denjenigen, der sich auf die Weitergeltung beruft (vgl. BayObLG JurBüro 1981, 1728 u. Rpfleger 1987, 503; MünchKomm-BGB/Leipold Rdnr.19, Soergel/Damrau Rdnr.7, BGB-RGRK/Johannsen Rdnr.5, Palandt/Edenhofer Rdnr.8, jeweils zu § 2077).

c) Infolge der Unwirksamkeit des Testaments vom 2.8.1985 ist unabhängig vom Willen des Erblassers die gesetzliche Erbfolge eingetreten. Gesetzliche Erben sind nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Nachlaßgerichts die Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte (§ 1926 Abs.1 und 5, § 1924 Abs.4 BGB). Somit erweist sich der vom Nachlaßgericht angekündigte Erbschein als richtig. Einer Zurückweisung des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 3 hätte es allerdings im Rahmen eines Vorbescheids nicht bedurft (vgl. BayObLG Rpfleger 1983, 12 LS), denn in der Ankündigung, das Nachlaßgericht werde den von den Beteiligten zu 1 und 2 beantragten Erbschein erteilen, liegt notwendig die unausgesprochene Eröffnung, der abweichende Antrag der Beteiligten zu 3 werde zurückgewiesen werden (vgl. BGHZ 20, 255/257; BayObLGZ 1981, 69/70; Pentz MDR 1990, 586/587 f.).

13. GBO § 35; BGB §§ 2253, 2258 (*Erforderlichkeit eines Erbscheins nach Widerruf eines notariellen Testaments durch privatschriftliches Testament*)

**Wird jemand in einem notariellen Testament als alleiniger, nicht befreiter Vorerbe eingesetzt und in einem späteren eigenhändigen Testament, in dem das notarielle Testament ausdrücklich für ungültig erklärt wird, als unbeschränkter Alleinerbe, dann beruht sein Erbrecht nicht auch auf dem notariellen Testament; zur Eigentumsumschreibung ist daher ein Erbschein erforderlich.**

BayObLG, Beschluß vom 15.10.1992 — 2 ZR BR 90/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Im Grundbuch ist die Mutter der Beteiligten als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Sie ist im Jahr 1992 gestorben. Durch notarielles Testament vom 22.2.1972 hatte sie die Beteiligte zu ihrer alleinigen, von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreiten Vorerbin eingesetzt und als Nacherben beim Tod der Vorerbin ihre beiden Enkelkinder. Ein eigenhändiges Testament vom 9.12.1973 lautet:

Hiermit erkläre ich mein am 22.2.1972 vor Notar . . . errichtetes Testament für ungültig.

Meine alleinige Erbin ist meine Tochter . . . (= Beteiligte). Mit dem ersten Testament wollte ich nur verhindern, daß der Mann meiner Tochter über meinen Nachlaß verfügen kann.

Die Beteiligte hat beantragt, sie als Eigentümerin des Grundstücks einzutragen. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 16.7.1992 die Vorlage eines Erbscheins verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht durch Beschluß vom 24.8.1992 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Ein Erbschein sei erforderlich, weil das notarielle Testament in vollem Umfang widerrufen worden sei. Dies ergebe sich aus der eindeutigen

Erklärung im Eingang des eigenhändigen Testaments. Darüber hinaus sei die Beteiligte in dem eigenhändigen Testament als Alleinerbin, in dem notariellen Testament dagegen nur als nicht befreite Vorerbin eingesetzt worden; die Verfügungsbeschränkung wäre im Grundbuch einzutragen.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Durch den Tod der im Grundbuch als Eigentümerin des Grundstücks eingetragenen Mutter der Beteiligten ist das Grundbuch unrichtig geworden. Es kann gem. § 22 GBO berichtigt werden, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Nachgewiesen werden muß außer dem Tod der Erblasserin auch das Erbrecht der Beteiligten, die als Eigentümerin eingetragen werden soll. Der Nachweis der Erbfolge kann grundsätzlich nur durch einen Erbschein geführt werden. Sofern die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung vorgelegt werden (§ 35 Abs.1 GBO); dabei reicht es aus, daß die Erbfolge bei Vorliegen eines öffentlichen und eines privatschriftlichen Testaments auch auf der öffentlichen Verfügung von Todes wegen beruht und sich selbständig auch aus ihr ableiten läßt (BayObLGZ 1986, 421/425 [= MittBayNot 1987, 43]; OLG Oldenburg Rpfleger 1974, 434; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 35 Anm. 12).

b) Die Vorinstanzen haben zu Recht einen Erbschein verlangt, weil das von der Beteiligten in Anspruch genommene Erbrecht außer auf dem eigenhändigen Testament der Erblasserin nicht auch auf dem notariellen Testament beruht. Das Landgericht ist in Übereinstimmung mit dem Grundbuchamt davon ausgegangen, daß das notarielle Testament von der Erblasserin durch ihr eigenhändiges Testament ohne Einschränkungen ausdrücklich für ungültig erklärt, also widerrufen wurde (§§ 2253, 2254 BGB) und daher für die Anwendung des § 2258 Abs.1 BGB kein Raum ist. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. In dem ausdrücklichen Widerruf des öffentlichen Testaments liegt der entscheidende Unterschied zu den in BayObLGZ 1986, 421 und vom Oberlandesgericht Oldenburg (Rpfleger 1974, 434) entschiedenen Fällen.

14. BGB § 2113; GBO §§ 22, 51 (*Löschung des Nacherbenvermerks nach Übertragung der Anteile des Vorerben auf Nacherben*)

**Überträgt der Vorerbe seinen von der Anordnung einer Nacherbfolge betroffenen Anteil an einem Erbbaurecht auf einen Nacherben und stimmt der andere Nacherbe der Übertragung in der Form des § 29 Abs.1 GBO zu, so kann der Nacherbenvermerk gem. § 22 Abs.1 GBO gelöscht werden. Einer Bewilligung der Ersatznacherben bedarf es nicht.**

BayObLG, Beschluß vom 22.10.1992 — 2 Z BR 85/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1 war als Mitberechtigte zu je  $\frac{8}{10}$ , ihr Sohn, der Beteiligte zu 2, als Mitberechtigter zu je  $\frac{2}{10}$  eines Wohnungs- und eines Teilerbbaurechts (Tiefgaragenstellplatz) im Grundbuch eingetragen. Die Beteiligte zu 3 ist Tochter der Beteiligten zu 1 und Schwester des Beteiligten zu 2. Jeweils  $\frac{4}{10}$ -Anteile hatte die Beteiligte zu 1 von ihrem Ehemann geerbt; in der zweiten Abteilung der Grundbücher ist vermerkt:

Nacherbfolge hinsichtlich des  $\frac{4}{10}$  Miteigentumsanteils des ... (Erblassers) ... ist angeordnet; Eintritt durch Tod der Vorerbin; die Vorerbin ist befreit; Nacherben sind ... (die Beteiligten zu 2 und 3) ...; Ersatznacherbfolge nach § 2069 BGB ist angeordnet.

Die Beteiligten zu 1 übertrug ihre Anteile an dem Wohnungs- und Teilerbbaurecht zu notarieller Urkunde vom 6. 3. 1992 schenkungsweise auf den Beteiligten zu 2. Dieser und die Beteiligte zu 3 stimmten in der notariellen Urkunde als Nacherben der Übertragung des mit der Nacherbfolge belasteten Anteils von jeweils  $\frac{4}{10}$  zu.

Weiter übertrug der Beteiligte zu 2 in der Urkunde das Anwartschaftsrecht als Nacherbe nach seinem Vater auf die Beteiligte zu 3, die die Übertragung annahm.

„Die Beteiligten“ bewilligten weiter, den Erwerber als Berechtigten in das Grundbuch einzutragen. Auf den gem. § 15 GBO gestellten Antrag des Verfahrensbevollmächtigten vom 2. 4. 1992 trug das Grundbuchamt den Beteiligten zu 2 am 7. 4. 1992 als Alleinberechtigten der Erbbaurechte ein. Auf den telefonischen Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten, daß auch die Löschung des Nacherbenvermerks in der Urkunde bewilligt und beantragt sei, hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 21. 5. 1992 dafür die Zustimmung der Ersatznacherben, für unbekannte Ersatznacherben die Bewilligung der Löschung durch einen nach § 1913 BGB bestellten Pfleger und deren vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verlangt.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt; vorsorglich haben sie darin die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Das Landgericht hat das Rechtsmittel nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß zurückgewiesen. Die Beteiligten haben dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet; das von den Vorinstanzen angenommene Erfordernis der Eintragung, nämlich die Bewilligung der Löschung durch die Ersatznacherben, besteht nicht.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Das Grundbuchamt mache die Löschung des Nacherbenvermerks zu Recht von der Zustimmung der Ersatznacherben abhängig. Der Nacherbenvermerk könne vor Eintritt des Nacherbfalls antragsgemäß auf Grund Bewilligung sämtlicher Nacherben oder bei Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gelöscht werden; ferner komme eine Löschung von Amts wegen bei Gegenstandslosigkeit in Betracht.

Die Gegenstandslosigkeit der Ersatznacherbfolge oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich des Nacherbenvermerks sei nicht nachgewiesen; deshalb hänge die Löschung dieses Vermerks gem. § 19 GBO von der Bewilligung der Ersatznacherben ab. Durch die Löschung könne deren Rechtsposition beeinträchtigt werden, denn dadurch werde in ihre durch den Erblasser begründeten Anwartschaftsrechte eingegriffen.

Die zur Entscheidung stehende Frage könne nur im gleichen Sinn wie die Frage entschieden werden, ob auch die Ersatznacherben in den Vermerk aufgenommen werden müssen. Da dies zu bejahen und hier auch geschehen sei, müsse auch die Löschung von den Ersatznacherben bewilligt werden. Nur dann seien sie in ihrer Rechtsposition wirklich geschützt.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Löschung des Nacherbenvermerks kann nicht von der Bewilligung der noch nicht bekannten Ersatznacherben (durch einen für sie gem. § 1913 zu bestellenden Pfleger) und von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB) abhängig gemacht werden.

a) In der notariellen Urkunde vom 6. 3. 1992 haben die Beteiligten zu 2 und 3 der Übertragung der Anteile auf den Beteiligten zu 2 als Nacherben zugestimmt. Bewilligung und Antrag, den Nacherbenvermerk zu löschen (§§ 13, 19 GBO), können in dieser materiell-rechtlichen Erklärung nicht gesehen werden. Die Beteiligten haben den Löschantrag aber in dem Erinnerungsschriftsatz durch den Urkundsnotar in zulässiger Weise nachgeholt (§ 15 GBO).

b) Die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks sind entgegen der Ansicht der Vorinstanzen gem. § 22 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 GBO gegeben. Denn durch die mit Zustimmung der Beteiligten zu 3 vorgenommene Übertragung der Anteile an dem Wohnungs- und dem Teilerbbaurecht auf den Beteiligten zu 2 sind die Nacherbenvermerke gegenstandslos, die Grundbücher unrichtig geworden. Die übertragenen Anteile sind damit endgültig aus der Erbschaft ausgeschieden; die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1, Abs. 2 BGB kann auch beim Eintritt des Ersatzfalls und des Nacherbfalls nicht mehr wirksam werden.

(1) Vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge (§ 2139 BGB) kann der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) entweder auf die Bewilligung der Nacherben einschließlich der Ersatznacherben oder gem. § 22 Abs. 1 GBO dann gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum der Fall, wenn der befreite Vorerbe (§ 2136 BGB) über das Grundstück oder Grundstücksrecht entgeltlich verfügt oder ohne jede weitere Einschränkung dann, wenn die Verfügung des Vorerben mit Zustimmung der Nacherben vorgenommen wird (BayObLG Rpfleger 1982, 277; BayObLG MittBayNot 1991, 122/123 m. w. N.; OLG Hamm MittBayNot 1990, 361/362; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 13, *KEHE/Eickmann* Grundbuchrecht 4. Aufl. Rdnr. 28, jeweils zu § 51).

(2) Hier hat die Beteiligte zu 1 ihre Anteile an den Erbbaurechten mit Zustimmung der Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 2 übertragen; damit sind die von der Beteiligten zu 1 geerbten Anteile endgültig aus der Erbschaft ausgeschieden; einer Zustimmung der Ersatznacherben bedurfte es dazu nicht (BGHZ 40, 115/119 m. w. N.; RGZ 145, 316/320 f., BayObLGZ 1959, 493/497; 1970, 137/141 f. [= MittBayNot 1970, 113]; KG JFG 21, 251/253; OLG Oldenburg JR 1962, 23 f. mit zustimmender Anmerkung von *Jansen*; *Palandt/Edenhofer* BGB 51. Aufl. § 2113 Rdnr. 6, 7 und § 2120 Rdnr. 1; MünchKommGrUnsky BGB 2. Aufl. § 2102 Rdnr. 10 und § 2113 Rdnr. 16; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 3478 und 3519; v. *Lübtow* Erbrecht Band II S. 634 f.). Vor Eintritt des Ersatzfalles und des Falles der Nacherbfolge hat der Ersatznacherbe zwar eine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf den späteren Erwerb der Erbschaft, aber anders als der in erster Linie berufene Nacherbe noch keine Rechte und Pflichten in Bezug auf den Nachlaß; mit Zustimmung der Nacherben vorgenommene und damit endgültig wirksame Verfügungen des Vorerben kann er nicht verhindern (vgl. RGZ 145, 316/319; BayObLGZ 1960, 408/410; 1970, 137/141 f.; KG JFG 21, 251/253; v. *Lübtow* a. a. O.). Gegen nicht ordnungsmäßige Verfügungen des Vorerben, die mit Zustimmung des Nacherben vorgenommen werden, ist er nur insofern geschützt, als ihm vom Eintritt des Ersatzfalles an gegen den Vorerben die Ansprüche auf ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses (§ 2130 Abs. 1, § 2138 Abs. 2

BGB) zustehen, und zwar rückwirkend vom Zeitpunkt des Erbfallens an (*v. Lübtow* S. 635); auf die dingliche Rechtslage hat dies keinen Einfluß.

(3) Die Vorinstanzen haben nicht ausreichend zwischen einer Löschung aufgrund Bewilligung und einer Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises unterschieden. Das Landgericht beruft sich zu Unrecht auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (DNotZ 1955, 538 f.). Hier ging es um die Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Bewilligung, nicht um die Löschung, nachdem der Vermerk infolge einer endgültig wirksamen Verfügung des Vorerben über ein Grundstück gegenstandslos geworden war. Auch der vom Grundbuchamt angesprochene Grundsatz der dinglichen Surrogation nach § 2111 BGB spielt hier keine Rolle; Surrogation kann nur eintreten bei Gegenständen, die der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Daß die Beteiligte zu 1 die von der Anordnung der Nacherbfolge betroffenen Anteile hier auf einen der Nacherben selbst übertragen hat, ist rechtlich ohne Bedeutung, da die Vorschriften der §§ 2113, 2120 BGB vor Eintritt des Ersatzfalls nur dem Schutz der Hauptnacherben dienen; es hätte allerdings der ausdrücklichen Zustimmung des Beteiligten zu 2 zu den Verfügungen nicht mehr bedurft.

c) Die Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks gem. § 22 Abs. 1 GBO sind durch öffentliche Urkunde nachgewiesen (§ 29 Abs. 1 GBO).

Die Entscheidungen der Vorinstanzen können somit keinen Bestand haben.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

15. BGB § 687 Abs. 2; GmbHG § 43 Abs. 2 (*Haftung des wirtschaftlichen Alleingesellschafters einer GmbH*)

**Der wirtschaftliche Alleingesellschafter einer GmbH haftet der Gesellschaft grundsätzlich nicht aus Geschäften, die er während seiner Alleinstellung für die GmbH geschlossen hat.**

BGH, Urteil vom 28. 9. 1992 — II ZR 299/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die am 17. 7. 1978 in das Handelsregister eingetragene Klägerin, eine GmbH, ist durch Gesellschaftsvertrag vom 30. 6. 1978 gegründet worden. Nach den vom selben Tage datierenden Treuhandverträgen handelten die beiden Gründungsgesellschafter, die Assessoren H. W. und J. B., dabei als Treuhänder auf Rechnung des Beklagten mit der Verpflichtung, die für die Ausübung ihrer Gesellschafterrechte erforderlichen Weisungen von dem Beklagten entgegenzunehmen, entsprechend diesen Weisungen zu handeln und die von ihnen übernommenen Anteile jederzeit auf Verlangen des Beklagten an diesen oder eine von ihm benannte dritte Person zu übertragen. Zum ersten Geschäftsführer der Gesellschaft wurde H. W. bestellt. Er wurde am 30. 7. 1979 durch Frau D. M., die Schwester des Beklagten, abgelöst. Die treuhänderisch für den Beklagten gehaltenen Anteile an der Klägerin sind späterbeginnd ab Ende 1979 in mehreren Schritten veräußert worden.

Die Klägerin nimmt dem Beklagten auf dem Wege der Teilklage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 50.000,— DM nebst Zinsen in Anspruch, weil er im Mai 1979 einem amerikanischen Unternehmen, der W. Inc. in R., Illinois, die zu dem Zwecke gegründet worden war, die Erzeugnisse der Klägerin in den USA zu vertreiben, gestattet habe, ein der Klägerin zustehendes Bildzeichen zu benutzen. Dies habe zur Folge gehabt, daß die Klägerin später, nach Gründung eines eigenen Tochterunternehmens in den USA im Jahre 1985, das Bildzeichen mit erheblichen Kosten habe zurückerwerben müssen.

Das Landgericht hat die Klage unter Aufhebung eines zuvor zugunsten der Klägerin ergangenen Versäumnisurteils abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg. Die Revision führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### *Aus den Gründen:*

I. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte im Mai 1979 mit der W. vereinbart, daß die Klägerin und die W. wechselseitig auf ihrem jeweiligen Markt — die Klägerin in Europa, die W. in Amerika — die Produkte des anderen vertreiben und dabei gemeinsam das Zeichen der Klägerin verwenden sollten. Darüber hinaus habe der Beklagte der W. die Rechte an dem Zeichen auch für alle weiteren gegenwärtigen und künftigen Produkte der W. übertragen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts liegt darin eine angemessene Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) des Beklagten. Es habe ausschließlich der Klägerin und nicht dem Beklagten zugestanden, Rechte an dem Zeichen zu übertragen. Der Beklagte sei weder Gesellschafter der Klägerin gewesen, noch habe er als Geschäftsführer oder unter einem anderen rechtlichen Aspekt Vertretungsmacht für sie gehabt. Auf die wirtschaftliche Beherrschung der Gesellschaft durch den Beklagten komme es nicht an. Entscheidend sei allein, daß die Klägerin rechtlich selbständig gewesen sei und die Vertretungsmacht für sie nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen bei ihren Organen gelegen habe, zu denen der Beklagte nicht gehört habe. Dies begegnet, wie die Revision mit Erfolg rügt, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

II. 1. Der Tatbestand des § 687 Abs. 2 BGB regelt einen Fall der rechtswidrigen und vorsätzlichen Verletzung fremder Rechte (vgl. MünchKomm/Seiler, BGB, 2. Aufl. § 687 Rdnr. 8). Eine Schadensersatzpflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin aus angemaßter Eigengeschäftsführung würde mithin, worauf das Berufungsgericht nicht eingeht, voraussetzen, daß der Beklagte bei Erteilung der Gestattung zur Mitbenutzung des Zeichens im Verhältnis zu der Klägerin unberechtigt (vgl. MünchKomm/Seiler a. a. O.), d. h. ohne oder sogar gegen deren Willen, gehandelt hätte. Eine solche Annahme wäre jedoch mit der Stellung des Beklagten in der Gesellschaft nicht vereinbar. Die Klägerin ist von vornherein eine sogenannte Strohmanngründung des Beklagten gewesen. Wie das Berufungsgericht auch ausdrücklich feststellt, haben beide Gründungsgesellschafter ihre Anteile ausschließlich in seinem Auftrag und für seine Rechnung mit der Verpflichtung übernommen, sie jederzeit ohne Vergütung auf den Beklagten oder einen von ihm bestimmten Dritten zu übertragen und während der Dauer ihrer Gesellschafterstellung sämtliche Gesellschafterrechte allein nach seinen Weisungen auszuüben. Die Gesellschaft konnte mithin, jedenfalls soweit der Beklagte nicht die für die Gesellschaft zu treffenden Entscheidungen den Treuhändern überließ oder sich diese seinen Weisungen widersetzen, im Ergebnis nicht anders als bei einer Einpersonen-GmbH (vgl. statt aller *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, 7. Aufl. § 43 Rdnr. 108) keinen von demjenigen des Beklagten abweichenden Willen haben. Aufgrund seiner Stellung in der Klägerin als ihr wirtschaftlicher Alleingesellschafter war sein Wille damit im Ergebnis insoweit mit dem Willen der Klägerin identisch. Dieser Befund schließt, da sich die inneren Verhältnisse der Klägerin bis Mai 1979 nicht geändert hatten, die Annahme, der Beklagte habe die Zustimmung zur Mitbenutzung des Warenzeichens in dem insoweit allein maßgeblichen Innenverhältnis zur Gesellschaft ohne oder sogar

gegen deren Willen erteilt, aus. Der Beklagte wäre aufgrund seiner Stellung in der Gesellschaft ohne weiteres in der Lage gewesen, die Treuhänder, die die Gesellschafterstellung für ihn hielten, zu veranlassen, den ebenfalls nur als Treuhänder agierenden Geschäftsführer anzuweisen, der W. die fragliche Gestattung zu erklären. Aufgrund seiner Folgepflicht wäre der Treuhänder Wi., der zugleich das Amt des Geschäftsführers nach außen hin innehatte, zur Ausführung dieser Weisung verpflichtet gewesen, ohne daß der Klägerin dadurch Ersatzansprüche gegenüber dem Beklagten erwachsen wären. Für die Haftung des Beklagten gegenüber der Klägerin kann es aber insoweit keinen Unterschied machen, ob er das Geschäft, dessen Vornahme durch die Klägerin er jederzeit bindend für die Treuhandgesellschaft und insbesondere auch für den die Position des Geschäftsführers bekleidenden Treuhänder Wi. veranlassen konnte, selbst ausführte oder den bezeichneten von ihm abhängigen Personen entsprechende Weisungen erteilte. Die Annahme, er habe dabei gegen oder ohne den Willen der Gesellschaft gehandelt, liefe letztlich auf die Unterstellung hinaus, der Beklagte habe seinem eigenen Willen zuwidergehandelt.

Anhaltspunkte dafür, daß die Erteilung der Gestattung im Verhältnis zur Klägerin rechtswidrig gewesen sein könnte, insbesondere gegen zum Schutz der Gläubiger oder im öffentlichen Interesse erlassene gesetzliche Vorschriften verstoßen oder die Klägerin in ihrer Existenz bedroht haben könnte (vgl. dazu *Scholz/Uwe H. Schneider* a. a. O. § 43 Rdnr. 95), liegen nicht vor. Die Klägerin hat auch nicht behauptet, daß die Treuhänder das Vorgehen des Beklagten nicht gekannt hätten und nicht mit ihm einverstanden gewesen seien. Der Beklagte hat darüber hinaus sogar unwidersprochen vorgetragen, daß er nicht nur die Geschäftspolitik der Klägerin in allen Belangen allein bestimmt habe, sondern überdies im Einverständnis beider Treuhandgesellschaften, insbesondere auch des zum Geschäftsführer bestellten Gesellschafters Wi., mit Ausnahme der von diesem getätigten Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister sämtliche für die Klägerin in allen Geschäftsbereichen anfallenden Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen selbst vorgenommen habe. Da die beiden Treuhänder jedenfalls dem Beklagten, wie es der ihnen zugeordneten Rolle entsprach, freie Hand bei seinen Entscheidungen und seinem Handeln für die Gesellschaft gelassen haben, kann dies jedoch letztlich ebenso dahinstehen wie die weitere Frage, wie die Rechtslage zu beurteilen gewesen wäre, wenn die Treuhänder unter Einschluß des Geschäftsführers der Klägerin mit dem Vorgehen des Beklagten nicht einverstanden gewesen wären.

2. Aus den gleichen Gründen scheidet auch eine Haftung des Beklagten aus dem Gesichtspunkt fehlerhafter tatsächlicher Geschäftsführung (§ 43 Abs. 2 GmbHG entspr.) aus. Der Beklagte könnte insoweit gegenüber der Gesellschaft im Ergebnis keiner strengeren Haftung unterliegen als der organschaftliche Vertreter der Gesellschaft. Für diesen ist jedoch anerkannt, daß seine Haftung grundsätzlich ausgeschlossen ist, soweit er auf ausdrückliche bindende Weisung der Gesellschafter handelt (h. M., vgl. statt aller *Scholz/Uwe H. Schneider* a. a. O. § 43 Rdnr. 95 ff. m. umf. w. N.). Bei Weisungen des Alleingesellschafters einer Einpersonen-Gesellschaft bedarf es dazu keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses. Entsprechendes gilt, wenn der alleinige Gesellschafter zugleich als Geschäftsführer der Gesellschaft handelt (h. M., vgl. statt aller *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl. § 43 Rdnr. 22 u. *Scholz/Uwe*

*H. Schneider* a. a. O. § 43 Rdnr. 108, jew. m. w. N.). Diese rechtlichen Grundsätze müssen eine Haftung auch dann ausschließen, wenn, wie im vorliegenden Fall, der tatsächliche Geschäftsführer der Gesellschaft aufgrund seiner Personengleichheit mit dem wirtschaftlichen Alleingesellschafter, der in der Gesellschaft letztlich allein weisungsberechtigt ist, praktisch seine eigenen Weisungen ausführt. Darauf, daß der Beklagte bei seinem Handeln die beiden für ihn diese Stellung treuhänderisch haltenden, an seine Weisungen gebundenen Gesellschafter „übersprungen“ hat und es deshalb auch an einem förmlichen Gesellschafterbeschuß fehlt, kann es für die Haftung des Beklagten nicht ankommen, da dieses Erfordernis lediglich das Mitwirkungsrecht bei der gegebenen Fallgestaltung nicht vorhandener Minderheitsgesellschafter sichern soll (vgl. *Scholz/Uwe H. Schneider* a. a. O. § 43 Rdnr. 97 u. 108; *Zöllner in Baumbach/Hueck* a. a. O. § 43 Rdnr. 22; vgl. auch *Fleck, GmbHR* 1974, 224, 226 f.). Bei dieser Sach- und Rechtslage kommt es nicht darauf an, ob ein Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG bei Erhebung der Klage verjährt gewesen wäre.

3. Entgegen der Ansicht der Revisionserwidern kann der Schadensersatzanspruch auch nicht auf eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht gestützt werden. Angesichts der Stellung des Beklagten als seinerzeitiger wirtschaftlicher Alleingesellschafter der GmbH und der im konkreten Fall gegebenen Umstände kommt die Verletzung einer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und Mitgesellschaftern nicht in Betracht. Jedenfalls außerhalb der Gefährdung von Gläubigerinteressen ist ein von der Gesamtheit der Gesellschafterinteressen unabhängiges Gesellschaftsinteresse, dem eine Treuepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft Rechnung zu tragen hätte, grundsätzlich nicht anzuerkennen (vgl. dazu statt aller *Zöllner in Baumbach/Hueck* a. a. O. Anh. Konzernrecht Rdnr. 35 m. umf. w. N.). Dies schließt eine Haftung gegenüber der Gesellschaft für ihr nachteilige Entscheidungen ihres Alleingesellschafters auch dann aus, wenn seine Anteile nachträglich in andere Hände übergehen.

16. BGB § 12; UWG § 16 Abs. 1 (*Namens- und Firmenrechtsfähigkeit der Vor-GmbH*)

- a) Die bereits durch Gesellschaftsvertrag gegründete, aber noch nicht eingetragene GmbH (Vor-GmbH) ist namens- und (bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen) firmenrechtsfähig. Auf den Prioritätszeitpunkt dieses Namens- bzw. Firmenschutzes kann die GmbH sich nach ihrer Eintragung berufen, wenn und soweit der Name auch in der Firma der GmbH verwendet wird.
- b) Zur Frage der Verwechslungsgefahr bei der Kollision sehr ähnlicher Firmenbezeichnungen für Unternehmen mit weitem Branchenabstand.

BGH, Urteil vom 29. 10. 1992 — I ZR 264/90 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin ist durch Gesellschaftsvertrag vom 26. 7. 1984 gegründet und am 23. 10. 1984 in das Handelsregister des Amtsgerichts M. eingetragen worden, und zwar mit Angaben zum Gegenstand des Unternehmens, die von An- und Verkauf von Waren und Objekten aller Art“ u. a. über „Vermittlungsgeschäfte“ u. ä. bis zur „Produktion von Film-, Fernseh- und Unterhaltungsprogrammen“ und zu „Verlagsgeschäften sowie Groß-, Einzel- und Versandhandel aller Art“ reichten. Sie führt die Firma „Columbus International GmbH“.

Die Beklagte, die als „Columbus Capital Vermögensanlagen GmbH“ firmiert, ist durch Gesellschaftsvertrag vom 6. 8. 1984 gegründet und am 11. 9. 1984 in das Handelsregister beim Amtsgericht M. eingetragen worden.

Die Klägerin hat unter Berufung darauf, daß sie ihre geschäftliche Tätigkeit unmittelbar nach ihrer Gründung begonnen habe und sich auch — ähnlich wie die Beklagte — mit vermögensrechtlichen Beratungen und Verwaltungen befasse, Namens- und Firmenschutz beansprucht.

Sie hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten,

im geschäftlichen Verkehr bei der Verwaltung, dem Verkauf und Vertrieb sowie der Vermittlung von Kapitalanlagen jeglicher Art sowie bei der Erbringung aller in diesem Zusammenhang stehenden Dienstleistungen die Firma Columbus Capital Vermögensanlagen GmbH zu benutzen.

Außerdem hat sie Verurteilung zur Einwilligung in die Löschung des Firmenbestandteils „Columbus“, die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung sowie Verurteilung zur Auskunftserteilung beantragt.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

Die Revision der Klägerin hat zu grundsätzlichen Korrekturen der Begründung geführt; im Ergebnis blieb auch sie erfolglos.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche in erster Linie mit der Begründung versagt, sie könne Firmenrechtsschutz frühestens ab dem Zeitpunkt ihrer Eintragung in das Handelsregister in Anspruch nehmen; daraus folge, daß die früher eingetragene Beklagte prioritätsälter und somit besser berechtigt sei.

Hilfsweise hat das Berufungsgericht die Zurückweisung der Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts auch darauf gestützt, daß die Klägerin Benutzungshandlungen ihrer Vorgesellschaft lediglich für den Bereich des Kfz-Handels nachgewiesen habe, so daß die Beklagte jedenfalls auf dem Gebiet der Kapitalanlage und Kapitalberatung, für das Benutzungshandlungen der Klägerin nicht vor dem Januar 1986 bewiesen seien, prioritätsältere Rechte habe. Auch danach könne — nach den Grundsätzen der Prioritätsaufspaltung — die Klägerin von der Beklagten das mit der Klage Begehrte nicht verlangen.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung zwar im Ergebnis, nicht jedoch in allen Punkten der Begründung stand.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe vor ihrer Eintragung in das Handelsregister Namens- und Firmenrechtsschutz nicht erlangen können; Benutzungshandlungen aus der Zeit vor der Eintragung hätten daher bei der Beurteilung der Priorität außer Betracht zu bleiben. Dem kann nicht beigetreten werden.

a) Allerdings hat der Bundesgerichtshof in den beiden Entscheidungen, auf die das Berufungsgericht seine Auffassung gestützt hat, entschieden, daß die Namens- bzw. Firmenrechtsfähigkeit einer GmbH deren Eintragung in das Handelsregister voraussetze und demgemäß Firmenschutz für sie vor der Eintragung nicht in Betracht komme (vgl. BGH, Urt. v. 13. 3. 1956 — I ZR 49/54, GRUR 1957, 426, 428 — Getränke Industrie; BGH, Urt. v. 17. 3. 1965 — I b ZR 58/63, GRUR 1966, 38, 41 — Centra). Das Berufungsgericht hat jedoch nicht hinreichend beachtet, daß diese Entscheidungen für die hier konkret zur Beurteilung stehende Frage der

Namensschutzfähigkeit einer GmbH-Vorgesellschaft schon deshalb nicht ohne weiteres als einschlägig angesehen werden können, weil die Vorgesellschaft einer juristischen Person ihre heute gültige Ausprägung erst in der den Urteilen nachfolgenden Zeit gewonnen hat. Mit dem heute in Rechtsprechung und Literatur herrschend gewordenen Verständnis von Wesen und Rechtsnatur der Vorgesellschaft einer GmbH ist es jedenfalls nicht mehr vereinbar, ihr die Namens- bzw. Firmenrechtsfähigkeit und damit entsprechenden Rechtsschutz zu versagen.

b) Die bereits durch Gesellschaftsvertrag gegründete, aber noch nicht eingetragene GmbH (Vor-GmbH) stellt nach neuerer ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Rechtsgebilde eigener Art dar, das als notwendige Vorstufe zur juristischen Person dem Recht der eingetragenen GmbH schon insoweit untersteht, als es mit ihrem besonderen Zweck vereinbar ist und nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzt (vgl. BGHZ 51, 30, 32 und BGHZ 80, 212, 214 [= Mitt-BayNot 1981, 197], jeweils m. w. N.) Dieses Rechtsgebilde ist nach heute nahezu einhellig vertretener Meinung zum Auftreten und Handeln im Rechts- und Geschäftsverkehr im weiten Umfang berechtigt und dabei — abgesehen von der Rechtsfähigkeit im engeren Sinne — einer juristischen Person bereits weitgehend angenähert (vgl. BGHZ 45, 338, 348; 80, 129, 132; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 45 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 7. Aufl., § 11 Rdnr. 29 f.; *Rowedder/Rittner*, GmbHG, 2. Aufl., § 11 Rdnr. 77 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 11 Rdnr. 2 f.).

c) Eine in solcher Weise zum Auftreten im Rechtsverkehr befugte Organisation eigenen Rechts muß nach Sinn und Zweck der für die Gewährung von Namens- und Firmenschutz einschlägigen Bestimmungen (§ 12 BGB, § 16 UWG) als namens- bzw. kennzeichenrechtsfähig angesehen und behandelt werden; denn sie bedarf im Rechtsverkehr einer konkreten, die Unterscheidung von anderen Rechtssubjekten ermöglichenden Bezeichnung, der zur Vermeidung von sonst möglichen Verwechslungen und von unbilligen Interessenbeeinträchtigungen auch der Schutz durch die genannten Vorschriften nicht versagt werden kann. Rechtsfähigkeit des Namensträgers wird für den Namens- und Firmenrechtsschutz in der Rechtsprechung nicht vorausgesetzt (vgl. RGZ 78, 101, 102 — Gesangsverein Germania; BGH, Urt. v. 9. 1. 1976 — I ZR 71/74, GRUR 1976, 311, 312 — Sternhaus; BGH, Urt. v. 28. 1. 1988 — I ZR 21/86, GRUR 1988, 560, 561 — Christophorus-Stiftung).

d) Mit Recht wird daher in der Literatur einhellig die Auffassung vertreten, daß die Vor-GmbH namens- bzw. (bei Vorliegen der dafür erforderlichen weiteren Voraussetzungen, vgl. dazu *Hachenburg/l. Heinrich*, GmbHG, 8. Aufl., § 4 Rdnr. 112) firmenrechtsfähig ist (vgl. *Hachenburg/l. Heinrich* a. a. O. § 4 Rdnr. 115 f.; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 11 Rdnr. 47; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 11 Rdnr. 30; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 4 Rdnr. 18; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 4 Rdnr. 46 u. § 11 Rdnr. 12; vgl. LG Düsseldorf NJW-RR 1987, 874).

e) Demgemäß hat, da — wie noch auszuführen sein wird — die Bezeichnung „Columbus International“ von Haus aus kennzeichnungskräftig ist, die Vorgesellschaft der Klägerin Namensschutz an dieser Bezeichnung durch Aufnahme ihrer geschäftlichen Betätigung unter dem späteren Firmennamen gewonnen (vgl. *Hachenburg/l. Heinrich* a. a. O. § 4 Rdnr. 116). Ob sie zu diesem Zeitpunkt bereits die Voraus-

setzungen auch der Firmenrechtshfähigkeit erworben hatte (vgl. *Hachenburg/1. Heinrich* a. a. O. § 4 Rdnr. 112), ist unerheblich, da der jedenfalls bestehende Namensschutz gemäß § 12 BGB sich bei dem hier in Frage stehenden Gebrauch des Namens im geschäftlichen Verkehr dem Umfang nach nicht von dem des § 16 UWG unterscheidet (vgl. schon RGZ 114, 90, 94 — Haus Neuerburg; BGHZ 11, 214, 215 — KIA; BGH, Urt. v. 3. 12. 1976 — I ZR 151/75; GRUR 1977, 503, 504 f. = WRP 1977, 180 — Datenzentrale; Großkomm./Tepitzky § 16 UWG Rdnr. 18 m. w. N. in Fn. 33).

f) Auf den Prioritätszeitpunkt dieses Namensschutzes ihrer Vor-GmbH kann die Klägerin sich berufen. Nach heute herrschender Meinung gehen mit der Eintragung der GmbH in das Handelsregister alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die eingetragene Gesellschaft über (BGHZ 80, 129, 134-140; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 11 Rdnr. 72; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 11 Rdnr. 37). Dazu gehört auch das Namensrecht, dessen Schutz demgemäß fortwirkt, wenn und soweit der Name auch in der Firma der GmbH verwendet wird. Die mit diesem Übergang verbundene Änderung allein der Rechtsform des Namensträgers berührt die Priorität des Namens nicht (BGHZ 21, 66, 69 ff. — Hausbücherei; BGH, Urt. v. 19. 12. 1960 — I ZR 57/59; GRUR 1961, 294, 298 — ESDE; BGH, Urt. v. 25. 11. 1982 — I ZR 130/80, GRUR 1983, 182 f. — Concordia-Uhren).

g) Da das Berufungsgericht — unausgesprochen, aber rechtlich frei — davon ausgegangen ist, daß die (Gesamt-)Bezeichnung der Klägerin von Haus aus Kennzeichnungsstiftung ist und da die Entstehung des Rechtsschutzes an von Haus aus kennzeichnungsstiftigen Kennzeichnungen lediglich ihre Ingebrauchnahme im geschäftlichen Verkehr voraussetzt (BGHZ 10, 196, 204 — DUN-Europa; st. Rspr.), kommt der Firma der Klägerin Kennzeichenschutz von dem Zeitpunkt ab zu, für den das Berufungsgericht eine Benutzung des übereinstimmenden Namens der Vor-GmbH als (frühestens) nachgewiesen angesehen hat, d. h. ab dem 1. 8. 1984 (Abschluß des Vertrags über die Miete eines Geschäftstlokals; vgl. dazu näher Großkomm./Tepitzky, § 16 UWG, Rdnr. 92 f. m. w. N.). Sie ist damit früher zur Entstehung gelangt als die Firma der Beklagten, da eine — mögliche — Benutzungshandlung der letzteren frühestens für den 15. 8. 1984 substantiiert behauptet worden ist. Die Erstbegründung des Berufungsgerichts, die auf der gegenteiligen Annahme beruht, erweist sich damit als nicht tragfähig.

2. Das Berufungsgericht hat sein Ergebnis hilfsweise damit begründet, daß ein etwaiger Zeitvorrang des Namens- oder Firmenrechts der Klägerin sich lediglich auf den nachgewiesenen ursprünglichen Tätigkeitsbereich der Vorgesellschaft, das heißt den Kfz-Handel beziehen könne, während im Tätigkeitsbereich der Beklagten, das heißt bei Kapitalanlage-Geschäften, letzterer die Priorität zukomme, weil in diesem Bereich die Klägerin frühestens im Januar 1986, also nach festgestellter Benutzungsaufnahme durch die Beklagte, tätig geworden sei.

Ob dem unter dem vom Berufungsgericht in den Vordergrund gerückten Gesichtspunkt der Prioritätsspaltung beigetreten werden könnte, bedarf keiner abschließenden Entscheidung; weil das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist, sich aufgrund seiner im Zusammenhang mit der Hilfsbegründung getroffenen Feststellungen jedenfalls unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt als zutreffend erweist.

a) Wird die Priorität des Namens- bzw. Firmenrechts der Klägerin uneingeschränkt unterstellt, so kommt es darauf an, ob die spätere Ingebrauchnahme der ähnlichen Firmenbezeichnung durch die Beklagte Rechte der Klägerin im Sinne des § 12 BGB und/oder § 16 UWG verletzt. Dies ist der Fall, wenn sie geeignet ist, Verwechslungen mit der Firma der Klägerin hervorzurufen (§ 16 Abs. 1 UWG); denn bei der hier in Frage stehenden Verwendung eines Namens im geschäftlichen Verkehr geht — wie in anderen Zusammenhängen bereits ausgeführt, vgl. II 1 e a. E. — der Schutz regelmäßig — zu hier nicht in Frage stehenden Ausnahmen vgl. *Baumbach/Hofermehl, Wettbewerbsrecht*, 16. Aufl., § 16 UWG Rdnr. 8 u. Großkomm./Tepitzky § 16 UWG Rdnr. 18 u. 20 — nicht über den des § 16 UWG hinaus (vgl. die Nachweise vorstehend unter II 1 e a. E.).

b) Ob eine solche Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. zuletzt Urt. v. 14. 11. 1991 — I ZR 24/90, GRUR 1992, 110, 111 — *dipalid*) eine Rechtsfrage, die das Revisionsgericht in vollem Umfang selbständig prüfen kann, sofern die für eine rechtliche Prüfung erforderlichen Tatsachen feststehen.

Das Ergebnis einer solchen Prüfung hängt von der Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Bezeichnungen, von der Kennzeichnungskraft der Schutz beanspruchenden Bezeichnung und von der Branchennähe ab, wobei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen diesen Beurteilungskriterien eine Wechselwirkung dergestalt besteht, daß Ähnlichkeit und Kennzeichnungskraft um so größer sein können, je entfernter voneinander die Gebiete liegen, auf denen die Namensträger sich betätigen (vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 26. 9. 1985 — I ZR 181/83, GRUR 1986, 253, 255 — *Zentis* m. w. N.; BGH, Urt. v. 2. 2. 1989 — I ZR 183/86, GRUR 1989, 449, 451 = WRP 1989, 717 — *Maritim*; BGH, Urt. v. 7. 6. 1990 — I ZR 298/88, GRUR 1990, 1042, 1044 = WRP 1991, 83 — *Datacolor*; BGH GRUR 1991, 863, 864 — *Avon*, insoweit nicht in BGHZ 114, 105). (*Wird ausgeführt.*)

17. GmbHG §§ 30, 31, 32 a; KO § 32 a (*Kapitaleretzende Nutzungsüberlassung bei Betriebsaufspaltung*)

a) Eine Finanzierungsleistung, die der Gesellschafter der Gesellschaft zu einer Zeit gewährt hat, als diese noch gesund war, wird nach Eintritt der Krise auch dann zu eigenen schuldrechtlichen Regeln nicht abziehen kann, jedoch von der ihm als Gesellschafter gegebenen Möglichkeit, die Gesellschaft unter Entzug der ihr zur Verfügung gestellten Mittel zu liquidieren, keinen Gebrauch macht.

b) Vermietet oder verpachtet ein Gesellschafter der GmbH das ganze für deren Unternehmen benötigte Anlagevermögen, so liegt darin eine eigenkapitaleretzende Leistung, wenn die Gesellschaft weder selbst über die zur Anschaffung einer solchen Betriebs Einrichtung erforderlichen Mittel verfügt noch sich diese aus eigener Kraft auf dem Kapitalmarkt zu üblichen Bedingungen beschaffen könnte und ein vernünftig handelnder Vermieter oder Verpächter, der nicht an der Gesellschaft beteiligt ist und sich auch nicht an ihr beteiligen will, mit dieser einen entsprechenden Nutzungsüberlassungsvertrag über die komplette Betriebs Einrichtung unter den gegebenen Umständen nicht schließen würde.

- c) Ersetzt die Gebrauchsüberlassung von vornherein Eigenkapital, dann darf entsprechend den §§ 30, 31 GmbHG der Anspruch auf Zahlung des Miet- oder Pachtzinses nicht aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erfüllt werden. Für die Geltendmachung von solchen Ansprüchen im Konkurs und für die Rückforderung von Miet- und Pachtzahlungen aus dem letzten Jahr vor Konkurseröffnung gelten die §§ 32 a GmbHG, 32 a KO, ohne daß es insoweit auf die Beeinträchtigung des Stammkapitals ankommt.
- d) Besteht für Erhaltungsaufwendungen, die nach den miet- oder pachtrechtlichen Vorschriften der Gesellschaft zur Last fallen, die aber der Gesellschafter getragen hat, nach den Vorschriften des Miet- oder Pachtrechts ein Ersatzanspruch, so kann dieser nach allgemeinen Kapitalersatzregeln nicht zu Lasten des zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Gesellschaftsvermögens durchgesetzt werden, wenn er zu einem Zeitpunkt, in dem sich die Gesellschaft bereits in der Krise befand, gestundet oder der darin liegende Kredit bei späterem Kriseneintritt der Gesellschaft belassen worden ist.
- e) Schadensersatzansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft wegen schuldhafter Verletzung des Eigentums an den zur Nutzung überlassenen Gegenständen werden durch den eigenkapitalersetzenden Charakter einer Gebrauchsüberlassung grundsätzlich nicht berührt. Macht der Gesellschafter solche Ansprüche zunächst nicht geltend, so können die allgemeinen Kapitalersatzregeln eingreifen (vgl. d).

BGH, Urteil vom 14. 12. 1992 — II ZR 298/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der E. GmbH. Die Gemeinschuldnerin wurde am 24. 9. 1985 gegründet. Sie führte das bis dahin von der Beklagten, einer Kommanditgesellschaft, betriebene Bauunternehmen fort. Das gesamte Anlagevermögen einschließlich des Betriebsgrundstücks und der Baumaschinen blieb im Eigentum der Beklagten; diese stellte es der GmbH auf der Grundlage von Mietverträgen, die am 1. 11. 1985 abgeschlossen wurden, zur Nutzung zur Verfügung. Die Gesellschafter beider Gesellschaften sind identisch; der persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten ist der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin.

Im Jahre 1987 geriet die GmbH in finanzielle Schwierigkeiten. Sie war ab August nicht mehr in der Lage, die fälligen Sozialversicherungsbeiträge und Steuern zu entrichten. Auf ihren Antrag wurde am 20. 11. 1987 über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Zu diesem Zeitpunkt wies ein am 1. 11. 1985 vereinbartes, bei der GmbH eingerichtetes Verrechnungskonto gegen die Beklagte eine Forderung von 91.777,24 DM aus. Am 18. 1. 1988 kündigte der Kläger die mit der Beklagten bestehenden Mietverträge.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Begleichung des Saldos aus dem Verrechnungskonto in Anspruch. Die Beklagte hat demgegenüber mit Mietzinsforderungen für die Zeit von Oktober 1987 bis Juni 1988 in Höhe von 68.310,— DM sowie verschiedenen auf das Mietverhältnis gestützten Ersatzansprüchen in Höhe von insgesamt 28.857,76 DM aufgerechnet. Der Kläger hält diese Gegenforderungen für unbegründet, weil die Überlassung des Anlagevermögens zur Nutzung durch die GmbH bei dieser fehlendes Eigenkapital ersetzt habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats zutreffend davon aus, daß die Gebrauchsüberlassung aufgrund eines Miet- oder Pachtverhältnisses den Regeln über den Ersatz von Eigenkapital

unterliegen kann (BGHZ 109, 55, 57 ff.; vgl. auch Sen.Urt. v. 19. 2. 1990 — II ZR 268/88, ZIP 1990, 578, 581 = WM 1990, 548, 551, insoweit in BGHZ 110, 342 nicht abgedruckt, und v. 22. 10. 1990 — II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595 = WM 1990, 2112, 2115). Soweit an dieser Rechtsprechung Kritik geübt worden ist (vgl. u. a. K. Schmidt, ZIP 1990, 69 ff.), gibt sie keinen Anlaß, jenen Grundsatz in Zweifel zu ziehen. Entscheidend ist, daß, wie im Urteil des Senats vom 16. 10. 1989 dargelegt worden ist, die Gebrauchsüberlassung ebenso wie die Darlehensgewährung geeignet sein kann, eine ohne diese Unterstützung sanierungsbedürftige und damit ohne Eigenkapitalzuführung liquidationsreife GmbH fortzuführen (BGHZ 109, 55, 58). Die gesetzlichen und die von der Rechtsprechung entwickelten Kapitalersatzregeln, die es zum Schutz der bereits vorhandenen und zukünftigen Gläubiger gewährleisten sollen, daß eine solche Gesellschaft entweder mit haftendem Kapital fortgesetzt oder liquidiert wird, treffen deshalb in ihrem Kern auch auf die in der Krise gewährte oder aufrecht erhaltene Gebrauchsüberlassung zu. Demgegenüber ist es von untergeordneter Bedeutung, daß das Eigentum an den überlassenen Gegenständen anders als an darlehensweise zur Verfügung gestelltem Geld nicht auf die Gesellschaft übergeht, sondern beim Gesellschafter verbleibt und daß die Nutzungsüberlassung — wiederum anders als bei einem Darlehen — nicht zu einem Passivposten in der Bilanz führt. Es gibt keine überzeugenden Sachgründe für die Annahme, daß das Gesetz wegen dieser formalen Unterschiede die beiden wirtschaftlich gleichen Tatbestände verschieden behandeln will. Der weitgefaßte Wortlaut des § 32 a Abs. 3 GmbHG und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. Regierungsentwurf, BT-Drucks. 8/1347 S. 39) bestätigen, daß das Gegenteil der Fall ist. Ein durchschlagender Einwand gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit der Kapitalersatzregeln auf Gebrauchsüberlassungsfälle läßt sich auch nicht daraus herleiten, daß bisher noch weitgehend ungeklärt ist, in welcher Weise die Rechtsfolgen, zu denen die Qualifizierung der der Gesellschaft gewährten Hilfeleistung als Kapitalersatz führt, der andersartigen dinglichen Zuordnung angepaßt werden müssen und angepaßt werden können, ohne daß dadurch das mit der gesetzlichen Regelung angestrebte wirtschaftliche Ergebnis angetastet wird (vgl. zu allem Ulmer, FS Kellermann, 1991, S. 485, 489 ff.).

2. Der Anwendung des § 32 a Abs. 3 GmbHG steht, wovon das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgeht, nicht entgegen, daß die Beklagte nicht selbst an der Gemeinschuldnerin beteiligt, sondern mit dieser nur über die gemeinsamen Gesellschafter verbunden ist. In einem Fall der Betriebsaufspaltung, wie er hier vorliegt, bilden das Besitz- und das Betriebsunternehmen eine wirtschaftliche Einheit, die es rechtfertigt, die Verantwortung für die ordnungsgemäße Finanzierung der Betriebsgesellschaft auch der von denselben Gesellschaftern getragenen Besitzgesellschaft aufzuerlegen (vgl. Sen.Urt. v. 9. 10. 1986 — II ZR 58/86, WM 1986, 1554 f. und v. 16. 12. 1991 — II ZR 294/90, WM 1992, 270, 272 = ZIP 1992, 242).

3. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis unterstellt, daß — frühestens — am 1. 7. 1987 bei der Gemeinschuldnerin ein Zustand eintrat, in dem ihr ein Außenstehender das ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellte Anlagevermögen auch mietweise nicht mehr überlassen hätte. Es hat gleichwohl darin, daß die Beklagte der Gemeinschuldnerin die Gegenstände über jenen Zeitpunkt hinaus beließ, kein Verhalten gesehen, das die Gebrauchsüberlassung nunmehr zu

Kapitalersatz machte. Die Beklagte habe nämlich, so hat es ausgeführt, keine Möglichkeit gehabt, die mit der Gemeinschuldnerin geschlossenen Mietverträge durch fristlose oder auch nur durch ordentliche Kündigung zu einem Zeitpunkt vor dem 30. 6. 1988 zu beenden. Diese rechtliche Beurteilung wird, wie die Revision mit Recht geltend macht, den Besonderheiten des hier zu entscheidenden Falles nicht gerecht.

Nach der Rechtsprechung des Senats werden ursprünglich nicht als Kapitalersatz dienende Gesellschaftermittel nachträglich von den Bindungen der §§ 30, 31, 32 a, 32 b GmbHG erfaßt, wenn der Gesellschafter sie bei Eintritt der Krise nicht abzieht, obwohl ihm dies zumindest objektiv möglich wäre (Sen.Urt. v. 24. 9. 1990 — II ZR 174/89, ZIP 1990, 1467, 1468 = WM 1990, 2041, 2042 m. w. N. und v. 9. 3. 1992 — II ZR 168/91, WM 1992, 816, 817 = ZIP 1992, 616). Der dem zugrundeliegende Gedanke besteht im Grundsatz ebenso wie bei der Mittelzuführung in der schon bestehenden Krise darin, daß die Gesellschafter wegen ihrer Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung eine liquidationsreife Gesellschaft nur dann fortführen dürfen, wenn ihr haftendes Kapital zur Verfügung gestellt wird. Hat der Gesellschafter keine Möglichkeit, zwischen weiterer Unterstützung und Liquidierung zu wählen, weil er rechtlich gehindert ist, der Gesellschaft die früher gewährte Hilfe zu entziehen, so liegt in seinem Verhalten keine Finanzierungsentscheidung, an die bei der Anwendung der Kapitalersatzregeln angeknüpft werden könnte.

Das Berufungsgericht hat deshalb im Grundsatz zutreffend darauf abgestellt, ob die Beklagte alsbald nach Eintritt der Krise das Nutzungsverhältnis über die Gegenstände des Anlagevermögens hätte beenden können. Dabei hat es aber den Blickwinkel ohne in der Sache gebotene Notwendigkeit auf die Frage eingeengt, ob die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Vermieterin das Rechtsverhältnis durch Kündigung zu einem bestimmten Zeitpunkt hätte einseitig auflösen können. Die Revision weist mit Recht darauf hin, daß in diesem Zusammenhang der gesellschaftsrechtliche Einfluß, den die Beklagte infolge der Gesellschafteridentität auf die Gemeinschuldnerin ausüben konnte, nicht außer Betracht gelassen werden darf. Die Beklagte stand nicht vor der Situation eines gesellschaftsfremden Dritten, der ohne Kündigungsrecht gegen den Willen des Mieters den Mietgegenstand nicht zurückerlangen kann. Die Gesellschafter brauchten sich vielmehr nur in angemessener Zeit nach Kriseneintritt (vgl. Sen.Urt. v. 24. 9. 1990 a. a. O.) darüber schlüssig zu werden, ob sie, indem sie der Gemeinschuldnerin das Anlagevermögen weiter beließen, deren Geschäftsbetrieb fortführen oder ob sie durch Herausnahme der Gegenstände die Gesellschaft — mit oder ohne Konkurs — beenden wollten. An dieser letzteren Maßnahme konnte sie in der gegebenen gesellschaftsrechtlichen Lage niemand hindern (vgl. *Ziegler*, Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassungsverhältnisse und Konzernhaftung bei der GmbH, 1989, S. 82). Das ist ausschlaggebend (vgl. schon Sen.Urt. v. 18. 11. 1991 — II ZR 258/90, WM 1992, 187, 190 = ZIP 1992, 177 und v. 17. 2. 1992 — II ZR 154/91, WM 1992, 650, 652 = ZIP 1992, 618 m. w. N.). Eine der Gesellschaft zu gesunden Zeiten gewährte Gesellschafterleistung wird nach Eintritt der Krise auch dann zu Eigenkapitalersatz, wenn der Gesellschafter die Leistung zwar nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln nicht abziehen kann, er aber von der ihm — zumindest objektiv — gegebenen Möglichkeit, die Gesellschaft unter Entzug der ihr zur Verfügung gestellten Mittel zu liqui-

dieren, keinen Gebrauch macht. Darauf, ob in der gleichen Lage ein nicht über diesen gesellschaftsrechtlichen Einfluß verfügender Außenstehender das der Leistung zugrundeliegende Rechtsverhältnis einseitig hätte beenden können, kommt es dann nicht an. Eine solche gesellschaftsrechtliche Möglichkeit wird freilich dann nicht gegeben sein, wenn der Gesellschafter, der der Gesellschaft die Leistung gewährt hat, gegen den Willen der anderen keine Entscheidung über die Liquidation der Gesellschaft herbeiführen kann. Ein solcher Fall liegt jedoch hier, soweit ersichtlich, nicht vor; denn durch ihre Beteiligung an der Beklagten waren beide Gesellschafter auch an der Überlassung der Anlagegüter beteiligt.

Das Berufungsurteil muß schon aus diesen Gründen aufgehoben werden, damit die notwendigen Feststellungen dazu getroffen werden können, zu welchem Zeitpunkt bei der Gemeinschuldnerin der Zustand der Kreditwürdigkeit oder der Überschuldung eintrat.

4. Der Kläger hat die Klage auch darauf gestützt, daß die GmbH von Anfang an „ohne die Beklagte überhaupt nicht existenzfähig“ gewesen sei, weil sie ohne das ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellte gesamte Anlagevermögen (sämtliche Maschinen und Gerätschaften, Büro- und Geschäftsräume, Lagerhalle und Lagerplatz) ihre Arbeiten als Bauunternehmen nicht hätte durchführen können. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, dem Vortrag des Klägers sei nicht zu entnehmen, daß bereits der Abschluß der Mietverträge eine Rechtshandlung gewesen sei, die wirtschaftlich einem eigenkapitalersetzenden Darlehen gleichgekommen wäre. Der Kläger habe weder behauptet, daß die GmbH damals überschuldet oder daß sie kredit- oder mietunwürdig gewesen sei, noch habe er dargelegt, daß sie nach ihrer Investitions- und Finanzplanung auf die mietweise Überlassung der Gegenstände angewiesen gewesen sei. Damit hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, den Sachverhalt des hier zu entscheidenden Falles nicht erschöpfend gewürdigt.

a) Eine Gesellschafterleistung ersetzt Eigenkapital der Gesellschaft, wenn ihr die Gesellschafter, wie § 32 a Abs. 1 Satz 1 GmbH es ausdrückt, als ordentliche Kaufleute die Mittel anstatt in Form eines Fremdkredits als Eigenkapital zugeführt hätten. Das ist nach der Rechtsprechung des Senats bei Darlehensgewährungen und der Stellung von Gesellschaftersicherheiten für Fremdkredite insbesondere dann der Fall, wenn die Gesellschaft mangels einer ausreichenden Vermögensgrundlage von dritter Seite einen nicht von ihren Gesellschaftern abgesicherten Kredit zu marktüblichen Bedingungen nicht erhalten hätte und deshalb ohne die Finanzierungsleistung des Gesellschafters hätte liquidiert werden müssen (BGHZ 81, 252, 255; BGHZ 109, 55, 62 m. w. N.). Die Leistung darf dann nach den von der Rechtsprechung auf der Grundlage der §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Grundsätzen nicht aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen zurückgewährt werden. Im Konkurs kann der Rückgewähranspruch nicht geltend gemacht werden, und im letzten Jahr vor Konkursöffnung erbrachte Leistungen sind anfechtbar (§§ 32 a GmbHG, 32 a KO).

Das Kriterium der Kreditunwürdigkeit hat grundsätzlich auch für Fälle der Gebrauchsüberlassung Bedeutung. Freilich reicht es hier nicht ohne weiteres aus, daß die Gesellschaft unter Berücksichtigung ihrer finanziellen Ausstattung auf dem Kapitalmarkt keinen Kredit erhalten hätte, mit

dessen Hilfe sie die Betriebseinrichtung selbst hätte anschaffen können. Denn sie hat diese tatsächlich nicht gekauft, sondern nur zur Nutzung erhalten; wäre ihr diese Nutzungsmöglichkeit auch von dritter Seite eingeräumt worden, dann läßt sich nicht sagen, der Gesellschafter habe durch die Gebrauchsüberlassung die sonst liquidationsreife Gesellschaft am Leben erhalten (BGHZ 109, 55, 62 ff.). Die Umqualifizierung einer solchen Gesellschafterhilfe in Eigenkapitalersatz kommt erst dann in Betracht, wenn gerade diese konkrete Leistung auf dem allgemeinen Markt nicht zu beschaffen gewesen wäre. Auch dieser Maßstab ist freilich für die Beurteilung eines Falles der Betriebsaufspaltung, wie er hier vorliegt, nur bedingt geeignet, weil es im allgemeinen an einem Markt für die Vermietung oder Verpachtung kompletter Betriebseinrichtungen fehlen wird (vgl. *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293, 1297 f.; v. *Gerkan*, GmbHR 1986, 218, 222; *Ziegler* a. a. O. S. 114). Daraus allein läßt sich gleichwohl nicht folgern, in solchen Fällen liege immer Eigenkapitalersatz vor (so *Fabritius*, Die Überlassung von Anlagevermögen an die GmbH durch Gesellschafter, 1988, S. 107 f.). Der Umstand, daß ein Wirtschaftsgut allgemein auf dem freien Markt nicht zu bekommen ist, zwingt für sich allein den Gesellschafter, wenn er es seiner Gesellschaft, die darauf angewiesen ist, selbst zur Verfügung stellt, nicht dazu, dies in Form einer Eigenkapitalzuführung zu tun; die Vermietung oder Verpachtung des Wirtschaftsguts kann aus seiner Sicht auch, wenn es keinen Markt dafür gibt, im Einzelfall sinnvoll sein. Ob dies mit den Gepflogenheiten eines ordentlichen Kaufmanns zu vereinbaren ist, hängt davon ab, ob ein vernünftig handelnder Vermieter oder Verpächter, der nicht an der Gesellschaft beteiligt ist und sich auch nicht an ihr beteiligen will, der Gesellschaft die Gegenstände unter denselben Verhältnissen und zu denselben Bedingungen überlassen hätte (BGHZ 109, 55, 64; ebenso bereits für Darlehensgewährungen und Gesellschaftersicherheiten Sen.Urt. v. 28. 9. 1987 — II ZR 28/87, ZIP 1987, 1541, 1542 = WM 1987, 1488 und v. 18. 11. 1991 a. a. O.; *Drygala*, Der Gläubigerschutz bei der typischen Betriebsaufspaltung, 1991, S. 57).

Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen mehrfach darauf hingewiesen, daß weder das Betriebsgrundstück noch die sonstigen Anlagegegenstände speziell auf die Bedürfnisse des von der Gemeinschaftsuldnerin betriebenen Unternehmens zugeschnitten gewesen seien, und der Kläger hat dem nicht widersprochen. Immerhin ist der Aufstellung über die von der Beklagten zusätzlich geltend gemachten Schadensersatzforderungen zu entnehmen, daß sich auf dem „Lagergrundstück“ offenbar eine nicht für jeden anderen Mieter brauchbare Dieseltankstelle befand. Ob es sich um sogenannte Standardwirtschaftsgüter handelt oder nicht, kann in der Tat von Bedeutung sein, wenn lediglich einzelne Gegenstände zur Nutzung überlassen werden (BGHZ 109, 55, 63 f.). Ein (hier: Bau-)Unternehmen, das sich die gesamte von ihm benötigte Betriebseinrichtung lediglich durch Miete oder Pacht sichert, wird indessen schwerlich so vorgehen können, daß es über einzelne Gegenstände kurzfristige oder mit verhältnismäßig kurzen Kündigungsfristen ausgestattete Nutzungsverträge mit verschiedenen Vertragspartnern schließt. Ein solcher Betrieb ist vielmehr auf eine langfristig sichere Grundlage in Form der benötigten Betriebsausstattung angewiesen. Er läßt sich auf Dauer nicht aufrechterhalten, wenn ständig mit dem Auslaufen oder der Kündigung einzelner Mietverträge über die verschiedenen Gegenstände gerechnet werden muß. Die Beklagte hat in anderem Zusammenhang — zur Begründung, warum es für die GmbH vernünftig gewesen sei, das von ihr, der Beklagten, übernom-

mene Unternehmen auf demselben Betriebsgelände fortzusetzen — darauf hingewiesen, daß der Umzug in eine andere Halle mit erheblichen zusätzlichen Kosten verbunden gewesen wäre. Soll ein derartiges Unternehmen insgesamt nicht mit eigenem, sondern mit gemietetem Anlagevermögen geführt werden, so ist das realistischere nur möglich, wenn die Betriebseinrichtung im wesentlichen aus einer Hand kommt und wenn sie aufgrund von langfristig unkündbaren Mietverträgen dem Betrieb für einen ausreichend langen Zeitraum unentziehbar zur Verfügung steht. Die Mietverträge zwischen der Beklagten und der Gemeinschaftsuldnerin sollen zwar mit sechsmonatiger Frist kündbar gewesen sein. Ob das ernstgemeint war, ist jedoch fraglich. Verfügt die Betriebsgesellschaft nur über eine — möglicherweise in der Nähe des Mindeststammkapitals angesiedelte — Kapitalausstattung, die gerade eben ausreichend ist, um die laufenden Geschäfte führen, nicht aber, um notfalls die unentbehrliche Betriebsausstattung selbst beschaffen zu können, so ist die ordentliche Kündigung eines über das gesamte Anlagevermögen mit einem Gesellschafter abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrages in aller Regel als ausgeschlossen anzusehen; eine anderweitige vertragliche Regelung ist in solchen Fällen im Zweifel nicht ernstlich gewollt (*Ulmer*, FS Kellermann S. 501; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 8. Aufl. § 32 a, b Rdnr. 115, 117; vgl. auch *Wiedemann*, GesR I, 1980, S. 570; *H. P. Westermann*, FS Fleck, 1988, S. 434 f.)

Auf ein derart ausgestaltetes Mietverhältnis über die gesamte Betriebseinrichtung wird sich ein vernünftig handelnder Dritter, wenn überhaupt, nur dann einlassen, wenn er begründete Aussicht hat, insgesamt gesehen über die ganze Vertragsdauer hinweg regelmäßig einen die Investitionskosten (zuzüglich eines angemessenen Gewinns) deckenden Mietzins zu erhalten (BGHZ 109, 55, 64 für auf die besonderen Verhältnisse des Unternehmens zugeschnittene Wirtschaftsgüter; *Junge*, FS Merz, 1992, S. 241, 244). Das wird in der Regel nur dann der Fall sein, wenn die Gesellschaft über genügend finanzielle Reserven verfügt, um etwaige kurz- oder mittelfristige Umsatzeinbrüche auffangen zu können (*Drygala* a. a. O. S. 58 f.). Zur Betriebsführung benötigte Geldmittel, die die Gesellschaft sich durch anderweitigen Kredit lediglich mit Hilfe von Sicherheiten beschaffen kann, die die Gesellschafter stellen, werden dafür in der Regel nicht ausreichen.

Die Einordnung der Gebrauchsüberlassung als Eigenkapitalersatz setzt nicht — zusätzlich — voraus, daß ihr ein „Finanzplan“ in dem Sinne zugrunde liegt, daß sie im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist oder auf einem Gesellschafterbeschuß beruht (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 13. Aufl. §§ 32 a/b Rdnr. 13; *Hommelhoff/Kleindiek*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 421, 440). Der Senat ist von dem Erfordernis einer solchen gesellschaftsrechtlichen Grundlage allerdings in den Fällen ausgegangen, in denen die Kommanditisten einer GmbH & Co. KG nach dem Gesellschaftsvertrag neben ihrer Kommanditeinlage ein dazu in einem bestimmten Verhältnis stehendes Darlehen oder eine entsprechende stille Einlage zu leisten haben (sogenannte „gesplittete“ Pflichteinlage, vgl. zuletzt BGHZ 104, 33, 39 ff. m. w. N.). Zu der Kritik, die gegen jene die zusätzliche Leistung als Teil der übernommenen Einlage und nicht als Kapitalersatz behandelnde Rechtsprechung vorgebracht worden ist (*Joost*, ZGR 1987, 370, 397; *Schön*, ZGR 1990, 220, 241 f.; *Priester*, BB 1991, 1917, 1921), ist hier nicht Stellung zu nehmen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Gesellschafterleistung unter die Kapitalersatzregeln fällt, kann es grundsätzlich nur auf

objektive Gesichtspunkte ankommen (zutreffend *Fleck*, LM GmbHG § 30 Nr. 6; *K. Schmidt*, ZIP 1981, 689, 691; *v. Gerkan/Hommelhoff*, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht 2. Aufl. S. 29; vgl. auch OLG Hamburg ZIP 1986, 1114, 1118); denn es steht nicht in der Macht der Gesellschafter, die Leistung durch eine bestimmte Vertragsgestaltung dem Kapitalersatzrecht zu entziehen. Deshalb ist es mißverständlich, die Einordnung als Eigenkapitalersatz in derartigen Fällen von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß es sich um eine Finanzierungsleistung „causa societatis“ — also um eine Leistung, die ihren Rechtsgrund im Gesellschaftsverhältnis hat — handle (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 32 a, b Rdnr. 48; *Hommelhoff/Kleindiek* a. a. O.). § 32 a GmbHG wertet zwar ebenso wie schon vorher der Senat mit seinen an die §§ 30, 31 GmbHG anknüpfenden Kapitalersatzgrundsätzen Gesellschafterleistungen, die ein vernünftig handelnder Außenstehender so nicht gewährt hätte, als solche, die mit Rücksicht auf die Gesellschaftereigenschaft erbracht werden. Ob eine solche Wertung gerechtfertigt ist, hängt aber grundsätzlich nicht von einer Verständigung der Gesellschafter untereinander, sondern allein vom Vorhandensein der dafür erforderlichen objektiven Voraussetzungen ab.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so darf bei der Gebrauchsüberlassung entsprechend den §§ 30, 31 GmbHG der Anspruch auf Zahlung des Miet- oder Pachtzinses nicht aus dem zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erfüllt werden. Für die Geltendmachung von solchen Ansprüchen im Konkurs und für die Rückforderung von Miet- oder Pachtzahlungen aus dem letzten Jahr vor Konkurseröffnung gelten die §§ 32 a GmbHG, 32 a KO, ohne daß es insoweit auf die Beeinträchtigung des Stammkapitals ankommt.

b) Im vorliegenden Fall könnte auf der Grundlage dieser rechtlichen Beurteilung die Gebrauchsüberlassung von Anfang an kapitaleretzenden Charakter gehabt haben. Der Prozeßstoff deutet in mancher Hinsicht darauf hin, daß, wie es bei bestimmten Betriebsaufspaltungsmodellen bis zu einem gewissen Grade systembedingt ist (vgl. *Ziegler* a. a. O. S. 112 ff.; *Junge* a. a. O.), die GmbH nur über das allernötigste Eigenkapital verfügte. Die Beklagte hat, worauf die Revision zu Recht hinweist, vorgetragen, es sei näherliegend, die dringend benötigten Finanzmittel für den Baubetrieb zu verwenden, anstatt dafür ein teures Grundstück zu kaufen, und Baumaschinen würden in der Regel geleast, damit keine unnötigen Mittel gebunden würden und die knappen Mittel zur Finanzierung der Bauleistungen verwendet werden könnten. Der Überziehungskredit der Sparkasse A. in Höhe von 160.000,— DM ist unstrittig im Hinblick auf die Absicherung durch die Gesellschafter eingeräumt worden. Die in den Mietverträgen mit der Beklagten vereinbarten Mietzinsraten sind offenbar niemals gezahlt worden; die GmbH soll, wie die Beklagte vorgetragen hat, zu Beginn des Mietverhältnisses eine „Vorauszahlung“ geleistet haben, die zu dem vom Kläger eingeklagten Saldo auf dem Verrechnungskonto geführt habe. Tatrichterliche Feststellungen dazu, woher die Mittel für diese „Vorauszahlung“ stammten, wie hoch sie war, für welchen Mietzeitraum sie ausreichte und ob überhaupt eine buchmäßige Verrechnung mit den Mietzinsen vorgenommen worden ist, hat das Berufungsgericht bisher nicht getroffen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß solche Feststellungen eine Art und Weise der Vertragsabwicklung ergeben, auf die sich ein gesellschaftsfremder Vermieter nicht eingelassen hätte. Die Parteien haben dazu zwar bisher wenig vorgetragen. Da sie jedoch die rechtlichen Gesichtspunkte, unter denen ein solcher Vortrag von Bedeu-

tung sein kann, offensichtlich nicht voll erkannt haben, müssen sie Gelegenheit erhalten, ihr Vorbringen insoweit zu ergänzen. Sodann wird das Berufungsgericht die noch fehlenden Feststellungen zu treffen und auf dieser Grundlage mittels einer Abwägung aller Umstände abschließend zu prüfen haben, ob auch ein vernünftig handelnder Außenstehender ein Mietverhältnis, wie es zwischen der Beklagten und der Gemeinschuldnerin bestand, eingegangen wäre.

5. Sollte sich ergeben, daß die Nutzungsüberlassung entweder von Anfang an (siehe oben 4) oder zu einem späteren, vor dem 1. 10. 1987 liegenden Zeitpunkt (siehe oben 3) Eigenkapital ersetzte, so würde das für die einzelnen Ansprüche, mit denen die Beklagte gegen die Klageforderung aufgerechnet hat, folgendes bedeuten:

a) Den Anspruch auf den Mietzins kann die Beklagte für den Zeitraum von Oktober 1987 bis Juni 1988 nach den §§ 32 a Abs. 1 Satz 1 GmbHG, 32 a KO nicht geltend machen (vgl. BGHZ 109, 55, 66).

b) ...

c) Die sonstigen Gegenforderungen der Beklagten haben Schadensersatzansprüche zum Gegenstand. Dabei handelt es sich zum einen um den behaupteten Wert von nicht zurückgegebenen Mietgegenständen und zum anderen um angeblich von der Gemeinschuldnerin zu vertretende Schäden an einzelnen Mietsachen, insbesondere an der Lagerhalle und an der Dieseltankstelle. Das Berufungsgericht hat diese Ansprüche für begründet gehalten, weil der Kläger das Verschwinden der betreffenden Geräte und die Schäden nicht bestritten und nicht dargetan habe, daß die Gemeinschuldnerin an dem darin liegenden Verstoß gegen die Obhutspflicht kein Verschulden treffe.

aa) Die Revision greift das zunächst mit der Begründung an, Schadensersatzforderungen aus einem den Eigenkapitalersatzregeln unterliegenden Mietverhältnis kämen von vornherein nicht in Betracht. Das trifft indessen so nicht zu.

Der Senat hat in seinem Urteil vom 16. 10. 1989 darauf hingewiesen, daß — abgesehen von der Behandlung des vereinbarten Nutzungsentgelts — die Rechtsfolgen einer eigenkapitaleretzenden Gebrauchsüberlassung ungeklärt sind, und diese Frage seinerzeit offengelassen (BGHZ 109, 55, 65 f.). Auch der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß, abschließend zu ihr Stellung zu nehmen. Die geltend gemachten Schadensersatzansprüche sollen auf behaupteten Eigentumsverletzungen beruhen. Das Eigentum an den der Gesellschaft zur Nutzung überlassenen Sachen geht in dem Zeitpunkt, von dem an die Eigenkapitalersatzregeln anwendbar sind, jedenfalls nicht ohne weiteres auf die Gesellschaft über. Eine derartige von selbst eintretende Änderung der dinglichen Rechtslage läßt sich weder aus den §§ 32 a, 32 b GmbHG noch aus den vom Senat in Anlehnung an die §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Kapitalersatzgrundsätzen herleiten (*Brandes*, ZGR 1989, 244, 246; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 32 a, b Rdnr. 113). Die gegenteilige Ansicht wird, soweit ersichtlich, in dieser weitgehenden Konsequenz auch nirgends vertreten. Im Schrifttum findet sich lediglich der Standpunkt, dem Eigentümer sei im Konkurs der Gesellschaft das Aussonderungsrecht zu versagen, damit der Konkursverwalter die Sache durch Veräußerung verwerten könne (vgl. die Nachw. in BGHZ 109, 55, 65; gegen diese Auffassung *G. Hueck*, ZGR 1986, 216, 233 ff.). Es wird auch die Formulierung gebraucht, der Eigentümer (Gesellschafter) sei ver-

pflichtet, zugunsten der Gesellschaft auf sein Eigentum an Gegenständen, die dem Wertverzehr unterliegen, „zu verzichten“ (*Drygala*, BB 1992, 80, 81 f.).

Darauf ist hier nicht weiter einzugehen. Eine von selbst eintretende Änderung der Eigentumszuordnung findet jedenfalls vor Konkurseröffnung nicht statt. Damit sind bis dahin auch Eigentumsverletzungen durch Personen, deren Handeln sich die Gesellschaft zurechnen lassen muß, möglich. Sie führen zu den allgemeinen Rechtsfolgen; auf diese Weise begründete Ansprüche gehen durch die Konkurseröffnung nicht unter. Das würde auch dann gelten, wenn unter bestimmten Umständen dem Konkursverwalter bei auf die Dauer der Betriebstätigkeit überlassenen abnutzbaren Wirtschaftsgütern ein Wertersatzanspruch in Höhe des dem Substanzwert (abzüglich des sog. Schrottwerts) entsprechenden restlichen Nutzungswerts zustehen sollte (vgl. dazu *Brandes* a. a. O. S. 249 sowie die Nachw. bei *Ulmer*, FS Kellermann S. 486; dagegen *Ulmer* a. a. O. S. 502 f., der dem Konkursverwalter lediglich das Recht zugestehen will, die Sache gegen Ersatz des Nutzungswerts herauszugeben). Einen solchen Wertersatzanspruch macht der Kläger im übrigen nicht geltend.

Sieht der Gesellschafter zunächst davon ab, eine etwaige Schadensersatzforderung wegen schuldhafter Beschädigung oder Zerstörung von zur Nutzung überlassenen Gegenständen von der Gesellschaft begleichen zu lassen, so können unter Umständen die allgemeinen Kapitalersatzregeln eingreifen (vgl. oben 5 b),

bb) Die Revision wendet sich jedoch zu Recht dagegen, daß das Berufungsgericht eine Ersatzpflicht der Gemeinschuldnerin mit dem bloßen Hinweis darauf bejaht hat, der Kläger habe ein etwa mangelndes Verschulden der Gemeinschuldnerin nicht dargelegt.

#### 18. GmbHG §§ 34, 47 (Anfechtungsfrist gegen Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung im GmbH-Recht)

##### Zur Frage der angemessenen Anfechtungsfrist gegen einen Beschluß der Gesellschafterversammlung, durch den ein Geschäftsanteil eingezogen wird.

BGH, Urteil vom 12. 10. 1992 — II ZR 286/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

##### Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte ist die persönlich haftende Gesellschafterin der H. GmbH & Co. Betriebs KG (im folgenden: H. KG), welche in E. ein Hotel errichtet hat und dieses über die S. Betriebsgesellschaft mbH betreibt. Von dem Stammkapital der Beklagten von 50.000,— DM hält die H. T. AG H. (T. AG) für insgesamt 369 Kommanditisten der H. KG Anteile von insgesamt 25.000,— DM. In Höhe der restlichen Anteile von zusammen 25.000,— DM war die F. Sch. Holding AG an der Beklagten beteiligt. Über das Vermögen dieser Anteilseignerin ist im August 1989 das Konkursverfahren eröffnet worden. Der Konkursverwalter hat mit am 9. 11. 1989 geschlossenem Vertrag die Geschäftsanteile der Gemeinschuldnerin an die Klägerin zum Preis von 250.000,— DM veräußert.

Gestützt auf § 6 Abs. 1 der Satzung der Beklagten, der die Einziehung von Geschäftsanteilen unter anderem dann zuläßt, wenn ein Anteilshaber in Konkurs fällt, hat die Gesellschafterversammlung der Beklagten am 29. 11. 1989 mit den Stimmen der T. AG und gegen diejenigen der Klägerin die Einziehung des von der Sch. AG erworbenen Geschäftsanteils beschlossen.

Mit ihrer bei Gericht am 19. 1. 1990 eingegangenen, am 8. 2. 1990 zugestellten Klage hat die Klägerin in erster Linie beantragt, den Einziehungsbeschluß für nichtig bzw. unwirksam zu erklären; hilfsweise hat sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 250.000,— DM begehrt. Das Landgericht hat das Hauptbegehren abgewiesen, auf den Hilfsantrag aber die Beklagte verurteilt, an die Klägerin

31.162,— DM zu zahlen. Dieser Betrag ist das der Höhe nach strittige, einseitig von der Beklagten zugunsten der Klägerin ermittelte Abfindungsguthaben.

Das Berufungsgericht hat die Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses festgestellt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

##### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Das Berufungsgericht befindet in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 104, 66, 69 m. w. N. [= *MittBayNot* 1988, 188 = *DNotZ* 1989, 21]), daß die unrichtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses kein Nichtigkeits-, sondern lediglich ein Anfechtungsgrund ist. Nicht gefolgt werden kann ihm jedoch darin, daß die Klägerin die Frist für die danach gebotene Anfechtungsklage (vgl. BGHZ 104, 66 ff.; Sen. Ur. v. 16. 12. 1991 — II ZR 58/91 WM 1992, 264, 269 = *ZIP* 1992, 237, 242 [= *MittBayNot* 1992, 213 = *DNotZ* 1992, 526]) gewahrt hat, als sie am 19. 1. 1990 ihre Klageschrift gegen den am 29. 11. 1989 gefaßten Einziehungsbeschluß bei Gericht eingereicht hat.

Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 111, 224, 225 f.; ferner BGHZ 101, 113, 117 [= *DNotZ* 1988, 185]; BGHZ 104, 66, 71; Ur. v. 17. 10. 1988 — II ZR 18/88, *ZIP* 1989, 634, 637 [= *DNotZ* 1990, 116]) ist auf Anfechtungsklagen gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH § 246 Abs. 1 AktG nicht in der Weise analog anzuwenden, daß die Monatsfrist streng einzuhalten ist. Vielmehr gilt eine von Fall zu Fall zu bestimmende „angemessene Frist“, die sich am „Leitbild“ des § 246 Abs. 1 AktG zu orientieren hat, keinesfalls aber kürzer als die für das Aktienrecht geltende Frist sein darf.

Auch wenn der Anfechtungskläger im GmbH-Recht nicht in jedem Fall an die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG gebunden ist, hat er doch die Anfechtungsklage mit aller ihm zumutbaren Beschleunigung zu erheben (BGHZ 101, 113, 117; BGHZ 111, 224, 226). Bei einer Überschreitung dieser Frist, kommt es darauf an, ob zwingende Umstände (BGHZ 101, 113, 117 und Sen. Ur. v. 17. 10. 1988; *ZIP* 1989 a. a. O. S. 637 m. w. N.; vgl. ferner *Lutter/Hommelhoff*, 13. Aufl. GmbHG Anh. § 47 Rdnr. 56; *Rowedder/Koppensteiner*, 2. Aufl. GmbHG § 47 Rdnr. 112) den Gesellschafter an einer früheren Klageerhebung gehindert haben. Der Senat hat ausgesprochen, daß die Bindung des Gesellschafters an die aktienrechtliche Anfechtungsfrist dann unzumutbar sein kann, wenn er längere Zeit benötigt, um schwierige tatsächliche oder rechtliche Fragen zu klären, die für die Beurteilung der Erfolgsaussicht der Klage bedeutsam sind (BGHZ 111, 224, 226). Darüber hinaus findet die Ablehnung einer strikten Analogie des § 246 Abs. 1 AktG im GmbH-Recht ihre Rechtfertigung darin, daß dem Gesellschafter der typischerweise mehr personalistisch geprägten, auf das zwischen den Gesellschaftern bestehende Vertrauen angewiesenen GmbH hinreichende Zeit gelassen werden soll, zu einer einvernehmlichen Lösung des Konflikts mit seinen Mitgesellschaftern zu gelangen (BGHZ 111, 224, 225; BGHZ 104, 66, 71). Je weniger personalistisch im konkreten Fall die Gesellschaft geprägt ist und je weniger schwierige Fragen geklärt werden müssen, um so mehr gewinnt das Moment der gebotenen Beschleunigung Gewicht (BGHZ 111, 224, 226; vgl. auch *Scholz/Schmidt* 7. Aufl. GmbHG § 45 Rdnr. 143).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze war im vorliegenden Fall die angemessene Frist für die Erhebung der Anfechtungsklage bei Einreichung des Klageschriftsatzes bei Gericht abgelaufen. Denn die Frage des Stimmrechts der

Klägerin als Betroffene der Einziehung und die der Auslegung der entsprechenden Satzungsbestimmung waren nicht von der nach der erwähnten Rechtsprechung des Senats (BGHZ 111 a. a. O.) erforderlichen so erheblichen Schwierigkeit, daß sie nicht binnen der Leitbildfrist von einem Monat geklärt werden konnten. Das gilt erst recht, wenn bedacht wird, daß diese Probleme nicht überraschend in der Gesellschafterversammlung vom 29. 11. 1989 aufgetreten sind, sondern daß die anwaltlich beratene Klägerin schon seit der Einberufung der allein der Beschlußfassung über die Einziehung dienenden Gesellschafterversammlung am 16. 11. 1989 Zeit hatte, diese sich aufdrängenden Fragen zu prüfen. Die in der Gesellschafterversammlung durch ihren Geschäftsführer und zwei Rechtsberater vertretene Klägerin bedurfte auch nicht deswegen einer längeren Prüfungszeit, weil sie das notarielle Protokoll der Gesellschafterversammlung nicht unmittelbar nach deren Beendigung ausgehändigt erhielt. Für die Beantwortung der für die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage maßgeblichen Fragen gab diese Niederschrift keinen Aufschluß. Im übrigen haben die von ihren jeweils anwesenden Anwälten beratenen Parteien sich noch am Rande der Gesellschafterversammlung vom 29. 11. 1989 darüber geeinigt, die von beiden Seiten als unvermeidlich angesehene Klage bei dem Landgericht E. zu erheben; dies zeigt, daß es auch aus der Sicht der Klägerin einer zeitaufwendigen Prüfung der Klagevoraussetzungen nicht bedurfte.

Die Klägerin kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, ihr sei es wegen der personalistischen, auf einvernehmliche Regelung von Streitigkeiten angelegten Prägung der GmbH unzumutbar gewesen, binnen der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG die Klage zu erheben. Denn diese Voraussetzungen, die den Senat (BGHZ 111, 224, 225 f.) veranlaßt haben, im GmbH-Recht die Frist des § 246 Abs. 1 AktG nicht strikt anzuwenden, sondern ihr lediglich den Charakter eines Leitbildes zuzusprechen, liegen im vorliegenden Fall nicht vor. Nach dem Verlauf der Gesellschafterversammlung, in welcher die andere Gesellschafterin der Beklagten den Vorschlag der Klägerin abgelehnt hatte, von der Einziehung ihres Geschäftsanteils abzusehen und zu erproben, ob man nicht trotz der auf Seiten der Treugeberkommanditisten gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin bestehenden Vorbehalte zum Wohl des Unternehmens zusammenarbeiten könne, war klar, daß eine einverständliche Regelung auschied. Das kommt auch in der bereits erwähnten Absprache über die Erhebung der Anfechtungsklage bei dem Landgericht E. zum Ausdruck. Schließlich entspricht die Beklagte ihrer Struktur nach auch nicht dem Bild, das dem Senat in den oben erwähnten Urteilen vorgeschwebt hat, als er die GmbH als in der Regel personalistisch geprägt bezeichnet hat. Vielmehr ist die Beklagte Teil einer Kapitalanlagegesellschaft, die die finanziellen Interessen einer großen Zahl von nicht durch besonderes persönliches Vertrauen verbundenen Anlegern zu vertreten hatte.

Ist danach entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Einziehungsbeschluß vom 29. 11. 1989 nicht rechtzeitig angefochten worden, muß nunmehr die zwischen den Parteien umstrittene, nach der angefochtenen Entscheidung nicht erhebliche Frage geklärt werden, wie hoch die nach dem Verkehrswert des Geschäftsanteils im Zeitpunkt der Einziehung zu bemessende Entschädigung ist (§ 6 Abs. 3 der Satzung), deren Zahlung die Klägerin mit dem Hilfsantrag erstrebt. Zu diesem Zweck ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

19. FGG §§ 19, 29; GmbHG § 54 (Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts bei GmbH-Satzung)

**Enthält eine Änderung der GmbH-Satzung einen Widerspruch zu stehengebliebenen Regelungen, dann ist dies vom Registergericht in jedem Fall zu beanstanden, wenn sie nicht ausschließlich die inneren Beziehungen der Gesellschafter zueinander regeln. Dies gilt auch dann, wenn die Satzung schon vor ihrer Änderung ähnliche Widersprüche aufwies.**

BayObLG, Beschluß vom 29. 10. 1992 — 3 Z BR 38/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 69 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Die Rechtsbeschwerdeführerin wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 30. 8. 1946 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet und in das Handelsregister eingetragen. In der Gesellschafterversammlung vom 26. 4. 1990 wurde der Gesellschaftsvertrag in einigen Punkten geändert und neu gefaßt. Unter dem 10. 6. 1991 wurde u. a. diese Neufassung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

§ 4 des Gesellschaftsvertrages lautet in der Neufassung:

„Gesellschafter kann nur sein, wer entweder Inhaber von Geschäftsanteilen ist, die wenigstens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, oder einer von mehreren Mitberechtigten ist, denen als Mitberechtigten gemeinschaftlich Geschäftsanteile zustehen, die wenigstens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen.“

Weiter enthält der Vertrag folgende Bestimmungen:

„§ 7

Voraussetzungen, an die die Abtretung der Geschäftsanteile geknüpft ist

Die Abtretung der Geschäftsanteile ist von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig. Die Zustimmung bedarf der schriftlichen Form. Sie muß versagt werden, wenn die Abtretung an eine Person erfolgen soll, die nicht Gesellschafter sein kann. Ansonsten darf sie nur aus wichtigem Grunde versagt werden.

§ 8

Teilung und Vereinigung von Geschäftsanteilen

Für die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteiles ist eine Zustimmung der Gesellschaft nicht erforderlich, wenn die Veräußerung an andere Gesellschafter aufgrund des diesen zustehenden Ankaufsrechtes erfolgt. Ebenso ist für die Teilung von Geschäftsanteilen verstorbener Gesellschafter unter deren Erben oder Vermächtnisnehmern eine Zustimmung der Gesellschaft nicht erforderlich.

§ 13

Einziehung von Geschäftsanteilen

Die Einziehung von Geschäftsanteilen ist zulässig.

Ohne die Zustimmung des Anteilberechtigten findet die Einziehung nur statt, wenn

a) der Anteilberechtigte nicht oder nicht mehr Gesellschafter sein kann;

Das Einziehungsverlangen ist in den Fällen c) einen Kalendermonat nach Zugang der Kündigung bei der Gesellschaft, in den Fällen d) einen Kalendermonat nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses, in den Fällen e) mit Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses, in den übrigen Fällen unverzüglich zulässig. Das Einziehungsverlangen ist nicht mehr zulässig, wenn seit dem Zeitpunkt, ab dem es zulässig war, mehr als zwölf Kalendermonate verstrichen sind.“

2. Unter dem 2. 8. 1991 teilte das Amtsgericht — Registergericht — dem antragstellenden Notar folgendes mit:

„Unter Bezugnahme auf die angemeldete Eintragung der Neufassung der Satzung bestehen Bedenken bezüglich § 4 (Gesellschafter). Die Bestimmung dürfte im Widerspruch zu § 14 GmbHG stehen, sowie gegen zwingende Vorschriften des Minderheitenschutzes (§§ 50 I, 61 II, 66 II GmbHG) verstoßen, so daß

Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit vorliegen würde (vgl. *Scholz GmbH-Gesetz* 7. Aufl. § 53 Anm. 43, 44; § 54 Anm. 44, 52). Eine Eintragung könnte somit insoweit nicht erfolgen.“

Die gegen diese Mitteilung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluß vom 30. 1. 1992 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde vom 10. 2. 1992.

#### Aus den Gründen:

Die an keine Frist gebundene (vgl. § 29 Abs. 2 FGG und *Jansen* FGG 2. Aufl. § 128 Rdnr. 32) weitere Beschwerde ist zulässig. Insbesondere bestehen gegen die Vollmacht und die Postulationsfähigkeit des Notars keine Bedenken (vgl. § 13 Sätze 2, 3, § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 12. Aufl. § 13 Rdnr. 15).

Die weitere Beschwerde ist unbegründet.

1. Die Erstbeschwerde war zulässig. Die Mitteilung des Amtsgerichts vom 2. 8. 1991 an den Notar ist als anfechtbare Zwischenverfügung anzusehen. Sie gibt deutlich zu erkennen, daß „eine Eintragung insoweit nicht erfolgen“ könnte, als die Bedenken reichen. Zwar setzt sie keine Frist zur Behebung des mitgeteilten Mangels; dies nimmt ihr aber nicht den Charakter einer Zwischenverfügung. Entscheidend ist, daß es sich nicht nur um die Äußerung einer bloßen Rechtsansicht handelt. Zwischenverfügungen in Handelsregistersachen sind grundsätzlich anfechtbar (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler* § 19 Rdnr. 9), jedenfalls dann, wenn mit ihnen eine Änderung der Anmeldung mit dem Ziel erstrebt wird, eine Eintragung herbeiführen zu können (BayObLGZ 1991, 371/372 f.).

Allein wegen der fehlenden Fristsetzung ist aber die Zwischenverfügung nicht aufzuheben (BayObLGZ 1972, 24 und a. a. O.). Daß die Rechtslage im Bereich der GBO möglicherweise anders ist (vgl. *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 18 Anm. 8 c m. w. N.), beruht auf der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 18 Abs. 1 GBO.

2. Das Landgericht ist davon ausgegangen, die angemeldete Satzungsänderung verstoße gegen zwingende gesetzliche Regelungen der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsstellung eines GmbH-Gesellschafters. Ob jemandem die rechtliche Eigenschaft als Gesellschafter zukomme, bestimme sich als Rechtsfolge nach Gesetz und Vertrag und sei damit der unmittelbaren Satzungsautonomie allgemein entzogen, soweit zwingende Regelungen entgegenstünden. Wenn demgegenüber in § 4 der vorgelegten Satzung Gesellschafter aber „nur sein kann, wer . . . Inhaber von Geschäftsanteilen ist, die wenigstens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen“ (— oder Mitberechtigter hieran ist —), würde mit dieser Bestimmung allen jenen die Rechte und Pflichten eines Gesellschafters vorenthalten, die zwar Gesellschafter sind, aber diese Voraussetzungen der mindestens 10%igen Geschäftsanteilsquote nicht erfüllen. Daß auch die minderquotierten Geschäftsanteile jeweils ein selbständiges Vollrecht darstellen könnten, sei allgemein anerkannt. Die Satzung ergebe damit eindeutig, daß ihm sämtliche Mitgliedschaftsrechte — also auch die unverzicht- bzw. unabdingbaren — nicht zustünden, weil er nicht Gesellschafter „sein kann“, obwohl die Einschränkung oder Entziehung von zwingenden Mitgliedschaftsrechten ausgeschlossen sei. Bis zur beschlußmäßigen, mangels Fristregelung im Gesellschaftsvertrag zeitlich jedoch manipulierbaren Einziehung seines minderquotierten Geschäftsanteils wäre eine automatische Einziehung ohnehin absolut unzulässig. Auf eine solche würde aber die angemeldete Satzungsregelung hinauslaufen.

3. Das Landgericht geht zunächst ohne Rechtsfehler davon aus, daß zwingende Rechte eines Gesellschafters, der weniger als 10% hält, durch Satzungsregelungen nicht ausgeschlossen werden können. Dies wird etwa vertreten für die Minderheitenrechte aus § 50 GmbHG (vgl. *Scholz/Karsten Schmidt* GmbHG 7. Aufl. § 50 Rdnr. 6 — ohne Eingehen auf § 45 Abs. 2 GmbHG; s. aber dort Rdnr. 2, 4) und für die Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51 a GmbHG (siehe § 51 a Abs. 3 GmbHG). Ein dem vorliegenden ähnliches Problem ergibt sich im Bereich der Abspaltungsverbote bezüglich der Mitgliedschaftsrechte (vgl. dazu *Karsten Schmidt* Gesellschaftsrecht 2. Aufl. § 19 III 4 = S. 455); bei der Auslegung des Landgerichts würde § 4 der Satzung eine ähnliche Rechtsstellung eines Gesellschafters herbeiführen, der nicht mindestens 10% hält.

4. Auch im übrigen hat das Landgericht rechtsfehlerfrei entschieden.

a) Das Landgericht hat sein Verständnis der Bestimmung von § 4 des Gesellschaftsvertrages nicht begründet, d. h., im Beschluß des Landgerichts finden sich Ausführungen zur Frage der Auslegung dieser Bestimmung nicht. Es geht aber bei der rechtlichen Würdigung davon aus, daß die Entstehung von Anteilen mit weniger als 10% des Stammkapitals nicht ausgeschlossen ist, daß aber Gesellschaftern, die weniger als 10% halten, alle Gesellschafterrechte entzogen sein sollen, und zwar ohne Rücksicht auf einen Beschluß über die Einziehung solcher Anteile. Bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer solchen Einziehung, der manipulierbar sei, entstünde dadurch eine Gesellschafterstellung ohne jedes Gesellschafterrecht.

b) Es ist anerkannt, daß das Rechtsbeschwerdegericht (Revisionsgericht) die Satzung einer Kapitalgesellschaft, soweit sie körperschaftliche Regelungen enthält, selbst auslegen kann; es besteht insoweit keine Bindung an die Auslegung des Tatrichters (BGHZ 9, 279/281; 14, 25; *Jansen* Rdnr. 22; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 6. Aufl. Anm. II 3 a bb; *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 49, je zu § 27 FGG m. w. N.). Dies gilt auch dann, wenn es sich um eine geänderte Satzung handelt, welche mangels Eintragung noch keine rechtliche Wirksamkeit erlangt hat (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG). Auch hier greift der Grund für die selbständige Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht ein, daß nämlich die hierbei zu beurteilende Satzungsbestimmung Regelungen für den künftigen Mitgliederbestand enthält und sich somit an einen unbestimmten Kreis von Gesellschaftern wendet, sofern die Satzungsänderung im Handelsregister eingetragen wird (BayObLGZ 1985, 391/393 [= MittBayNot 1986, 35]).

c) Der Umfang der Prüfungsbefugnis des Registergerichts bei Anmeldung einer Satzungsänderung gem. §§ 53, 54 GmbHG unterscheidet sich nicht von einer Neuanmeldung nach § 9 c GmbHG. Danach hat das Gericht zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Allerdings ist die Prüfung nur anfechtbarer und nicht innerhalb der Frist angefochtener Gesellschafterbeschlüsse nach verschiedentlich vertretenen Auffassungen eingeschränkt (vgl. etwa *Rowedder/Zimmermann* GmbHG 2. Aufl. § 54 Rdnr. 18; *Scholz/Priester* GmbHG 7. Aufl. § 54 Rdnr. 36; anderer Ansicht wohl *Baumbach/Zöllner* GmbHG 15. Aufl. § 54 Rdnr. 20). Das Gericht kann auch nicht die bloße Unzweckmäßigkeit von Änderungen des Gesellschaftsvertrages rügen (vgl. BayObLGZ 1974, 479/483 [= MittBayNot 1975, 126]; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG

8. Aufl. Rdnr. 44; *Lutter/Hommelhoff GmbHG* 13. Aufl. Rdnr. 6; *Rowedder/Zimmermann* Rdnr. 18, je zu § 54 GmbHG; *Sauter/Schweyer* Der eingetragene Verein 14. Aufl. Rdnr. 14). Dies gilt grundsätzlich auch hinsichtlich einer Kontrolle, ob geänderte Satzungsteile offensichtlich unklar oder widersprüchlich sind, wenn diese nur gesellschaftsinterne Bedeutung haben, somit für außenstehende Dritte nicht bedeutsam sind (BayObLG WM 1985, 572 m. w. N.). Eine über die Rechtskontrolle hinausgehende Zweckmäßigkeitkontrolle griffe in unzulässiger Weise in die Satzungsautonomie ein, die der Gesellschaft in Art. 9 Abs. 1 GG als Grundrecht garantiert ist. Es darf auch nicht übersehen werden, daß Recht und Pflicht zur Zweckmäßigkeitkontrolle den Kreis der Amtspflichten des Registerrichters (§ 839 BGB) ohne Notwendigkeit erweitern würde (BayObLG a. a. O.). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen unklare oder mißverständliche Formulierungen beanstandet werden dürfen, ist ebenso umstritten, wie auch die Frage, ob Beschlüsse mit nur interner Bedeutung besonders zu behandeln sind.

Jedenfalls aber müssen Widersprüche zwischen geänderten und stehengebliebenen Bestimmungen in den für Nichtgesellschaftler relevanten Teilen gerügt werden (vgl. *Baums* Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen S. 103; *Hachenburg/Ulmer* Rdnr. 44; *Rowedder/Zimmermann* Rdnr. 18; *Scholz/Priester* Rdnr. 35 je zu § 54). Werden die Widersprüche trotz der Beanstandung nicht bereinigt, dann ist die Anmeldung zurückzuweisen (OLG Düsseldorf GmbHR 1968, 223; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O.; *Soergel/Hadding* BGB 12. Aufl. § 58 Rdnr. 8 für den Verein).

d) Vorliegend widersprechen sich § 4 der Neufassung einerseits und § 7 Satz 3, § 8 Abs. 1 Satz 2, § 13 des Gesellschaftsvertrages andererseits; (*Wird ausgeführt.*)

e) Zwar ist anerkannt, daß bei mehrdeutigen Bestimmungen eine gesetzes- bzw. satzungskonforme Auslegung, gegebenenfalls sogar gegen den Wortlaut, den Vorzug verdient, durch die ihre Gültigkeit bejaht und die Vereinbarkeit mit dem übrigen Vertragsinhalt am besten gewährleistet werden kann (*Baumbach/Hueck* § 2 Rdnr. 27 m. w. N.). Dies kann aber bei Widersprüchlichkeit in einem wie hier vorliegenden Ausmaß nicht im Anmeldeverfahren gelten, in dem noch eine Klarstellung möglich ist. Im Eintragungsverfahren muß darauf gedrungen werden, daß die Satzung eine dem Sinn der Bestimmungen entsprechende Fassung erhält (BayObLGZ 1992, 16/20 m. w. N. [= *MittBayNot* 1992, 191]) und daß die geänderten Bestimmungen mit dem nicht geänderten Satzungsinhalt zusammenstimmen (BayObLGZ 1971, 242/245). Dies gilt auch dann, wenn — wie hier — die Satzung schon vor ihrer Änderung ähnliche Widersprüche aufwies.

4. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 Satz 1 FGG ist nicht veranlaßt. (*Wird ausgeführt.*)

20. DM-BilanzG § 36; GmbHG § 58 (*Vorrang von § 58 GmbHG vor § 36 DM-BilanzG*)

**Die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung können nicht durch eine Berichtigung der DM-Eröffnungsbilanz umgangen werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Berzirksgericht Dresden, Beschluß vom 26. 8. 1992 — 4 T 4/92 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der VEB Strömungsmaschinen wurde mit Wirkung vom 1. 7. 1990 auf Grundlage des Gesetzes zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens — Treuhandgesetz — vom 17. 6. 1990 (GBl. Teil I Nr. 33, Seite 300) in eine GmbH im Aufbau umgewandelt und gem. § 15 TreuhandG in das Handelsregister eingetragen.

In der Folgezeit hat das Unternehmen die gem. § 19 TreuhandG notwendigen Maßnahmen eingeleitet und gem. § 21 TreuhandG in Verbindung mit § 8 GmbHG mit der Anmeldung vom 13. 11. 1991 die notwendigen Unterlagen zur Löschung des Firmenzusatzes „im Aufbau“ eingereicht.

Auf deren Grundlage ist am 27. 3. 1991 die Registereintragung vollzogen worden. Unter laufender Nr. 2 des Registerblattes des Kreisgerichts ist für die Strömungsmaschinen Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Spalte 3 ein Stammkapital in Höhe von 35.000.000,00 DM ausgewiesen. Diese Summe entspricht den Angaben im Gesellschaftsvertrag vom 19. 11. 1990 (§ 3 Abs. 1 Ziff. 3 GmbHG), dem Gründungsbericht des Gesellschafters (§ 5 Abs. 4 GmbHG), dem Stammkapital in der Liste der Gesellschafter vom 25. 1. 1991 (§ 8 Abs. 1 Ziff. 3 GmbHG) und dem in der am 31. 10. 1990 bestätigten DM-Eröffnungsbilanz vom 1. 7. 1990 enthaltenen Betrag.

Am 11. 12. 1991 wird die Änderung des Stammkapitals auf nunmehr 10.000.000,00 DM zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Sie basiert auf einem Gesellschafterbeschuß zur Kapitalherabsetzung vom gleichen Tag, welcher wiederum auf die geänderte DM-Eröffnungsbilanz vom 1. 7. 1990 mit Bestätigungsvermerk vom 31. 7. 1991 Bezug nimmt. Die Notwendigkeit der Überarbeitung dieser Bilanz wird mit einem Gesellschafterbeschuß vom 11. 7. 1991 begründet, der das Stammkapital mit 10.000.000,00 DM neu festgesetzt hat.

Das Registergericht beim Kreisgericht hat den Vollzug der Anmeldung vom 11. 12. 1991 mit Beschluß vom 20. 2. 1992 abgelehnt. Es handele sich um keine Neufestsetzung, sondern eine Herabsetzung des Stammkapitals. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kapitalherabsetzung im Sinne des § 58 GmbHG lägen jedoch nicht vor.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Geschäftsführer des betroffenen Unternehmens wird im wesentlichen damit begründet, die dem Registergericht vorgelegte bestätigte DM-Eröffnungsbilanz vom 10. 8. 1990 habe nicht den Vorschriften des DM-Bilanzgesetzes in der Fassung vom 18. 4. 1991 entsprochen. Das Eigenkapital und die Sonderrücklage nach § 17 Abs. 4 Satz 3 DM-Bilanzgesetz sei falsch ausgewiesen, weil sich nach Aufstellung der nunmehr korrigierten Eröffnungsbilanz lediglich ein Eigenkapital in Höhe von DM 27.979.692,97 ergeben habe, so daß auf dieser Basis das Stammkapital lediglich in Höhe von 10.000.000,00 DM festgesetzt worden sei.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist unbegründet.

Die nachträglich festgestellte fehlerhafte Ausweisung von Eigenkapital und Sonderrücklagen in der am 31. 10. 1990 bestätigten Eröffnungsbilanz führen nicht zur Nichtigkeit der im November 1990 gefaßten Gesellschafterbeschlüsse.

Abgesehen davon, daß weder aus dem Prüfungsbericht zum geänderten Jahresabschluß für das Jahr 1990 noch aus der veränderten bestätigten DM-Eröffnungsbilanz Gründe für eine zunächst falsche Kapitalneufestsetzung ersichtlich sind und auch dem Gesellschafterbeschuß vom 11. 7. 1990 nicht zu entnehmen ist, aus welchen Erwägungen eine unrichtige Bilanzerstellung und -bestätigung zum 31. 10. 1990 erfolgt ist, kann das im Handelsregister eingetragene Grundkapital nicht von Amts wegen gelöscht werden.

Selbst unterstellt, bestimmte Wertansätze für Vermögensgegenstände seien überzogen oder offene Verbindlichkeiten mit einem geringeren Wert bemessen worden, ergibt sich hieraus noch nicht, daß der gesamte Prozeß der bereits vollzogenen Kapitalneufestsetzung einschließlich rechtswirksam abgegebener Willenserklärungen nichtig ist.

Zwar legitimiert § 36 DM-BilanzG die nachträgliche Berichtigung von Eröffnungsbilanzen; der Ausgleich von auftretenden Verlusten ist jedoch lediglich über bilanz- bzw. finanz-

technische Verrechnungsvarianten und die Einarbeitung dieser Berichtigungen des Wertansatzes in der späteren Bilanz möglich (vgl. § 36 Abs. 3 DM-BilanzG).

Mit der Berichtigung der späteren Bilanz gilt die fehlerhafte Eröffnungsbilanz gem. § 36 Abs. 4 DM-BilanzG als geändert, ohne daß eine tatsächliche Änderung stattfinden muß. Die nachträgliche Anpassung von Wertansätzen oder unterlassenen Ansätzen und deren Verrechnung hat also keinen Einfluß auf den ursprünglichen ziffernmäßigen Ausweis der berichtigten Bilanzpositionen. Während also finanzrechtlich, insbesondere steuerrechtlich, Auswirkungen durch die Berichtigung entstehen, bleibt diese handelsrechtlich unberücksichtigt (vgl. *Budde/Foster*, Kommentar DM-BilanzG § 36 Rdnr. 40, *Jakob*, Die Erstellung von DM-Eröffnungsbilanzen, Seite 86 — Berichtigung von Wertansätzen).

Eine von Amts wegen vorzunehmende Löschung des im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals ist deshalb trotz der berichtigten Wertansätze der DM-Eröffnungsbilanz nicht zulässig.

Eine Verminderung des eingetragenen Stammkapitals ist damit regelmäßig nur aufgrund eines Beschlusses über die Kapitalherabsetzung unter Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen des § 58 GmbHG möglich. Diese Vorschrift erfaßt ausdrücklich auch den Fall der Beseitigung einer Unterbilanz, womit die Anpassung des Stammkapitals an die tatsächlichen Vermögensverhältnisse erreicht wird.

Ob die Unterbilanz oder gar Überschuldung des Unternehmens ursächlich für die Bilanzberichtigung waren, kann dahingestellt bleiben, da auch im Falle der Überschuldung eines Unternehmens eine Sanierung nicht im Wege eines bloßen Amtslöschungsverfahrens nach § 144 FGG herbeigeführt werden kann (vgl. *Scholz*, 7. Aufl. GmbHG § 58 Rdnr. 12, § 30 Rdnr. 14; *Rohwedder* 2. Aufl. GmbHG § 58 Rdnrn. 6, 7, 42 ff.; *Luther/Hommelhoff* 16. Aufl. GmbHG § 58 Rdnr. 21; *Hachenburg*, Großkommentar 8. Aufl. GmbHG Rdnrn. 12, 13, 24).

### C.

#### Öffentliches Recht

21. BSHG § 85 Nr. 1, § 88 Abs. 2, § 90 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 3; VwGO § 42 Abs. 2; BGB § 528 (*Überleitung eines Rückforderungsanspruchs nach § 528 BGB auf den Sozialhilfeträger; Umfang des übergeleiteten Anspruchs*)

1. Der Sozialhilfeträger kann aufgrund von § 528 BGB nur einen zur Bedarfsdeckung erforderlichen Teil der Schenkung herausverlangen, bei wiederkehrendem Bedarf also eine wiederkehrende Leistung in dem Bedarf entsprechender Höhe.
2. Die nach § 528 BGB an den Schenker zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zurückfließenden Geldbeträge sind Einkommen im Sinne von Abschnitt 4 Unterabschnitte 1 und 2 BSHG. Dem Beschenkten kommen, wenn er nicht zum Personenkreis des § 91 BSHG gehört, die durch § 91 Abs. 1 Satz 2 BSHG in Bezug genommenen Vorschriften über das Schonvermögen nicht zugute.

BVerwG, Urteil vom 25. 6. 1992 — 5 C 37.88 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Großmutter des Klägers war vom 7. 7. 1978 bis zu ihrem Tode am 18. 6. 1984 in einem Pflegeheim untergebracht gewesen. Da ihre Einkünfte (Erwerbsunfähigkeitsrente und Unterhaltshilfe nach dem

Lastenausgleichsgesetz) die Pflegekosten nicht deckten, hatte der Beklagte diese Kosten im Rahmen der Hilfe zur Pflege aus Mitteln der Sozialhilfe unter Vereinnahmung jener Einkünfte zunächst übernommen. Durch Bescheid vom 5. 7. 1979 hatte er die Gewährung von Hilfe zur Pflege sodann für die Zeit nach dem 30. 6. 1979 mit Rücksicht auf eine der Großmutter des Klägers zugeflossene Lastenausgleichszahlung in Höhe von 28 291,80 DM abgelehnt.

Im Oktober 1979 beantragte die Großmutter des Klägers beim Beklagten, die Heimpflegekosten unter Vereinnahmung ihres Einkommens ab dem 1. 11. 1979 wieder zu übernehmen; da ihr Vermögen sich „inzwischen so verringert (habe, daß sie die) Pflegekosten nicht mehr bezahlen (könne)“. Dies erläuterte sie später dahingehend, sie habe größere Geldbeträge dem Kläger und dessen Bruder „als Entschädigung“ dafür gegeben, daß sie seit 1959 im Haushalt von deren Vater, ihrem Schwiegervater, unentgeltlich gelebt habe. Der Kläger und sein Bruder erklärten gegenüber dem Beklagten, sie hätten von ihrer Großmutter je 10 000 DM erhalten, das Geld aber bereits ausgegeben.

Daraufhin gewährte der Beklagte der Großmutter des Klägers ab dem 23. 1. 1979 erneut Hilfe zur Pflege durch Übernahme der Heimpflegekosten. Mit an den Kläger und dessen Bruder gerichteten Bescheiden vom 12. 2. 1980 leitete er nach § 90 BSHG „den Anspruch aus § 528 BGB (Herausgaberecht wegen Verarmung des Schenkers)“ unter Hinweis darauf auf sich über, daß die Kosten der Heimpflege der Großmutter seit dem 23. 11. 1979 im Rahmen der Sozialhilfe getragen würden.

Während der Bruder des Klägers sich mit dem Beklagten in einem Zivilrechtsstreit auf Zahlung von 4 000 DM an den Beklagten verglich, legte der Kläger gegen die Überleitung Widerspruch u. a. mit der Begründung ein, daß es sich bei dem Nachzahlungsbetrag nicht um Vermögen im Sinne des Bundessozialhilfegesetzes gehandelt habe. Nachdem Widerspruch und Klage gegen die Überleitung erfolglos waren, hat das Oberverwaltungsgericht (ZfV 1987, 252) auf die Berufung des Klägers die an ihn gerichtete Überleitungsanzeige aufgehoben und dies im wesentlichen folgendermaßen begründet:

Die Klage sei als Anfechtungsklage zulässig; insbesondere fehle dem Kläger nicht die Klagebefugnis. Die Klage sei auch begründet; denn die Überleitungsanzeige sei wegen Verstoßes gegen § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG rechtswidrig. Nach dieser Vorschrift habe der Beklagte den Anspruch der Großmutter des Klägers auf Rückgabe der Schenkung nicht in voller Höhe auf sich überleiten dürfen, sondern nur insoweit, als es sich bei dem Schenkungsbetrag nicht um Schonvermögen im Sinne des § 88 Abs. 2 BSHG gehandelt haben würde. Auch bei rechtzeitiger Herausgabe der geschenkten 10 000 DM, zumindest eines das monatliche Eintreten der Sozialhilfe erübrigenden Betrages seit dem 23. 11. 1979, hätte die Gewährung von Hilfe zur Pflege für die Großmutter des Klägers nicht mehr von dem (vorherigen) Einsatz oder von der Verwertung des Schenkungsbetrages abhängig gemacht werden dürfen, sobald das Vermögen aufgrund der Bezahlung der Heimpflegekosten und vorbehaltlich erneuter Vermögenszuflüsse auf einen „kleineren Barbetrag“ im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG gesunken wäre. Der Beklagte hätte in der Überleitungsanzeige zum Ausdruck bringen müssen, daß er den Rückgewähranspruch nur in einem Umfang in Anspruch nehme, der diesen der Großmutter des Klägers zukommenden Vermögensschonbetrag berücksichtige. § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG komme auch dem Kläger als Schutzvorschrift zugute, die Nichtbeachtung dieser Bestimmung bedeute ihm gegenüber nicht etwa lediglich den „Reflex“ einer allein dem Schutz des Hilfeempfängers dienenden Vorschrift.

Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten. Dieser rügt eine Verletzung von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO und § 90 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Revision des Beklagten ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Das Oberverwaltungsgericht hätte die Berufung des Klägers gegen die Abweisung seiner gegen die Überleitungsanzeige erhobenen Klage zurückweisen müssen.

1. Dem Berufungsgericht ist allerdings darin zu folgen, daß die Klage zulässig ist.

Die Vorinstanz hat die Klage zu Recht nicht an dem Erfordernis der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) scheitern lassen.

Die vom Kläger angefochtene Überleitungsanzeige ist ein Verwaltungsakt. Dies folgt unmittelbar aus dem Gesetz, das in § 90 Abs. 1 und 2 BSHG den Übergang des Anspruchs des Hilfeempfängers gegen den Drittschuldner durch „schriftliche Anzeige“ regelt und in § 90 Abs. 3 BSHG von dem „Verwaltungsakt“ spricht, der den Übergang des Anspruchs bewirkt. Die Überleitungsanzeige ist Verwaltungsakt auch nicht etwa nur im Verhältnis zum Hilfeempfänger; denn sie ergeht an den Drittschuldner (§ 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG: „an den anderen“) und greift auch ihm gegenüber — als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt — in das zwischen ihm und dem Hilfeempfänger bestehende Rechtsverhältnis ein. Im Hinblick auf die Adressatenstellung des Drittschuldners und die vorbezeichnete Rechtsnatur der Überleitungsanzeige kann (auch) diesem die Befugnis zur Klage gegen diese Anzeige jedenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn auch der Träger der Sozialhilfe selbst davon ausgeht, daß der Drittschuldner gegen die ihm gegenüber erlassene Überleitungsanzeige klageweise vorgehen kann. Ein solcher Fall ist hier gegeben. Denn in dem Widerspruchsbescheid des Landschaftsverbandes R. vom 7. 7. 1983, durch den die Überleitung vom 12. 2. 1980 ihre abschließende Gestalt gefunden hat (vgl. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO), wurde der Kläger ausdrücklich dahin belehrt, gegen den „Bescheid . . . vom 12. 02. 1980 . . . nunmehr innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Widerspruchsbescheides Klage“ erheben zu können.

Auch ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers läßt sich nicht in Abrede stellen. Dieses Zulässigkeitserfordernis besagt, daß der Kläger verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nur in Anspruch nehmen kann, wenn er sein Klageziel nicht auf anderem Wege schneller oder einfacher erreichen könnte. Dies ist hier nicht der Fall. Insbesondere braucht der Kläger sich nicht darauf verweisen zu lassen, daß über die Rückforderung ein gesonderter Bescheid ergehen werde, ihm letztlich aber Rechtsschutz gegenüber einer Inanspruchnahme durch den Beklagten auch noch im Rahmen eines von diesem gegebenenfalls zu führenden Zivilrechtsstreits verbleibe. Nur in dem vorliegenden Rechtsstreit kann der Kläger geltend machen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Überleitung fehlen.

2. Nicht beizupflichten ist der Vorinstanz jedoch darin, daß die Klage auch begründet sei. Dabei kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht die Rechtmäßigkeit der Überleitungsanzeige auch an der Vorschrift des § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG messen durfte, wonach der Übergang des Anspruchs nur insoweit bewirkt werden darf, als bei rechtzeitiger Leistung des anderen die Hilfe nicht gewährt worden wäre, oder ob sich auf diese Regelung nur der Hilfeempfänger, nicht dagegen auch der vorrangig Leistungsverpflichtete berufen kann. Dahinstehen kann ferner, ob die von der Vorinstanz herangezogene, einen Vermögenseinsatz durch den Hilfeempfänger begrenzende Vorschrift des § 88 BSHG „drittschützenden“ Charakter hat. Mit Bundesrecht unvereinbar ist nämlich schon der Standpunkt des Berufungsgerichts, die Voraussetzungen von § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG lägen hier deswegen vor, weil eine rechtzeitige Leistung des Klägers im Wege der Schenkungsrückgewähr das Eintreten der Sozialhilfe im Umfang eines der Großmutter des Klägers nach § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG zu belassenden Barbetrages nicht erübrigt hätte.

Unter „Leistung“ im Sinne des § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG ist nur die vom Drittschuldner im Zeitpunkt des Eintretens der Sozialhilfe geschuldete Leistung zu verstehen. Dies war hier

nicht der gesamte dem Kläger von seiner Großmutter geschenkte Geldbetrag, sondern allenfalls der Betrag, der von dieser aufgrund ihrer Bedürftigkeit zur Bestreitung ihres angemessenen Unterhalts benötigt wurde. § 528 BGB regelt keinen Widerruf der Schenkung (vgl. demgegenüber § 530 BGB), es wird nicht der ganze Schenkungsakt umgestoßen (so *Reuss*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl., § 528 Rdnr. 5). Der Anspruch des Schenkers geht deshalb, wie sich auch schon aus dem Gesetzeswortlaut („soweit“) ergibt, nicht schlechthin auf Herausgabe der Schenkung, sondern nur auf Herausgabe dessen, was der Schenker zur Behebung seiner Bedürftigkeit benötigt (siehe auch *Reuss*, a. a. O.; *Mühl*, in: *Soergel*, BGB, 4. Aufl., § 528 Rdnr. 4). Ist der eingetretene Notbedarf geringer als der Wert des Geschenks, so kann darum nur ein zur Bedarfsdeckung erforderlicher Teil herausverlangt werden (vgl. auch BGHZ 94, 141, 143), bei wiederkehrendem Bedarf wie z. B. bei Heimunterbringungs- oder -pflegekosten also — ungeachtet der Abwendungsmöglichkeit nach § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB — nur wiederkehrende Leistungen in der dem Bedarf entsprechenden Höhe (siehe *Kollhosser*, in: *Münchener Kommentar*, 2. Aufl., § 528 Rdnr. 3). Insbesondere schuldet der Beschenkte aufgrund von § 528 BGB darum nicht von vornherein die Rückgewähr eines Geldbetrages, der beim Schenker als „Vermögen“ im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG zu verbleiben hätte und von einem Einsatz zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu verschonen wäre. Im Gegenteil stünde dem Beschenkten ein Rückforderungsrecht zu, wenn und soweit der Schenker das zurückgeforderte Geschenk nicht zur Bestreitung seines Unterhalts verwendet (*Mezger*, in: *RGRK-BGB*, 12. Aufl., § 528 Rdnr. 5 a. E.).

Bei einer Erfüllung des Rückgewähranspruchs aus § 528 BGB auf diese vom Gesetz vorgesehene Weise hätte der Beklagte die Kosten der Heimunterbringung der Großmutter des Klägers solange nicht zu übernehmen brauchen, wie der Schenkungsbetrag nicht ausgeschöpft war. Die an die Großmutter zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts von seiten des Klägers zurückfließenden Geldbeträge wären aufgrund ihrer Zweckbestimmung als Einkommen zu beurteilen gewesen, das weder aufgrund des § 88 Abs. 2 BSHG Schonvermögen dargestellt hätte noch im Hinblick auf etwaige Einkommensgrenzen von einem Einsatz hätte ausgenommen werden können; denn auch soweit das Einkommen des Hilfeempfängers unter der für ihn maßgeblichen Einkommensgrenze liegt, kann nach § 85 Nr. 1 BSHG die Aufbringung der Mittel verlangt werden, soweit von einem anderen Leistungen für einen besonderen Zweck gewährt werden, für den sonst Sozialhilfe zu gewähren wäre. Dies trifft, wie dargelegt, für die Rückgewähr einer Schenkung aufgrund von § 528 BGB zu.

Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise läßt sich nicht im Hinblick darauf in Zweifel ziehen, daß, wenn der Kläger seiner Großmutter sogleich den gesamten Schenkungsbetrag zurückgewährt und sie über sonstige Vermögenswerte zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht verfügt hätte, ihr ein Barbetrag im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG als Schonvermögen hätte belassen werden müssen, ohne daß sich dies auf ihre Bedürftigkeit in sozialhilferechtlicher Hinsicht ausgewirkt hätte. Denn § 90 Abs. 1 Satz 3 BSHG setzt eine hypothetische Kausalität zwischen rechtzeitiger Leistung des Dritten und Nichtgewährung von Sozialhilfe voraus. Bei der Beurteilung dieser Kausalität ist, wie ebenfalls bereits ausgeführt, von der aufgrund von § 528 BGB geschuldeten Leistung auszugehen und nicht von dem Fall, daß der Hilfeempfänger durch ein überobligationsmäßiges Verhalten des

Drittschuldners zur Bestreitung des Lebensunterhalts nicht (sogleich) notwendige, unter die Vorschrift des § 88 BSHG fallende Vermögenswerte erlangt.

Ebenfalls ungeeignet, das hier gefundene Ergebnis in Frage zu stellen, ist die Erwägung, daß es der Großmutter des Klägers, da ihr ein Barbetrag im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG hätte belassen bleiben müssen, unbenommen gewesen wäre, diesen Betrag — wiederum an den Kläger — zu verschenken anstatt ihn für ihren Lebensunterhalt zu verwerten. Unzutreffend wäre nämlich die hieran anschließende Überlegung, daß der verschenkte Betrag dann auch beim Beschenkten hätte verbleiben müssen und damit einem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen gewesen wäre. Der Rückgewähranspruch aus § 528 BGB ist nicht durch § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG vergleichbare Regelungen beschränkt. Dem Kläger selbst kommen, da er nicht zu dem Kreis der nach § 91 Abs. 1 Satz 1 BSHG verbleibenden Unterhaltspflichtigen gehört, die durch § 91 Abs. 1 Satz 2 BSHG in Bezug genommenen Vorschriften über das Schonvermögen nicht zugute. Es liegt kein sachwidriges Ergebnis darin, daß diese Vorschriften im vorliegenden Fall nur zugunsten der Großmutter des Klägers als der Hilfeempfängerin eingreifen und auch dies nur unter der Voraussetzung, daß das Schonvermögen der Großmutter des Klägers auch wirklich verbleibt. Diese Voraussetzung aber war mit dem Vollzug der Schenkung entfallen.

#### D.

#### Kostenrecht

22. KostO § 68 (Gerichtsgebühren für Löschung einer Globalgrundschuld bei letzter Einheit)

**Wird eine Globalgrundschuld gelöscht, die bei Erstellung einer großen Wohnanlage bestellt worden war und nach vorgängigen Pfandfreigaben nur noch auf einem Wohnungseigentum lastet, dürfen die diesen Eigentümer treffenden Gebühren nicht nach anderen Grundsätzen berechnet werden als bei den Pfandfreigaben zugunsten der anderen Wohnungseigentümer; seine Haftung begrenzt sich also auf die Höhe der aus dem Wert der Eigentumswohnung berechneten Gebühr. Offen bleibt, ob eine derartige Begrenzung auch für den Besteller oder Gläubiger der Globalgrundschuld als Gebührenschnldner in Betracht kommen kann.**

BayObLG, Beschluß vom 23.7.1992 — 3 Z BR 57/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 51 —

#### Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten kauften mit notarieller Urkunde vom 25.7.1983 einen Miteigentumsanteil von 13,68/1000 an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Keller zum Gesamtkaufpreis von 371.400 DM. Sie wurden am 8.1.1991 als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen.

Auf dem Grundstück hatte (der damalige Eigentümer eine Wohnanlage mit mehr als 100 Eigentumswohnungen in fünf Wohnhäusern und eine Tiefgaragenanlage errichtet. Zur Baufinanzierung des gesamten Objekts hatte er zwei Grundschulden ohne Brief zu 17.000.000 DM und 3.800.000 DM bestellt, die 1982 und 1983 eingetragen und 1984 in Abteilung 3 des für die Eigentumswohnung der Beteiligten errichteten Grundbuchblattes unter Mithaft der übrigen Eigentumswohnungen übertragen wurden.

2. Am 14.2.1991 legte der seinerzeit beurkundende Notar gem. § 15 GBO dem Grundbuchamt eine die genannten Grundschulden betreffende Löschungsbewilligung der Gläubigerbank zum Vollzug vor; die Eigentümerzustimmung befand sich in seiner Kaufvertragsurkunde.

Nach vorgängigen Pfandfreistellungen hinsichtlich der anderen Eigentumswohnungen lasteten die Grundschulden zu diesem Zeitpunkt nur noch auf dem Wohnungseigentum der Beteiligten. Die Löschungen wurden am 12.3.1991 im Grundbuch eingetragen. Der Kostenbeamte des Grundbuchamts stellte den Beteiligten hierfür insgesamt 12.770 DM in Rechnung. Der Betrag setzte sich, ausgehend vom jeweiligen Nennbetrag der Globalgrundschulden als Geschäftswert (§ 23 Abs. 2 KostO), aus je einer halben Gebühr nach § 68 Satz 1 Halbsatz 1 KostO zusammen.

Die Erinnerungen der Beteiligten gegen die Kostenrechnungen, in denen diese Gebührenbefreiung geltend machten, ihre Kostenschuldnerschaft bestritten und i. ü. darauf hinwiesen, daß die entstandenen Kosten die gesamte Wohnanlage und nicht nur ihr Wohnungseigentum betrafen, wurden durch Beschluß des Amtsgerichts (Rechtspflegerin) vom 8.7.1991 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß die Beteiligten als die letzten Eigentümer, auf deren Eigentum die Globalgrundschulden noch lasteten, im Gegensatz zu den anderen Wohnungseigentümern, bei denen lediglich eine Entlassung aus der Mithaft vorgelegen habe, mit den Gebühren der Löschung der Grundpfandrechte gem. §§ 68, 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und 2, § 23 Abs. 2 KostO nach deren vollem Nennbetrag als Geschäftswert zu belasten gewesen seien.

Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts vom 8.7.1991 legten die Beteiligten neuerliche Erinnerungen ein, denen Rechtspflegerin und Grundbuchrichter nicht abhalfen. Das Landgericht teilte die Rechtsauffassung des Amtsgerichts und wies mit Beschluß vom 9.3.1992 die Beschwerden zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu.

3. Mit ihren weiteren Beschwerden wenden sich die Beteiligten gegen die landgerichtliche Entscheidung vom 9.3.1992.

#### Aus den Gründen:

1. Die auf Grund Zulassung statthaften weiteren Beschwerden der Beteiligten (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) haben sachlich im wesentlichen auch Erfolg.

a) Eine Gebührenbefreiung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WohnGeb-BefrG i. V. m. Art. 22 Abs. 3 des Steuerreformgesetzes 1990 und Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Steuerreformgesetzes 1990 kommt für die Beteiligten allerdings nicht in Betracht, weil der Antrag auf Löschung der Grundschulden erst im Jahr 1991 beim Grundbuchamt eingegangen ist.

b) Die Beteiligten sind als Antragsteller hinsichtlich der Löschung der Grundschulden auch Kostenschuldner (§ 2 Nr. 1 KostO). Die im Kaufvertrag getroffene Vereinbarung, daß der Verkäufer die Kosten der Lastenfreistellung zu tragen habe, betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 2 Rdnr. 12).

c) Die Beschwerdeführer können für die Kosten der Löschung der beiden Globalgrundschulden jedoch nur in der Höhe in Anspruch genommen werden, in der sie auch für die anderen Wohnungseigentümer der Wohnanlage hinsichtlich deren Entlassung aus der Mithaft berechnet werden könnte.

(1) Die vom Landgericht bestätigte Geschäftswert- und Gebührenberechnung entspricht zwar dem Wortlaut des Gesetzes. Nach § 68 Satz 1 Halbsatz 1 KostO wird für jede Löschung die Hälfte der für die Eintragung bestimmten Gebühr — nach § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 23 Abs. 2 KostO je eine volle Gebühr für die Eintragung jedes Rechts aus dem Nennbetrag der Schuld (vgl. BayObLG JurBüro 1986, 901) — erhoben, während für die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft nur die Hälfte der Gebühr erhoben wird, die für die Eintragung der Einbeziehung in die Mithaft zu erheben sein würde, somit gem. § 68 Satz 1 Halbsatz 2, § 63 Abs. 1, Abs. 4 KostO ein Viertel der vollen Gebühr aus dem Wert des Grundstücks (Wohnungseigentums), wenn er — wie hier — geringer ist als der Wert des Rechts (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 12. Aufl.

§ 68 Rdnr. 10 bis 13). Da die Beteiligten die letzten Wohnungseigentümer waren, auf deren Eigentum die Globalgrundschulden noch lasteten und diese Rechte somit zu löschen waren, wären sie — wie auch geschehen — im Gegensatz zu den anderen Wohnungseigentümern ohne Rücksicht auf den Wert ihres Wohnungseigentums mit den Gebühren der Löschung der Grundpfandrechte aus deren vollem Nennbetrag zu belasten gewesen (vgl. *Rohs/Wedewer* § 68 Rdnr. 7; dem vom Kammergericht Rpfleger 1976, 333 entschiedenen Fall liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde).

(2) Die Vorinstanzen haben es jedoch versäumt, anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu prüfen, ob ihre Kostenberechnung einer verfassungskonformen Auslegung des Kostenrechts entspricht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 50, 217/227; 80, 103/106 f.) können sich materiellverfassungsrechtliche Grenzen einer Regelung der Gebührenhöhe insbesondere aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben. Gebühren für staatliche Leistungen dürfen nicht völlig unabhängig von den (tatsächlichen) Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden; die Verknüpfung zwischen den Kosten und der Gebührenhöhe muß sachgerecht sein. Der Gesetzgeber ist allerdings nicht gehindert, neben der Kostendeckung weitere Ziele zu verfolgen und bei den Gebührenmaßstäben auch den Wert der staatlichen Leistung zu berücksichtigen. Die dem einzelnen auferlegte Gebühr darf jedoch nicht außer Verhältnis zu den mit der Gebührenregelung verfolgten Zwecken stehen (BVerfG NJW 1992, 1673). Darüber hinaus gebietet der Gleichheitssatz, daß die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern gewahrt bleibt (BVerfGE 50, 217/227).

Nach diesen Maßstäben ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, daß der Gesetzgeber die Höhe der Gerichtsgebühren auch in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiegend an den Geschäftswert knüpft; denn dieser kann als Anhaltspunkt für den Wert der staatlichen Leistung angesehen werden. Dies kann jedoch nicht ausnahmslos geschehen. Gestaltungen wie die des Masseneigentumswohnungsbaus und des Bauherrenmodells mit der Folge der Bestellung von Globalgrundschulden in Mehrmillionenhöhe waren dem Gesetzgeber im Zeitpunkt der Schaffung des Gebührensystems nicht bekannt. Er hat aber bisher keinen Anlaß genommen, dieses Problem im Gebührenrecht zu berücksichtigen. Dadurch ist eine Gesetzeslücke entstanden, die im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu schließen ist.

Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber ist es nicht zu vereinbaren, wenn für die Löschung ursprünglich durch einen umfangreichen Grundbesitz gesicherter Globalgrundschulden von dem letzten nach der Aufteilung noch „belasteten“ Wohnungseigentümer — über die Heranziehung des Nennbetrags der Globalgrundschulden als Geschäftswert — Gebühren erhoben werden, die außer Verhältnis zu dem Interesse des Gebührenschuldners an dieser staatlichen Leistung stehen. Dieses Interesse wird durch den Wert des belasteten Wohnungseigentums begrenzt. Es verstößt auch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Wohnungseigentümer als Gebührenschuldner, denjenigen von ihnen, welcher zufällig als Letzter die Löschung der Globalgrundschulden veranlaßt, für die Gebühren nach dem vollen Nenn-

betrag der Rechte haften zu lassen, während die übrigen vorgängig aus der Mithaft entlassenen Wohnungseigentümer unverhältnismäßig geringere Gebühren lediglich aus dem Wert ihres jeweiligen Eigentums schulden. Von dem Zufall in der Reihenfolge der Löschungen darf eine derartige Gebührenfolge nicht abhängig gemacht werden. Hinzu kommt, daß die staatliche Leistung bei einer Entlassung eines jeden Miteigentümers aus der Mithaft durch die Summe der dadurch anfallenden Gebühren wegen der in der Gebährentabelle enthaltenen Degression höher abgegolten wird als bei der gleichzeitigen Löschung der Grundschulden auf allen betroffenen Eigentumswohnungen (vgl. § 63 Abs. 2 KostO).

Auch insoweit ist die Entscheidung des BVerfG vom 12. 2. 1992 (NJW 1992, 1673) zu beachten. Sie ist in ihrer Bedeutung nicht auf die Bemessung des Geschäftswerts nach dem Wohnungseigentumsgesetz beschränkt. Der dort aufgestellte Grundsatz, gesetzliche Vorschriften dürften den Zugang zu den Gerichten weder tatsächlich unmöglich machen noch ihn in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren, gilt auch für eine Fallgestaltung wie die vorliegende. Wäre es rechtens, daß der zufällig Letzte, auf dessen Wohnungseigentum die Globalgrundschuld noch lastet, für deren Löschung eine aus dem Nennbetrag der Grundschuld zu berechnende Gebühr zahlen müßte, wäre es nämlich für ihn wirtschaftlich unzumutbar, den Antrag auf Löschung zu stellen. Aus der Entscheidung des BVerfG ergibt sich auch, daß die Fachgerichte den dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen durch verfassungskonforme Auslegung des Kostenrechts Rechnung tragen können und müssen. Diese Erwägungen gehören zu den tragenden Gründen der Entscheidung; ihnen kommt deshalb nach § 31 Abs. 2, § 8 Nr. 11 BVerfGG Gesetzeskraft zu. Die hiernach gebotene verfassungskonforme Auslegung zwingt zu dem Ergebnis, daß die Löschung des „letzten“ Rechts für den betroffenen Wohnungseigentümer keine höheren Kosten zur Folge haben darf als eine Pfandfreigabe.

Ob und inwieweit die vorstehenden Überlegungen auch auf Anträge anderer etwa in Betracht kommender Kostenschuldner (z. B. den Ersteller der Anlage oder den Gläubiger der Globalgrundschuld) anzuwenden sind, bedarf hier keiner Erörterung, weil ein Lösungsantrag insoweit nicht vorliegt.

(3) Die somit von den Beteiligten gem. § 68 Satz 1 Halbsatz 2, § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 KostO geschuldeten zwei  $\frac{1}{4}$ -Gebühren aus dem Wert der Eigentumswohnung (371.400 DM) belaufen sich gem. § 32 KostO auf je 170 DM, somit auf insgesamt 340 DM.

#### Hinweis

Die Prüfungsabteilung der Notarkasse vertritt nach wie vor die Auffassung, daß sich an der Bewertungspraxis des Notars für von ihm beurkundete, entworfene oder beglaubigte Löschungserklärungen über ein Globalgrundpfandrecht nichts ändert. Dazu hat das BayObLG auch nicht entschieden. Aus dem vollen Nennbetrag des Globalrechtes (§ 23 Abs. 2 KostO) ist also eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr gem. § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO (§ 145 Abs. 1 KostO) zu erheben.

Prüfungsabteilung der Notarkasse, A. d. ö. R., München

23. KostO § 19 Abs. 4, § 107 Abs. 2 (Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO auch bei gesetzlicher Erbfolge; Maßgeblichkeit des Fortführungswillens der Erben)

1. Gehört zum Nachlaß ein landwirtschaftlicher Betrieb, so ist insoweit bei der Festsetzung des Geschäftswerts für die Erteilung des Erbscheins die Wertbegünstigungsvorschrift des § 19 Abs. 4 KostO auch bei gesetzlicher Erbfolge anzuwenden.
2. Jedenfalls im Fall der gesetzlichen Erbfolge ist hinsichtlich der für die Privilegierung erforderlichen Absicht, den landwirtschaftlichen Betrieb fortzuführen, auf den Willen eines oder der Erben abzustellen.

BayObLG, Beschluß vom 10.9.1992 — 3 Z BR 45/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 57 —

#### Aus dem Tatbestand:

1. Am 23.2.1991 verstarb der ledige und kinderlose Landwirt A, dessen Eltern bereits verstorben waren.

Er wurde laut Erbschein vom 11.7.1991 kraft Gesetzes von den Beteiligten, seinen drei Schwestern, beerbt. Zum Nachlaß gehörte u. a. ein landwirtschaftliches Anwesen mit Hofstelle.

2. Der Kostenbeamte B des Amtsgerichts beabsichtigte, für die Erteilung eines Erbscheins und die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung eine Kostenrechnung zu erlassen, für deren Geschäftswert er den landwirtschaftlichen Grundbesitz mit dem Vierfachen des letzten Einheitswerts gem. § 19 Abs. 4 KostO bewerten wollte.

Der Vertreter der Staatskasse widersprach dieser Auffassung, da die Wertbegünstigung des § 19 Abs. 4 KostO nicht für Geschäfte gelte, die ihre Grundlage in der gesetzlichen Erbfolge hätten. Der Wert des landwirtschaftlich genutzten Grundbesitzes sei über die Ertragsmaßzahlen zu ermitteln.

Mit Beschluß vom 5.8.1991 setzte B als Rechtspfleger den Geschäftswert für die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung und die Erteilung des Erbscheins auf je 405.871 DM fest, wobei er das landwirtschaftliche Anwesen unter Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO mit dem vierfachen Einheitswert in Ansatz brachte (224.000 DM). Der Beteiligten zu 1 übersandte er eine auf diesem Geschäftswert beruhende Kostenrechnung.

Gegen die Geschäftswertfestsetzung des Rechtspflegers vom 5.8.1991 legte der Vertreter der Staatskasse Erinnerungen ein, mit denen er beantragte, den Geschäftswert auf insgesamt 728.823 DM festzusetzen. Rechtspfleger und Nachlaßrichter halfen den Erinnerungen nicht ab.

Das Landgericht reichte die Akten an das Amtsgericht zurück zur Entscheidung über die Erinnerungen der Staatskasse „gegen den Kostenansatz des Rechtspflegers ... In eigener Zuständigkeit“, wobei gem. § 14 Abs. 2 KostO nach der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts der Richter zur Entscheidung berufen sei.

Das Amtsgericht (Nachlaßrichter) wies mit Beschluß vom 21.1.1992 die Erinnerungen der Staatskasse „gegen den Kostenansatz“ vom 5.8.1991 zurück. Aus den Gründen der Entscheidung ergibt sich jedoch, daß ausschließlich die Geschäftswertfestsetzung des Rechtspflegers überprüft und für zutreffend gehalten wurde.

Gegen die amtsgerichtliche Entscheidung vom 21.1.1992 legte die Staatskasse Beschwerde ein, welcher der Nachlaßrichter nicht abhalf. Das Landgericht wies die Beschwerde mit Beschluß vom 30.3.1992 zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß nach Sinn und Zweck des § 19 Abs. 4 KostO auch eine gesetzliche Erbfolge den Anforderungen dieser Vorschrift genügen müsse. Die tatbestandsmäßig erforderliche Absicht des Erblassers, die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes zu ermöglichen, liege vor. Auf einen Fortführungswillen der Erben komme es hingegen nicht an.

3. Mit ihrer weiteren Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung begehrt die Staatskasse weiterhin die Festsetzung des Geschäftswerts auf 728.823 DM.

#### Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde der Staatskasse (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) führt zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung.

a) Zunächst ist festzustellen, daß das Landgericht zur Sachentscheidung berechtigt und nicht gehalten war, die amtsgerichtliche Entscheidung vom 21.1.1992 aufgrund eines Verfahrensfehlers aufzuheben und die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen. (Wird ausgeführt.)

b) Das Landgericht hat jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 KostO verkannt.

(1) Mit der generellen Verweisung auf § 19 Abs. 4 KostO in § 107 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KostO hat der Gesetzgeber klargestellt, daß bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb mit Hofstelle § 19 Abs. 4 KostO nicht nur in seiner Wertberechnungsfolge, sondern auch hinsichtlich seiner tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die Geschäftswertberechnung heranzuziehen ist (vgl. BayObLGZ 1991, 382/385 [= MittBayNot 1992, 229]).

(2) Dem Landgericht ist darin beizutreten, daß auch die gesetzliche Erbfolge den Anforderungen des § 19 Abs. 4 KostO genügt. Zwar deuten die im Gesetz aufgeführten Beispiele (Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übertragung, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzung) darauf hin, daß die von der Staatskasse vertretene Meinung, der Gesetzgeber habe als „Geschäft“ nur rechtsgeschäftliche Verfügungen von Todes wegen wertmäßig privilegieren wollen, zutreffen könnte. Auch die bisher vorliegende Literatur (Rohs/Wedewer Rdnr. 55 k, Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann — nachfolgend Korintenberg — KostO 12. Aufl. Rdnr. 71 f., je zu § 19; Göttlich/Mümmeler KostO 11. Aufl. S. 557; Reimann MittBayNot 1989, 117; Otto JurBüro 1989, 889; Schmidt MittRhNotK 1989, 187; Mümmeler JurBüro 1989, 1337; Lütke-Handjery NJW 1989, 2870; vgl. jedoch Anm. der Schriftl. zu LG Ingolstadt Rpfleger 1990, 210/211) spricht den Fall der gesetzlichen Erbfolge im Rahmen des § 19 Abs. 4 KostO nicht an; Korintenberg (§ 19 Rdnr. 72 und 79) bezieht allerdings die Privilegierung nur auf „Rechtsgeschäfte“.

Tatsächlich wird aus der Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates (BT-Drucks. 11/2343 S. 7) jedoch ersichtlich, daß die Fassung des § 19 Abs. 4 KostO „offen“ ist, d. h. daß zwar bestimmte typische Geschäfte den Anwendungsbereich dieser Vorschrift nach Zahl und Bedeutung prägen, dieser sich darin aber nicht erschöpfen soll (Peinemann Agrarrecht 1992, 50). Zwar erwähnt die Begründung des Gesetzentwurfes die gesetzliche Erbfolge nicht, was offensichtlich im Hinblick auf die im Vordergrund stehende notarielle Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen (vgl. BT-Drucks. a. a. O.) geschah. Es wird jedoch klargestellt, daß durch die Fassung „oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise einschließlich der Abfindung weicher Erben betrifft“ die vorangegangene Aufzählung nicht abschließend ist und z. B. auch eine Pflegerbestellung im Zusammenhang mit einer Erbauseinandersetzung, die eine Hofübergabe zum Gegenstand hat, ein Geschäft sein kann, das von der Neuregelung erfaßt wird (BT-Drucks. 11/2343 S. 7 und 8).

Damit zeigt sich, daß der Begriff „Geschäft“ in § 19 Abs. 4 KostO nicht als Rechtsgeschäft, sondern im kostenrechtlichen Sinn zu verstehen ist als die einen Gebührentat-

bestand bildende Tätigkeit des Gerichts oder Notars (BayObLGZ 1991, 200/202; vgl. auch *Peinemann*, a. a. O.). Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die gebührenausschließende Erbscheinserteilung und die Beurkundung der entsprechenden eidesstattlichen Versicherung bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen wertmäßig privilegiert sein sollten, bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge aber nicht. Das gesetzgeberische Ziel der Regelung des § 19 Abs. 4 KostO, die Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe (vgl. BT-Drucks. 11/2343 S. 6), wird gleichermaßen durch die Gebührenbegünstigung bei gesetzlicher Erbfolge erreicht (vgl. auch *Hartmann* Kostengesetze 24. Aufl. § 19 KostO Anm. 5).

(3) Dem Landgericht ist jedoch nicht zu folgen, wenn es hinsichtlich der subjektiven Komponente der für die Privilegierung erforderlichen Fortführung des Betriebes allein auf die Absicht des Erblassers abstellt und den Willen der Erben nicht für entscheidungserheblich ansieht. Es beruft sich insoweit auf die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 12. 11. 1991 BReg. 1 Z 43/91 (BayObLGZ 1991, 382/383), der allerdings eine Erbeinsetzung durch notariell beurkundetes Testament zugrunde liegt und bei der überdies die Absicht des Testamentserben offenkundig war, den landwirtschaftlichen Betrieb als solchen fortzuführen; die Entscheidung sieht als grundsätzlich unerheblich nur die Frage an, ob der Betrieb tatsächlich fortgeführt wird.

Jedenfalls im Fall der gesetzlichen Erbfolge — und insoweit steht die genannte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts nicht entgegen — aber muß es auf eine Fortführungsabsicht eines oder der Erben ankommen (vgl. BayObLGZ 1991, 200/203). Dies ergibt sich schon daraus, daß die Fortführungsabsicht des Erblassers wegen des Fehlens einer letztwilligen Verfügung, wie auch die angefochtene Entscheidung zeigt, nur schwer festzustellen sein wird. Hinzu kommt, daß bei dem alleinigen Abstellen auf den Erblasserwillen ein von den Erben gegebenenfalls beabsichtigter Verkauf des landwirtschaftlichen Betriebs kostenrechtlich privilegiert würde, was nach einheitlicher Auffassung (vgl. z. B. *Korintenberg* Rdnr. 81, *Rohs/Wedewer* Rdnr. 55 c, je zu § 19) dem gesetzgeberischen Ziel der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe zuwiderlaufen würde. In Literatur (*Göttlich/Mümmeler* a. a. O.) und Rechtsprechung (LG Ingolstadt Rpfleger 1990, 210/211; LG Marburg Rpfleger 1991, 107) wird deshalb zum Teil auch ausdrücklich auf die Absicht des Übernehmers zur Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes abgestellt. Weil das Landgericht dagegen den Willen eines oder der Erben nicht für entscheidungserheblich angesehen und entsprechende Feststellungen nicht getroffen hat, konnte seine Entscheidung keinen Bestand haben.

2. Auf die weitere Beschwerde der Staatskasse war der landgerichtliche Beschluß somit aufzuheben. Da zum Fortführungswillen eines oder der Erben noch Ermittlungen anzustellen sind, konnte der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Sache mußte deshalb zu anderer Behandlung und neuer Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen werden.

24. KostO § 144; PostVerfG § 2; GG Art. 87 (*Gebührenermäßigung nach § 144 KostO für Deutsche Bundespost — Telekom*)

**Die Deutsche Bundespost Telekom ist kein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO und deshalb gebührenbegünstigt.**

BayObLG, Beschluß vom 11. 11. 1992 — 3 Z BR 140/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und Notar *Dr. H. Schöner*, München, und Notar *C. Gruner*, Burg-hausen

*Aus dem Tatbestand:*

1. Am 6. 12. 1991 beurkundete der beteiligte Notar einen Grundstückskaufvertrag zwischen den Beteiligten zu 1) und 2).

Für seine Tätigkeit stellte der Notar der Beteiligten zu 1) mit Kostenrechnung vom 12. 12. 1991, neu gefaßt unter dem 23. 12. 1991 —, Gebühren, Auslagen und Mehrwertsteuer in Rechnung. Die Beteiligte zu 1) erklärte gem. § 144 Abs. 1 Satz 3 KostO gegenüber dem Notar, daß eine Weiterveräußerung des Grundstücks nicht beabsichtigt sei. Eine Gebührenermäßigung nach § 144 KostO (i. d. F. des Gesetzes vom 15. 6. 1989 — BGBl. I S. 1082) wurde in der Kostenberechnung dennoch nicht berücksichtigt.

2. Die Beteiligte zu 1) beanstandete die Kostenberechnung dem Notar gegenüber; der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts. Die Beteiligte zu 1) ist der Meinung, daß der Deutschen Bundespost Telekom als Sondervermögen des Bundes auf die Beurkundungsgebühr nach §§ 141, 36 Abs. 2 KostO die Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO zustehe. Die Deutsche Bundespost gliedert sich in drei Teilbereiche, die als öffentliche Unternehmen geführt werden; jedoch könne nicht von wirtschaftlichen Unternehmen i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO gesprochen werden.

Der Notar hält die Beteiligte zu 1) für ein wirtschaftliches Unternehmen i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO, da sie sich als Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betätige. Die Funktionen der Daseinsfürsorge träten demgegenüber zurück.

Das Landgericht folgte der Rechtsauffassung des Notars und wies mit Beschluß vom 23. 9. 1992 die Beschwerde der Beteiligten zu 1) zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Deutsche Bundespost Telekom zwar Bund i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO und damit grundsätzlich begünstigter Kostenschuldner im Sinne dieser Bestimmung sei. Die Deutsche Bundespost Telekom sei aber — jedenfalls nach der Neustrukturierung der Deutschen Bundespost durch das Gesetz vom 8. 6. 1989 — ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes. Wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand seien nämlich solche Einrichtungen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten (BVerwGE 39, 329/333) und gelegentlich auch betrieben werden (BGHZ 95, 155/157). Trotz erheblicher Zweifel aus dem Sinn der Gebührenermäßigungsvorschriften, die bestimmte dem Gemeinwohl verpflichtete Kostenschuldner begünstigten, müsse die Deutsche Bundespost Telekom als wirtschaftliches Unternehmen angesehen werden, weil dem Gesetzgeber der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens bekannt gewesen und die Nichtprivilegierung daher als gewollte Entscheidung anzunehmen sei.

3. Gegen die landgerichtliche Entscheidung vom 23. 9. 1992 richtet sich die am 19. 10. 1992 eingegangene weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1). Sie — die Beteiligte zu 1) — sei kein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes. Kostenprivilegierung des § 144 Abs. 1 KostO müsse deshalb für sie zur Anwendung kommen.

*Aus den Gründen:*

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

2. Das sonach zulässige Rechtsmittel ist sachlich auch begründet.

Die Deutsche Bundespost Telekom ist kein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes und deshalb nicht von der Gebührenbegünstigung des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO in der ab

1. 7. 1989 gültigen Fassung ausgeschlossen (so auch *Göttlich/Mümmler* KostO 11. Aufl. Stichwort „Deutsche Bundespost“ S. 266 f.; *Hartmann* Kostengesetze 24. Aufl. § 144 KostO Anm. 4.A; *Mümmler* JurBüro 1990, 694/696 f.; a. A. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. § 144 Rdnr. 9 und 16; *Schmidt* MittRhNotK 1989, 209/210; *Mayer* in Anm. zu OLG Düsseldorf MittBayNot 1992, 291/292).

a) Die Deutsche Bundespost gehört zunächst zu den in § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO genannten begünstigten Kostenschuldern. Der beurkundende Notar erhebt in vorliegendem Fall Gebühren vom Bund. Denn die Deutsche Bundespost ist Sondervermögen des Bundes (§ 2 Abs. 1 PostVerfG), wobei Telekom ein Teilsondervermögen darstellt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 PostVerfG). Da die Deutsche Bundespost keine — nichtrechtsfähige — Anstalt des öffentlichen Rechts ist, kommt es nicht darauf an, ob sie nach dem Haushaltsplan des Bundes für Rechnung des Bundes verwaltet wird (vgl. § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO) oder nicht. Es verbieten sich deshalb auch Vergleiche mit anderen öffentlichen Einrichtungen, die einen eigenen Haushalt haben (z. B. Bundesanstalt für Arbeit, Bundesbank und Landeszentralbanken, vgl. insoweit *Korintenberg* Anh. I S. 929). Ebenso ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Gebührenfreiheit nichtrechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts, die als Eigenbetriebe eines Landes nach einem eigenen haushaltsrechtlich selbständigen Wirtschaftsplan verwaltet werden (BGH Rpfleger 1982, 81), nicht einschlägig.

Die Deutsche Bundespost ist auch nach bisherigem Recht schon über § 144 Abs. 3 a. F. i. V. m. § 11 Abs. 1 KostO (notar) gebührenbegünstigt gewesen, wie § 11 Abs. Satz 2 KostO zeigt; insoweit ist bei der neuen Regelung grundsätzlich keine Änderung eingetreten (vgl. Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetz zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger bundesrechtlicher Vorschriften vom 15. 6. 1989 BGBl. I S. 1082, BT-Drucks. 11/4394 S. 10). Dabei ist auch von Bedeutung, daß schon vor der Umstrukturierung der Post eine Ablieferungspflicht an den Bund bestand und die Ablieferungen der Post zu den dem Bund zustehenden Erwerbseinkünften gerechnet wurden (BT-Drucks. 11/2854 S. 49 zu § 35 — E); die Umstrukturierung hat also in dieser Hinsicht keine Neuerung gebracht.

b) (1) Auch die weitere Voraussetzung der Gebührenbegünstigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO, daß die Angelegenheit nicht ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes betrifft, liegt vor. „Wirtschaftliches Unternehmen“ ist ein Begriff aus dem Kommunalrecht (vgl. § 67 DGO vom 30. 1. 1935 — RGBl. I S. 49, Art. 89 BayGO; Art. 77 BayLKO; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 4; *Korintenberg* Rdnr. 13, je zu § 144; *Otto* JurBüro 1989, 889/896; *Mümmler* JurBüro 1990, 694/696); der Gesetzgeber hatte bei Schaffung dieser Einschränkung der Gebührenbegünstigung wohl auch in erster Linie die privatwirtschaftliche Betätigung von Gemeinden im Auge. Nach dem Kommunalrecht aber sind wirtschaftliche Unternehmen solche Unternehmen, die auch von einem privaten Unternehmer betrieben werden könnten, nicht indessen solche, zu deren Einrichtung und Unterhaltung die öffentliche Hand gesetzlich verpflichtet ist oder bei denen die gemeinnützige Zielsetzung im Vordergrund steht (*Otto, Rohs/Wedewer, Korintenberg* a. a. O.; *Mümmler* JurBüro 1990, 145/147; vgl. für die BayGO BayVerfGE 10, 113/124; *Widtmann/Grasser* Bayerische GO 5. Aufl. Art. 89 Rdnr. 3). Die in anderem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in BGHZ 95, 155 und

des Bundesverwaltungsgerichts in BVerwGE 39, 329/333, die wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand ohne Einschränkung als solche Unternehmen definieren, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden könnten, stellen insoweit lediglich auf das fiskalische Tätigwerden eines öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekts ab. Die auf die Definition des Bundesgerichtshofs gestützte Entscheidung des OLG Düsseldorf in MittBayNot 1992, 291, welche der Deutschen Bundesbahn die Gebührenermäßigung verweigert, berücksichtigt somit nicht, daß ein wirtschaftliches Unternehmen dann nicht vorliegt, wenn die öffentliche Hand zur Einrichtung und Unterhaltung des Unternehmens gesetzlich verpflichtet ist. Ob dies auch bei der Bundesbahn der Fall ist (so *Mümmler* JurBüro 1991, 495/502 f.) bedarf hier keiner Klärung.

Daß somit Unternehmen, deren Einrichtung und Unterhaltung der öffentlichen Hand gesetzlich vorgeschrieben ist, die Gebührenbegünstigung erhalten bleibt, hat seinen Grund wohl darin, daß solche Unternehmen nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung gerichtet sind, sondern auch im Fall von Verlusten ihre Leistungen zu erbringen haben. Die Entscheidung des BayVGH in BayVBl. 1977, 469 steht dem nicht entgegen. Sie betrifft ein Gesetz (Bayer. Kostengesetz i. d. F. der Bek. vom 25. 6. 1969, GVBl. S. 165, Art. 4 Abs. 1 Satz 2), das ausdrücklich kommunalen Eigenbetrieben wie auch der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn Gebührenbefreiung versagt, und ist somit hier nicht einschlägig.

(2) Die Deutsche Bundespost ist zu ihren Leistungen nach Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG und nach dem PostVerfG verpflichtet. Ihr obliegen nach § 1 Abs. 1 Satz 3 PostVerfG in Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags im nationalen und internationalen Bereich unternehmerische und betriebliche Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 PostVerfG haben die Unternehmen der Deutschen Bundespost die Nachfrage von Bürgern, Wirtschaft und Verwaltung nach Leistungen der Post-, Postbank- und Fernmeldedienste zu decken; nach Satz 3 haben sie die notwendige Infrastruktur im Sinne der öffentlichen Aufgabenstellung, insbesondere der Daseinsvorsorge, zu sichern. Zu diesem Zweck müssen die Unternehmen der Deutschen Bundespost Monopolaufgaben erfüllen und Pflichtleistungen erbringen (hierzü Begründung des Regierungsentwurfs des Poststrukturgesetzes, BT-Drucks. 11/2854 S. 32, 43; Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drucks. 11/2855 S. 3, 4, 5, 7, 32, 34, 40; Bericht des Ausschusses für Post- und Fernmeldewesen, BT-Drucks. 11/4316 S. 66 f.). Deshalb können nicht alle Unternehmensentscheidungen nach betriebswirtschaftlichen Rentabilitäts Gesichtspunkten gefällt werden (BT-Drucks. 11/2854 S. 33; 11/2855 S. 21). Insgesamt sind die Aufgaben der Post schon nach der Verfassung (Art. 87 Abs. 1 GG) staatliche Aufgaben, und zwar auch, soweit sie eher wirtschaftlichen und technischen Charakter haben (BT-Drucks. 11/2854 S. 36, 43). Die Deutsche Bundespost wird deshalb in öffentlich-rechtlicher Rechtsform betrieben (BT-Drucks. 11/2854 S. 51), ist staatsrechtlich Teil der Bundesverwaltung (vollziehende Gewalt) und Ausübung staatlicher Tätigkeit (BT-Drucks. 11/2854 S. 43, 44). Eine Umwandlung der Deutschen Bundespost in eine Gesellschaft privaten Rechts wäre demnach ausgeschlossen (BT-Drucks. 11/2855 S. 15).

Ob dies — nach Vornahme entsprechender Grundgesetzänderungen — allerdings auch für die Zukunft gilt, kann hier dahinstehen. Auch braucht die derzeitige Rechtsnatur von Postbank und Postdienst hier nicht abschließend untersucht zu werden.

Die Deutsche Bundespost Telekom jedenfalls ist kein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO und gebührenbegünstigt, ohne daß die vom Notar aufgeführten wirtschaftlichen Ausprägungen in der Unternehmensführung (vgl. auch *Korintenberg* § 144 Rdnr. 15 und 16; *Schmidt* a. a. O.) daran etwas ändern. Ebensowenig braucht darauf eingegangen zu werden, ob in einer Übergangszeit die durch die Inanspruchnahme der Einrichtungen des Postwesens entstehenden Rechtsbeziehungen sogar noch dem öffentlichen Recht zugeordnet blieben (vgl. BayVGh NJW 1990, 2485). Die steuerliche Behandlung der Deutschen Bundespost Telekom ist — worauf das Landgericht zu Recht hinweist — für die zu entscheidende Frage unergiebig.

c) Der Senat kann nicht erkennen, daß das der Deutschen Bundespost Telekom eingeräumte Gebührenprivileg den vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 47, 285) dargelegten Grundsätzen widersprechen könnte.

d) Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1) war die vom Notar in seiner Kostenberechnung geforderte Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO deshalb gem. § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO um 60 v. H. zu ermäßigen.

#### Anmerkung:

Die Prüfungsabteilung hat bisher den Standpunkt vertreten, die Deutsche Bundespost (Telekom/Postdienst) sei ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes, für das keine Ermäßigung nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO in Betracht kommt. Diese Auffassung wurde durch zwei Entscheidungen des LG München I bestätigt.

Nach Vorlage der (ersten) obergerichtlichen Entscheidung sieht sich die Prüfungsabteilung jedoch veranlaßt, ihre bisherige Meinung aufzugeben.

Es besteht aber keine Notwendigkeit, die kostenrechtlichen Überlegungen auf die Deutsche Bundesbahn auszuweiten. Die Deutsche Bundesbahn ist ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes und hat keinen Anspruch auf Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Hierzu wird auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf (MittBayNot 1992, 291) und die Anmerkung hierzu von Notarassessor Dr. Mayer (MittBayNot 1992, 292) hingewiesen.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R. München

25. KostO §§ 16, 36 Abs. 2, 44 Abs. 2, 146 Abs. 1, 156; BNotO § 24 (*Abtretung der Kaufpreisforderung in Grundstückskaufvertrag als gegenstandsverschiedenes Geschäft*)

**Die Abtretung der Kaufpreisforderung in einem Grundstückskaufvertrag ist von diesem gegenstandsverschieden, wenn eine Freistellungsverpflichtung des Verkäufers wegen fehlender Belastungen nicht übernommen wurde und die Abtretung zur Absicherung eines außerhalb der Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien liegenden Kredits erfolgte.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluß vom 19. 8. 1992 — 13 T 3248/92 —

#### Aus dem Tatbestand:

Der Notar beurkundete am 15. 11. 1991 einen Grundstückskaufvertrag, in dem die Verkäuferin, die Firma H-GmbH in Ziffer 13, Seite 10 der Urkunde, zugleich die Abtretung der Kaufpreisforderung an die

Stadtsparkasse M erklärte, die diese zugleich annahm. Die Abtretung erfolgte „zur Besicherung eines Kredites an die künftige Muttergesellschaft des Verkäufers, den diese bei dieser Sparkasse haben wird“. Käuferin des veräußerten Grundstücks war die Kostenschuldnerin und Beschwerdeführerin.

Der Notar teilte der Käuferin am 11. 12. 1991 seine Kostenberechnung für seine Tätigkeit in Höhe von DM 98.669,30 mit, der ein Geschäftswert von DM 52 Mio. zugrunde lag. Die vollstreckbare Ausfertigung erteilte er sich am 24. 1. 1992.

Mit ihrer Beschwerde macht die Kostenschuldnerin geltend, maßgebend für den Geschäftswert könne nur der Kaufpreis von DM 26 Mio. sein; die Abtretung desselben sei gegenstandsgleich mit dem Hauptgeschäft, da sie der Erfüllung der Freistellungsverpflichtung der Verkäuferin diene. Im Fall des Bestehens einer zusätzlichen Gebührempflicht läge eine derart ungewöhnliche Vertragskonstruktion vor, daß der Notar verpflichtet gewesen wäre, auf die Kostenfolge durch die Formulierung hinzuweisen. Dies habe er pflichtwidrig unterlassen. Darüber hinaus sei eine Vollzugsgebühr gem. § 146 Abs. 1 KostO nicht angefallen, da Vollzugshandlungen weisungsgemäß noch nicht hätten vorgenommen werden sollen; der Kaufvertrag sei schwebend unwirksam gewesen, da sämtliche Erklärungen von einer gesonderten Genehmigung hätten abhängig gemacht werden sollen.

Der Notar hält dem entgegen, daß das Vertragsgrundstück frei von Grundpfandrechten gewesen sei, daher die Abtretung mit einer Freistellungsverpflichtung bezüglich des Objekts ... nicht im Zusammenhang stünde. Sie hätte vielmehr der Pfandfreigabe von Geschäftsanteilen seitens der Stadtsparkasse gedient, die seitens der Firma X-KG an die Kostenschuldnerin verkauft worden sei. Der Grundstückskaufvertrag sei zudem unter den Beteiligten zuvor ausgehandelt gewesen und habe ihrem Wunsch entsprochen. Die Stadtsparkasse habe die Abtretung verlangt. Ein Aufschub von Vollzugshandlungen sei von den Vertragsbeteiligten nicht erklärt worden.

Dem Antrag der Kostenschuldnerin, die Vollstreckung in Höhe des streitigen Betrages von DM 39.953,60 vorläufig einzustellen, stimme der Notar zu mit der Erklärung, weitere Vollstreckungsmaßnahmen bis zum Abschluß des Beschwerdeverfahrens nicht zu betreiben.

Die Kammer erholte die Stellungnahme der Notarkasse, die diese am 18. 5. 1992 abgab. Auf den Inhalt wird Bezug genommen. Die möglichen weiteren Kostenschuldner (die Verkäuferin und die Abtretungsempfängerin) wurden vom Verfahren in Kenntnis gesetzt; sie haben dazu nichts vorgebracht.

Der Präsident des Landgerichts München I hatte als Dienstbehörde Gelegenheit zur Äußerung.

#### Aus den Gründen:

1. Die Beschwerde ist zulässig. (*Wird ausgeführt.*)
2. Die Beschwerde ist in der Sache unbegründet.

a) Der Geschäftswert für den Grundstückskaufvertrag und die mitbeurkundete Abtretung der Kaufpreisforderung an die Stadtsparkasse bestimmt sich vorliegend nach §§ 36 Abs. 2, 44 Abs. 2 KostO, da entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die Erklärungen einen verschiedenen Gegenstand haben, was zur Zusammenrechnung ihrer Werte führt.

Gegenstandsgleich können nach der Rechtsprechung des BayObLG zwar auch solche Erklärungen sein, die zur Durchführung des beurkundenden Rechtsgeschäfts erforderlich sind und zugleich ein mit dem Hauptgeschäft nicht identisches Rechtsverhältnis mit einem Dritten betreffen; Voraussetzung dafür ist jedoch, daß diese in engem inneren Zusammenhang stehen dergestalt, daß das Durchführungsgeschäft nicht nur dem Interesse eines, sondern beider Vertragspartner dient. Eine solche Verknüpfung wird nach der Rechtsprechung dann angenommen, wenn die Durchführungserklärung nicht nur in Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Dritten erfolgt, sondern zugleich für eine im beurkundeten Kaufvertrag übernommene Verpflichtung gegenüber dem Käufer (BayObLG JurBüro 80, 1876 ff.; BayObLG JurBüro 83, 1235).

Davon ist auszugehen, wenn die Abtretung der Kaufpreisforderung zugleich der Pfandfreistellung des Vertragsobjekts dient, wenn sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer hierzu verpflichtet hat.

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben, da zum einen gemäß Ziffer 1) der Urkunde der verkaufte Grundbesitz in Abt. 3 des Grundbuchs keine Belastung aufweist, weshalb eine Freistellungsverpflichtung von eingetragenen Grundpfandrechten durch den Verkäufer nicht übernommen wurde; zum anderen gemäß Ziffer 13) auf Seite 10 des Vertrages als Zweck der Abtretung die Besicherung eines Kredites der Stadtsparkasse an die zukünftige Muttergesellschaft der Verkäuferin angegeben ist, somit ein Vorgang außerhalb der Rechtsbeziehungen der Kaufvertragsparteien. Es ist daher von zwei verschiedenen Gegenständen auszugehen und der Geschäftswert aus der Addition ihrer Werte zu ermitteln.

b) Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht des Notars und damit eine unrichtige Sachbehandlung gem. § 16 KostO ist nicht erkennbar.

Grundlage einer Belehrungspflicht des Notars ist die allgemeine Betreuungspflicht nach § 24 Bundesnotarordnung. Hieraus folgt eine Belehrungspflicht jedoch nur, wenn die Belehrung aufgrund besonderer Umstände geboten ist. Der Notar darf hierbei als allgemein bekannt annehmen, daß er für seine Tätigkeit gesetzlich festgelegte Kosten erheben muß. Deshalb braucht er über unvermeidbare Kosten grundsätzlich ebenso wenig zu belehren wie über die Zahlungspflicht der seine Tätigkeit in Anspruch nehmenden (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 45 u. 46).

Nachdem unstreitig der Kaufvertrag vor seiner Beurkundung unter den Beteiligten abgestimmt war, ohne den Notar hierbei zu Rate zu ziehen, die Einbeziehung der Abtretung der Kaufpreisforderung in den Grundstückskaufvertrag zu dem von der begünstigten Sparkasse in einem vorab beurkundeten Vertrag über den Verkauf von an sie verpfändeten Geschäftsanteilen zur Ermöglichung ihrer Freigabe und zur Einräumung eines Kredits an die zukünftige Muttergesellschaft der Verkäuferin verlangt worden war, bestand für den Notar keine Veranlassung, die in geschäftlichen Dingen bewanderten Beteiligten über die dadurch ausgelösten Gebühren aufzuklären.

c) Der Notar berechnet zu Recht Gebühren für seine Vollzugstätigkeit gem. § 146 Abs. 1 S. 2 KostO. Die vorgenommene Vollzugshandlung betraf gemäß Ziffer 9 a) der Kaufurkunde die Erholung einer Erklärung gem. § 28 Abs. 1 S. 3 des Baugesetzbuches, wozu der Notar uneingeschränkt ermächtigt war. Dem steht die gemäß Ziffer 14) aufschiebend bedingte Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen. Die zu erholende Verzichtserklärung oder Negativbescheinigung der Vorkaufsberechtigten gemäß Ziffer 9 a) war Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises gemäß Ziffer 10) des Vertrags. Ihr Nichtvorliegen im Zeitpunkt des möglichen Wirksamwerdens des Vertrags hätte ein Hinausschieben der Fälligkeit bedeutet, woran jedenfalls der Verkäufer in der Regel kein Interesse hat. Hätte die Erholung der Auskunft gem. § 28 Abs. 1 S. 3 Baugesetzbuch bis zum Bedingungseintritt aufgeschoben werden sollen, hätten sämtliche Beteiligte den Notar entsprechend anweisen müssen. Der Kaufvertrag enthält jedoch diesbezüglich keine Beschränkungen der notariellen Tätigkeit. Der Notar war daher berechtigt, gemäß Ziffer 9 a) vorzugehen.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt (§ 156 Abs. 4 S. 2 KostO). Über die Erstattung außergerichtlicher Kosten war nicht zu entscheiden, da dem Notar keine über den üblichen Verwaltungsaufwand hinausgehende Kosten entstanden sind.

4. Für die Zulassung der weiteren Beschwerde bestand keine Veranlassung (§ 56 Abs. 2 S. 2 KostO), da keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden waren.

## E.

### Steuerrecht

26. EStG §§ 7 Abs. 1, 9 Abs. 1 Satz 1, 21 (*Bauherreneigenschaft von geschlossenen Immobilienfonds; Behandlung der Eigenkapitalvermittlungsprovision*)

**Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß Provisionen für die Vermittlung des Gesellschaftskapitals bei einem Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR, die ein Grundstück mit einem Altbau erwirbt und modernisiert, nicht zu den sofort abziehbaren Werbungskosten gehören, wenn die Provisionen Teil des Gesamtaufwands für den Erwerb des Grundstücks und dessen Modernisierung sind.**

BFH, Beschluß vom 4. 2. 1992 — IX B 39/91 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller und Beschwerdeführer (Antragsteller) sind Gesellschafter eines Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Nach dem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag vom 5. 12. 1988, den die beiden Gründungsgesellschafter, die A-GmbH (GmbH) — Antragsteller zu 1 — und deren Geschäftsführer R, schlossen, ist Zweck der Gesellschaft, das Mietwohngrundstück X-Straße in B. zu erwerben, es in stand zu setzen, zu modernisieren, den Dachstuhl auszubauen und die modernisierten und neu geschaffenen Wohn- bzw. Geschäftsräume anschließend zu vermieten bzw. zu verpachten (Gesamtaufwand 5,85 Mio. DM). Das Gesellschaftskapital beträgt 1,48 Mio. DM, das zu einem geringen Teil durch die beiden Gründungsgesellschafter (je 5 000 DM), im übrigen durch neu aufzunehmende Gesellschafter aufgebracht werden soll. Die Geschäftsführung der Gesellschaft obliegt den Gesellschaftern; sie bestellen zur Führung der Geschäfte einen gemeinsamen Bevollmächtigten (Geschäftsbesorger), der sie in allen Angelegenheiten, die mit der Geschäftsführung zusammenhängen, umfassend vertritt. Zur Geschäftsbesorgerin berief die GbR die GmbH, die in gleicher Weise für andere Modernisierungsfonds tätig ist. Für die Zeit der Investitionsphase wird ein Treuhänder eingesetzt, der die ordnungs- und vertragsgemäße Verwendung der Gesellschaftsmittel zu überwachen hat.

Kurz nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages schloß die GbR eine Reihe von vorformulierten und auch anderen Fonds zugrunde liegenden Verträgen, u. a.:

a) Vertreten durch die GmbH einen Treuhandvertrag mit der Treuhänderin, in dem diese beauftragt wird, für die Treugeber bis zur Fertigstellung des Modernisierungsvorhabens bestimmte Aufgaben durchzuführen, insbesondere die erforderlichen Verträge abzuschließen. Die Treuhandgebühr beläuft sich auf 62 700 DM.

b) Ebenfalls vertreten durch die GmbH einen Vertriebsvertrag mit der GmbH, in dem diese mit der „Plazierung“ von Gesellschaftskapitalanteilen an interessierte Kapitalanleger beauftragt wird. Die GbR soll der GmbH für das von ihr vermittelte Eigenkapital eine Provision von 12 v. H. des diesem Eigenkapital entsprechenden Gesamtaufwandes zahlen (Provision 660 000 DM).

Die GbR schloß außerdem folgende Verträge, bei denen sie jeweils durch die Treuhänderin vertreten war:

c) Einen Baubetreuungsvertrag mit der GmbH, mit der die GbR den Baubetreuer beauftragt, sie bei der technischen und wirtschaftlichen Vorbereitung, Durchführung und Abwicklung des Bauvorhabens umfassend zu betreuen und zu vertreten. Als Honorar sind 250 800 DM vereinbart.

d) Einen Vertrag über Marketing-Organisation mit der GmbH, in dem die GbR die GmbH beauftragt, Strukturuntersuchungen über die Nachfrage von Modernisierungsmodellen und Bearbeitung der vertriebsseitigen Anforderungen an die Modellgestaltung, die Vorbereitung von Prospektmaterial und die Vermittlung einer renommierten Vertriebsfirma für die Plazierung des Gesellschaftskapitals gegen ein Honorar von 62 700 DM durchzuführen.

e) Einen Endfinanzierungsvermittlungsvertrag mit der GmbH, in welchem sich die GmbH verpflichtet, für das Modernisierungsvorhaben sowie das Grundstück die langfristige Endfinanzierung in erforderlicher Höhe zu beschaffen. Für die Vermittlung der Endfinanzierung erhält die GmbH ein Honorar von 89 333 DM.

f) Einen Vertrag über die Zwischenfinanzierungsvermittlung mit der GmbH, in dem sich die GmbH zur Vermittlung der Finanzierung bis zur Valutierung der Endfinanzierungsmittel bzw. bis zur Fertigstellung (Bauzeitfinanzierung) gegen ein Honorar von 80 400 DM verpflichtet.

g) Einen Bürgschaftsverpflichtungsvertrag mit der GmbH, in dem sich die GmbH verpflichtet, auf Verlangen des zwischenfinanzierenden Kreditinstituts für das Zwischenfinanzierungsvolumen von 4, 02 Mio. DM eine Bürgschaft gegen eine Provision von 40 200 DM zu übernehmen.

h) Einen Vertrag über die wohnwirtschaftliche Beratung mit der GmbH, in dem sich die GmbH zur wohnwirtschaftlichen Beratung im Rahmen des Modernisierungsvorhabens verpflichtet. Als Honorar vereinbarten die Vertragsparteien 62 700 DM.

i) Ein Vertrag über die Erstvermietung und Mietgarantie mit der GmbH, in dem die GbR die GmbH mit der Vermietung der während der Modernisierung frei werdenden Altbauwohnungen beauftragt. Die GmbH übernimmt außerdem die Garantie dafür, daß der GbR während der ersten fünf Jahre nach Garantiebeginn aus der Vermietung des Objekts ein bestimmter Mindestmietzins zufließt. Als Honorar für die Vermietung sind 5 700 DM, für die Übernahme der Vermietungsgarantie 84 825,12 DM vereinbart.

j) Einen Steuerberatungsvertrag mit einer Steuerberatungsgesellschaft mit einem Gesamthonorar von rd. 125 000 DM.

k) Einen Generalunternehmervertrag mit der S-Bauunternehmung AG, in dem die GbR den Auftragnehmer mit der schlüsselfertigen Herstellung der gesamten Baumaßnahme gegen einen Pauschalpreis von rd. 2,08 Mio. DM beauftragt.

Schon vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages der GbR hatten die beiden Gründungsgesellschafter einen Kaufvertrag über das Grundstück, das mit einem 1909 errichteten Mietwohnhaus bebaut ist, zum Kaufpreis von 1 500 000 DM abgeschlossen. Im November 1988 hatte ein Architekt eine Substanzuntersuchung vorgenommen, die erforderlichen Instandsetzungsmaßnahmen aufgezeichnet sowie eine Vorschlagsliste für die Modernisierungsmaßnahmen aufgestellt. Zur Werbung wurde ein Prospekt herausgegeben, in dem die Vorzüge des Modernisierungsvorhabens dargestellt sind und u. a. darauf hingewiesen wird, daß Steuervorteile nach §§ 14 a und 14 b des Berlinförderungsgesetzes (BerlinFG) beansprucht werden könnten, das notwendige Eigenkapital bereits im Jahr der Baufertigstellung bei einem Steuerpflichtigen mit einem Steuersatz ab ca. 51 v. H. durch die Steuerersparnis finanziert werde, und daß sich — bezogen auf das Eigenkapital — von 1988 bis 1997 eine kumulierte Verlustquote von 294,99 v. H. ergebe. Der durchschnittliche Quadratmeterpreis nach Durchführung der Baumaßnahmen wird im Prospekt mit 2 638 DM und der gesamte „Gebührenaufwand“ mit rd. 1,8 Mio. DM beziffert. Zwei Wochen nach Abschluß des Vermittlungsvertrages war das Eigenkapital „plaziert“, d. h. die GmbH hatte 22 Gesellschafter (Antragsteller) geworben, die ihren Beitritt zu der GbR erklärten und sich verpflichteten, ihre Einlage zu leisten. Die Modernisierungsmaßnahmen sollten 1990 abgeschlossen sein.

Die GmbH stellt der GbR für die Vermittlung des Eigenkapitals am 28. 12. 1988 netto 660 000 DM — rd. 45 v. H. des vermittelten Eigenkapitals — in Rechnung. Einen Teilbetrag dieser Vermittlungsprovision (560 000 DM) wies die GbR zusammen mit anderen „Gebühren“ in ihrer Erklärung zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für das Streitjahr 1988 als Werbungskosten und — soweit an die GmbH gezahlt — gleichzeitig als Sondereinnahmen der GmbH aus. Dadurch ergab sich — ohne die Sondereinnahmen — ein Werbungskostenüberschuß von 971 255 DM und unter Berücksichtigung der auf die GmbH entfallenden Sondereinnahmen ein Werbungskostenüberschuß von 136 505 DM. Der Antragsgegner und Beschwerdegegner (das Finanzamt — FA —) begrenzte bei der unter dem Vorbehalt der Nach-

prüfung stehenden gesonderten und einheitlichen Feststellung den Werbungskostenabzug hinsichtlich der Vertriebsprovision auf 25 v. H. des vermittelten Eigenkapitals (370 000 DM). Das FA beurteilte den Restbetrag von 190 000 DM als Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten, auf die es Absetzungen für Abnutzung (AfA) gewährte. Dabei ging es davon aus, daß nur eine Eigenkapitalvermittlungsprovision von 25 v. H. des Eigenkapitals angemessen sei.

Über den dagegen von den Antragstellern erhobenen Einspruch ist noch nicht entschieden. Den gleichzeitig gestellten Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Feststellungsbescheids wies das FA zurück. Der daraufhin beim Finanzgericht (FG) auf Aussetzung der Vollziehung des Feststellungsbescheids gerichtete Antrag blieb ebenfalls erfolglos. Die Antragsteller begründeten ihren Antrag im wesentlichen damit, eine Vermittlungsprovision von 12 v. H. des eingesetzten Gesamtkapitals sei in Berlin für Modernisierungsfonds in der Rechtsform einer GbR üblich. Das FA wies demgegenüber darauf hin, daß nach in Berlin durchgeführten Erhebungen für die Jahre 1983 bis 1986 bei Auswertung von 198 Steuerfällen Eigenkapitalvermittlungsprovisionen zwischen 21 und 27 v. H. des vermittelten Eigenkapitals festgestellt worden seien.

Das FG führte zur Begründung seines den Antrag abweisenden Beschlusses aus, nach der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung seien die Antragsteller nicht als Bauherren, sondern als Erwerber zu beurteilen. Es liege ein einheitliches Vertragswerk vor. Eine Einflußmöglichkeit der Antragsteller auf Planung und Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen habe nicht bestanden, zumal einige der Verträge, insbesondere der Vertriebsvertrag, schon vor der ersten Gesellschafterversammlung abgeschlossen seien. Es könne daher dahinstehen, ob die umstrittenen Aufwendungen der Höhe nach angemessen seien.

Dagegen wenden sich die Antragsteller mit ihrer vom FG zugelassenen Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet.

I. Gem. § 69 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) kann das Gericht der Hauptsache die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aussetzen. Ernstliche Zweifel liegen nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung vor, wenn neben für die Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige, gegen die Rechtmäßigkeit sprechende Gründe zutage treten; die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der Rechtsfragen oder Unklarheit in der Beurteilung der Tatsachen bewirken. (*Wird ausgeführt.*)

II. Bei Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung der Vorinstanz als zutreffend. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß die Aufwendungen für die Vermittlung des Eigenkapitals im Streitjahr nicht sofort als Werbungskosten abziehbar sind.

1. Der Senat hat im Urteil vom 14. 11. 1989 IX R 197/84 (BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299 [= MittBayNot 1990, 210]) entschieden, daß Anleger im Bauherrenmodell einkommensteuerrechtlich regelmäßig nicht als Bauherren, sondern als Erwerber des bebauten Grundstücks zu beurteilen sind, wenn sie sich aufgrund eines von den Projektanbietern vorformulierten Vertragswerks beteiligen und sich bei den damit zusammenhängenden Rechtsgeschäften durch die Projektanbieter vertreten lassen. Alle in diesem Zusammenhang an die Anbieterseite geleisteten Aufwendungen, die auf den Erwerb des Grundstücks mit dem bezugsfertigen Gebäude gerichtet sind, stellen deshalb Anschaffungskosten dar. Wegen der Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf dieses Urteil Bezug genommen. Die Grundsätze dieser Entscheidung sind auch anzuwenden, wenn sich die Anleger zu einer GbR zusammenschließen, um das Bauvorhaben durchzuführen, und die Initiatoren zu

den Gesellschaftern gehören (Urteil vom 7. 8. 1990 IX R 70/86, BFHE 161, 526, BStBl II 1990, 1024). Das gilt jedenfalls dann, wenn das der Gesellschaft zugrunde liegende Vertragswerk — wie im Streitfall — vorformuliert ist und die Initiatoren die Geschäfte der Gesellschaft führen. In einem solchen Fall beherrschen nicht die Gesellschafter, sondern die Initiatoren das Baugeschehen (vgl. auch Tz. 6 des Schreibens des Bundesministers der Finanzen — BMF — vom 31. 8. 1990 IV B 3 — S 2253 a — 49/90, BStBl I 1990, 366; sog. Bauherren-Erlaß).

In Fortentwicklung der Rechtsprechung hat der Senat zwischenzeitlich überdies entschieden, daß die Aufwendungen im Rahmen eines Bauherrenmodells auch dann einheitlich zu beurteilen sind, wenn der Käufer einer Eigentumswohnung in einem Altbau mit dem Veräußerer zugleich deren Renovierung vereinbart. Schließt er gleichzeitig mit dem Kaufvertrag einen Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrag über die Instandsetzung der in gemeinschaftlichem Eigentum befindlichen Gebäudeteile ab, so ist von einem einheitlichen, auf die Anschaffung einer renovierten Eigentumswohnung in einem renovierten Gebäude gerichteten Vorgang auszugehen, wenn die Verträge in engem wirtschaftlichem Zusammenhang stehen (Urteil vom 30. 7. 1991 IX R 43/89, BFHE 165, 245, BStBl II 1991, 918).

2. Die für diese Entscheidungen tragende Erwägung, daß es für die Beurteilung des gesamten Aufwands als Anschaffungs- oder Herstellungskosten keinen Unterschied macht, ob er aufgrund eines einzigen Vertrages in einer Summe oder aufgrund mehrerer Verträge — in die der einheitliche Vorgang nicht zuletzt aus steuerrechtlichen Gründen aufgespalten wird — in Teilbeträgen zu zahlen ist, hat auch für das „Modernisierungsmodell“, das dem Streitfall zugrunde liegt, Bedeutung. Sämtliche Verträge dieses Modells sind auf die Übertragung eines einheitlichen Leistungsgegenstandes gerichtet (vgl. dazu Urteil vom 6. 3. 1991 II R 133/87, BFHE 164, 117, BStBl II 1991, 532) und miteinander verbunden. Zweck des Gesamtaufwands ist es, den Anlegern das Grundstück mit dem von Grund auf instandgesetzten Gebäude zu verschaffen, das die alleinige Grundlage der Geschäftstätigkeit der GbR bildet. Die verschiedenen Aufwendungen aufgrund der einzelnen Verträge einschließlich der Eigenkapitalvermittlungsprovision sind nur Rechnungsfaktoren im Rahmen des Gesamtaufwandes, der nach dem Gesellschaftsvertrag begrenzt ist und nicht überschritten werden darf. Daß für die Anleger auch im Streitfall nicht die einzelne „Gebühr“, sondern nur der Gesamtaufwand bedeutsam ist, ergibt sich aus dem Werbeprospekt des Fonds, in dem der Gesamtaufwand pro Quadratmeter Wohnfläche für das sanierte Grundstück ausgewiesen ist.

Ein Modernisierungsmodell unterscheidet sich von den vom Senat bisher beurteilten Bauherrenmodellen — insbesondere dem sog. „Kölner Modell“ — nur dadurch, daß die Anleger nach den bisher beurteilten Bauherrenmodellen ein unbebautes Grundstück erwerben und dieses auf der Grundlage des von den Initiatoren entwickelten Gesamtkonzepts mit einem Neubau bebauen, während bei den Modernisierungsmodellen das Grundstück bereits bei dem Erwerb mit einem instandsetzungsbedürftigen Gebäude bebaut ist, das die Anleger im Anschluß an den Erwerb mit erheblichen Aufwendungen von Grund auf sanieren und ggf. erweitern.

3. Die danach gebotene einheitliche Beurteilung sämtlicher Aufwendungen der Anleger eines Modernisierungsmodells schließt es aus, einen Teil der Aufwendungen als Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten, einen anderen Teil als

sofort abziehbare Werbungskosten zu beurteilen. Sämtliche Aufwendungen gehören zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten. Das gilt auch für die Provisionen für die Vermittlung des Eigenkapitals bzw. des Beitritts von Anlegern. Wenn aus Tz. 7.1 des Bauherren-Erlasses vom 31. 8. 1990 (a. a. O.) etwas anderes zu entnehmen sein sollte, könnte der Senat sich dem nicht anschließen. Der Senat hat bereits vor Ergehen des Urteils in BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299 Aufwendungen der Bauherren für die Vermittlung des Beitritts zu einer Bauherrengemeinschaft den Anschaffungs- oder Herstellungskosten zugerechnet (Urteil des Bundesfinanzhofs — BFH — vom 29. 10. 1985 IX R 107/82, BFHE 145, 351, BStBl II 1986, 217, Abschn. II 2 b ee; bestätigt in BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299, Abschn. VI 2 a. E.; ebenso für eine Bauherrengemeinschaft mit Einkünften aus Gewerbebetrieb die BFH-Urteile vom 13. 10. 1983 IV R 160/78, BFHE 139, 273, BStBl II 1984, 101, und vom 23. 10. 1986 IV R 352/84, BFHE 148, 49, BStBl II 1988, 128). Er hat allerdings in seinem Urteil vom 24. 2. 1987 IX R 114/82 (BFHE 149, 233, BStBl II 1987, 810) — in Übereinstimmung mit dem Urteil des IV. Senats in BFHE 148, 49, BStBl II 1988, 128 — entschieden, daß die Eigenkapitalvermittlungsprovision, die eine Personengesellschaft einem Dritten zahlt, soweit sie angemessen ist, sofort abziehbare Werbungskosten sein kann. Er hat in dieser Entscheidung jedoch darauf hingewiesen, daß die Eigenkapitalvermittlungsprovision dann zu den Anschaffungskosten der Gesellschaft für das erworbene Grundstück und die aufstehenden Baulichkeiten gehört, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nach ihrer Zweckbestimmung dem Erwerb des Wirtschaftsguts dient. Diese Voraussetzung für die Zurechnung zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten ist — wie sich aus den Ausführungen in Abschn. II 2. ergibt — erfüllt. Es ist in einem solchen Fall unerheblich, ob die Anleger als Einzelperson oder die von ihnen gebildete Personengesellschaft die Vermittlungsprovisionen vereinbaren und bezahlen.

4. Der Zurechnung der Vermittlungsprovision zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten steht § 248 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift dürfen Aufwendungen für die Beschaffung des Eigenkapitals in die Bilanz des Kaufmanns nicht als Aktivposten aufgenommen werden. Der Senat kann unerörtert lassen, ob die Vorschrift im Rahmen der Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung entsprechend anwendbar ist. Denn bei den umstrittenen Vermittlungsprovisionen handelt es sich, wie dargelegt, nicht um Gründungskosten der Bauherrengemeinschaft, sondern um Aufwendungen, die der Anschaffung oder Herstellung des Grundstücks bzw. des sanierten Gebäudes dienen.

III. Wegen der gebotenen summarischen Beurteilung der Sach- und Rechtslage braucht nicht abschließend entschieden zu werden, ob die Vermittlungsprovision zu den Anschaffungskosten des Grundstücks mit dem Altbau oder zu den Herstellungskosten, die im Rahmen der Sanierung anfallen, rechnet. Der Senat hat in ständiger Rechtsprechung erhebliche Instandsetzungs- und Modernisierungskosten unter bestimmten weiteren Voraussetzungen als anschaffungsnahen Herstellungsaufwand beurteilt (zuletzt mit ausführlicher Begründung im Urteil vom 29. 10. 1991 IX R 117/90, Der Betrieb 1992, 556, m. w. N.). Zu diesen anschaffungsnahen Herstellungskosten könnte — ganz oder teilweise — aufgrund des inneren Zusammenhangs der Verträge auch die umstrittene Vermittlungsprovision gehören. Darauf kommt es indes nicht an, weil sich der Aufwand auch

in diesem Fall nur im Rahmen der AfA auswirkt, die das FA im Streitfall gewährt hat. Ebenso ist unerheblich, ob die Vermittlungsprovision der Höhe nach angemessen ist (dazu Tz. 7.1 des Bauherren-Erlasses vom 31. 8. 1990, a. a. O.) und ob die GbR auf der Grundlage der zwischenzeitlich ergangenen Urteile des VIII. Senats vom 21. 8. 1990 VIII R 25/86 (BFHE 163, 524, BStBl II 1991, 564) und vom 10. 9. 1991 VIII R 39/86 (BFHE 165, 406, BStBl II 1992, 328) als Verlustzuweisungsgesellschaft zu beurteilen ist. Da dem Gericht auch im Rahmen des summarischen Verfahrens der Aussetzung der Vollziehung eine Verböserung verwehrt ist, muß es im Ergebnis bei dem vom FA gesondert und einheitlich festgestellten Werbungskostenüberschuß verbleiben; eine Erhöhung dieses Überschusses im Wege der Aussetzung der Vollziehung ist jedoch ausgeschlossen.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch Schreiben des BMF vom 5. 10. 1992, in diesem Heft S. 60.

27. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 Nrn. 1 und 2, § 22 Nr. 1 Sätze 1 und 2 (*Kein Abzug von Versorgungsleistungen als dauernde Last bei Vorbehaltsnießbrauch*)

**Erwirbt jemand Vermögen unter Vorbehalt des Nießbrauchs und sagt er aus diesem Anlaß dem Übergeber Versorgungsleistungen zu, sind die Aufwendungen hierfür in der Regel nicht als dauernde Last abziehbar.**

BFH, Urteil vom 25. 3. 1992 — X R 100/91 —

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist als Gewerbelehrer nichtselbständig tätig. Mit Vertrag vom 7. 11. 1989 übertrug ihm sein damals 59 Jahre alter Vater mit Wirkung vom 1. 12. 1989 ein Grundstück in A. „Als Gegenleistung“ räumte der Kläger ihm einen lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundstück ein. § 2 Nr. 4 des Vertrages lautet wie folgt:

„Der Übernehmer verpflichtet sich außerdem, den Überlasser in alten und kranken Tagen zu hegen und zu pflegen, soweit dies unter Berücksichtigung der Ortsferne und der beruflichen und familiären Verhältnisse des Übernehmers möglich ist. Hierzu gehören auch häufige Besuche, Ausfahrten mit dem Überlasser und auch Urlaubsfahrten.“

Für das Streitjahr 1989 beantragte der Kläger u. a., die Aufwendungen für im Dezember 1989 durchgeführte Besuchsfahrten nach A, dem Wohnsitz seines Vaters, sowie für Spazierfahrten — insgesamt 904,26 DM — zum Abzug als dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 des Einkommensteuergesetzes — EStG — ) zuzulassen. Er vertrat die Auffassung, es handle sich nicht um Unterhaltsleistungen i. S. des § 12 Nr. 2 EStG. Der Beklagte (das Finanzamt — FA. — ) lehnte den Abzug ab.

Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen. Die Fahrtkosten gehörten zu den nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbaren Aufwendungen. Der Vertrag vom 7. 11. 1989 sei kein Übergabevertrag in dem von der Zivilrechtsprechung und der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) vorausgesetzten Sinne, daß sich der Übergeber des Vermögens Erträge seines Vermögens in Gestalt von Versorgungsleistungen vorbehalte. Der Kläger habe lediglich „das formale Eigentum“ — die Vermögenssubstanz — erworben. Die Nutzungen des Grundstückes stünden aufgrund des Nießbrauches nach wie vor seinem Vater zu. Bei dieser Sachlage sei nicht der Fall gegeben, daß sich Übergeber und Übernehmer den Ertrag des übergebenen Vermögens teilten. Der Kläger könne seine Aufwendungen nicht aus Erträgen des Grundstückes erwirtschaften; er müsse die mit den vereinbarten Leistungen verbundenen Aufwendungen „aus seinem eigenen Vermögen“ tragen.

Mit der Revision rügt der Kläger Verletzung materiellen Rechts.

Er beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid für 1989 in der Weise zu ändern, daß zusätzlich eine dauernde Last in Höhe von 904,26 DM anerkannt wird.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG). Leibrenten können — nach näherer Maßgabe des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG — nur mit dem Ertragsanteil abgezogen werden, der sich aus der in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG aufgeführten Ertragswerttabelle ergibt.

2. Der Große Senat des BFH hat sich in zwei Entscheidungen mit der Übergabe von Vermögen gegen Versorgungsleistungen befaßt.

a) In seinem Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, 326 ff., BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]) hat er die zivil- und steuerrechtliche Sonderstellung des Vermögensübergabevertrages hervorgehoben.

In zivilrechtlicher Hinsicht handelt es sich hierbei um eine Vereinbarung, in der Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Hof, Betrieb oder (auch: privaten) Grundbesitz mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge auf einen oder mehrere Abkömmlinge übertragen und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen weiteren Abkömmlinge Ausgleichszahlungen ausbedingen. Die Besonderheit des Übergabevertrages wird darin gesehen, daß er der folgenden Generation unter Vorwegnahme des Erbfalls das Nachrücken in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit ermöglicht und gleichzeitig die Versorgung des Übergebers aus dem übernommenen Vermögen zumindest zu einem Teil sichert.

In steuerrechtlicher Hinsicht beruht die Zurechnung der Versorgungsleistungen aus einer Vermögensübergabe zu den Sonderausgaben und wiederkehrenden Bezügen darauf, daß sich der Vermögensübergeber in Gestalt von Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen (Beschluß in BFHE 161, 317, 328 f., BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. c). Durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge unterscheiden sich Versorgungsleistungen von Unterhaltsleistungen i. S. von § 12 Nr. 1 EStG; sie enthalten deshalb auch keine Zuwendungen des Vermögensübernehmers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i. S. von § 12 Nr. 2 EStG. Da die Versorgungsleistungen keine Gegenleistung des Übernehmers sind, müssen sie auch nicht vorab mit dem Wert des übertragenen Vermögens verrechnet werden.

Der Große Senat hat an der überkommenen Rechtsprechung festgehalten, daß Versorgungsleistungen, die anlässlich der Vermögensübergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vom Übernehmer zugesagt werden, weder Veräußerungsentgelt noch Anschaffungskosten, sondern wiederkehrende Bezüge und Sonderausgaben darstellen. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob im Einzelfall die zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Leibgedinges (Art. 96 EGBGB) erfüllt sind (BFHE 161, 317, 327 f., BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. b und c).

b) Mit Beschluß vom 15. 7. 1991 GrS 1/90 (BFHE 165, 225, BStBl II 1992, 78, unter C. II. 3 [= MittBayNot 1992, 67]) hat der Große Senat des BFH des weiteren entschieden: In sach-

lichem Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbarte wiederkehrende Leistungen — auch abänderbare Geldleistungen — sind Hauptanwendungsfall der in vollem Umfang abziehbaren dauernden Last.

3. Das FG hat zu Recht entschieden, daß die hier zu beurteilende Übertragung des Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs kein Vermögensübergabevertrag im vorgenannten Sinne ist, und daß deswegen die Zuwendungen des Klägers an seinen Vater nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abgezogen werden können.

a) Werden sämtliche Nutzungen des übertragenen Vermögens mit dinglicher Wirkung in vollem Umfang vorbehalten, liegt zivilrechtlich kein Altenteilsvertrag vor. Denn für diesen Vertragstypus ist kennzeichnend, daß der Altenteiler sein Vermögen gerade deswegen überträgt, weil er Einkünfte hieraus nicht mehr selbst erwirtschaften, sondern aus dem Ertrag des übertragenen Vermögens versorgt werden will (Urteil des BGH vom 31. 10. 1969 V ZR 138/66, NJW 1970, 282, unter II. B. 1.; ausführlich Großer Senat in BFHE 161, 317, 326, BStBl II 1990, 847, unter C. II. 1. a). Ein Vertrag, in dem sich der Übergeber den Nießbrauch an dem übergebenen Vermögen in vollem Umfang vorbehalten hat (sog. Totalnießbrauch), kann nicht dadurch geprägt sein, daß der Übernehmer den scheidenden Übergeber versorgt (BGH-Urteile vom 30. 4. 1980 V ZR 7/79, WM 1980, 826; vom 4. 12. 1981 V ZR 37/81, WM 1982, 208; BayObLG, Beschluß vom 25. 3. 1975 BReg. 2 Z 8/75, BayObLGZ 1975, 132, 136 f., m. w. N.; *Pecher* in Münchener Kommentar, Art. 96 EGBGB Rdnr. 18). Ob dies auch dann gilt, wenn der Nießbrauch lediglich zur Sicherung von Altenteilsleistungen bestellt wird, kann hier dahingestellt bleiben.

b) Zwar sind auch in steuerrechtlicher Hinsicht Versorgungsleistungen aus einer Vermögensübergabe unabhängig davon den Sonderausgaben und wiederkehrenden Bezügen zuzurechnen, ob die zivilrechtlichen Voraussetzungen eines Altenteilsvertrages (Leibgedinges) erfüllt sind. Diesem steuerrechtlichen Typus des Übergabevertrages können aber solche Vereinbarungen nicht mehr zugeordnet werden, bei denen sich der Übergeber den gesamten Ertrag des Vermögens vorbehält und ihm ohnehin die Einkünfte aus der Nutzung dieses Vermögens — originär — zugerechnet werden. Es gibt keinen rechtlichen Grund dafür, die anläßlich des Vorbehalts eines solchen Nießbrauchs vereinbarten Leistungen des (neuen) Eigentümers an den Nießbraucher vom Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG auszunehmen.

c) Der Große Senat hat sich in den vorstehend unter 2. dargestellten Entscheidungen ausschließlich mit den steuerrechtlichen Folgen des Vermögensübergabevertrages befaßt. Die von ihm ausgesprochene Charakterisierung der Versorgungsleistungen „als vorbehaltene Vermögenserträge“ versteht der erkennende Senat in dem Sinne, daß durch den Abzug der dauernden Last beim Verpflichteten und durch die Erfassung wiederkehrender Einkünfte beim Bezieher das der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Prinzip der „vorbehaltenen Vermögenserträge“ rechtstechnisch verwirklicht wird. Diese Überleitung (Transfer) der vom Übernehmer des Vermögens erwirtschafteten Einkünfte auf den Versorgungsberechtigten setzt notwendigerweise voraus, daß die Abziehbarkeit der dauernden Last nicht durch § 12 EStG und die Zurechnung der wiederkehrenden Bezüge nicht durch § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG ausgeschlossen ist. Dieses den Ausschluß der §§ 12, 22 Nr. 1 Satz 2 EStG rechtfertigende Prinzip hat andererseits Geltung nur für das Rechtsinstitut „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“.

4. Der Große Senat hat in seinem Beschluß in BFHE 161, 317, 328 f., BStBl II 1990, 847 zum rechtlichen Gesichtspunkt der vorbehaltenen Vermögenserträge ausgeführt, daß Abzug und Versteuerung der Versorgungsleistungen „zu einem ähnlichen Ergebnis“ führen wie der Vorbehalt eines gegenständig beschränkten Nießbrauchs durch den Übergeber der mit einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung an den Vermögensübernehmer verbunden ist. Hierin kommt zum Ausdruck, daß das Rechtsinstitut „Vermögensübergabevertrag“ nicht die Fälle des Vorbehaltsnießbrauchs umfaßt. Mit der Bezugnahme auf die BFH-Urteile vom 15. 5. 1986 III R 190/82 (BFHE 147, 22, BStBl II 1986, 714 [= MittBayNot 1986, 279]), vom 26. 2. 1987 IV R 325/84 (BFHE 150, 321, BStBl II 1987, 772 [= MittBayNot 1988, 48]) und vom 31. 3. 1987 IX R 53/83 (BFH/NV 1987, 645) geht der Große Senat unausgesprochen davon aus, daß der steuerrechtlich anzuerkennende Vorbehalt eines Totalnießbrauchs steuerrechtlich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zurechnung von Einkünften und die Zuwendung zu behandeln ist. Dies schließt die Aussage ein, daß dort — anders als bei der spezialgesetzlichen Regelung der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen — § 12 EStG uneingeschränkt gilt.

5. Der XI. Senat des BFH hatte mit Urteil vom 23. 1. 1992 XI R 6/87 (BFHE 167, 86, BStBl II 1992, 526) eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsrente zu beurteilen; er hat hierzu ausgeführt: Diese Versorgungsrente stelle auch dann kein zu Anschaffungskosten führendes Entgelt für die Vermögensübergabe dar, wenn sie nicht aus den Erträgen des übertragenen Vermögens geleistet werden könne. Der Große Senat des BFH habe in seinem Beschluß in BFHE 161, 317, BStBl III 1990, 847 „lediglich auf die typischerweise gegebene Situation abgestellt“, ohne daß es insoweit auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankäme. Ob es sich um Versorgungsleistungen nach Art vorbehaltener Erträge handele, ergebe ein Vergleich des Kapitalwerts der Leistungen mit dem Wert des übertragenen Vermögens.

Der erkennende Senat läßt dahingestellt, ob er dieser rechtlichen Beurteilung der Versorgungsrente folgen könnte. Vorliegend geht es um die Abziehbarkeit von der Höhe nach abänderbaren Beträgen, die allenfalls als dauernde Last zum Abzug in Betracht kämen. (*Wird ausgeführt.*)

Die dauernde Last setzt jedenfalls voraus, daß der Übernehmer des Vermögens Erträge erwirtschaftet und an den Übergeber weiterleitet. Die Zuordnung eines Vertrages zu dem u. a. in dieser Weise umschriebenen Rechtstypus ist grundsätzlich dann nicht mehr möglich, wenn alle Vermögenserträge bereits mittels Nießbrauchs vorbehalten werden.

28. AO 1977 § 39; EStG § 10 e (*Zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum als Voraussetzung für Inanspruchnahme von § 10 e EStG*)

**§ 10 e EStG begünstigt nur Wohnungen, die zivilrechtlich im Eigentum des Steuerpflichtigen stehen oder ihm aufgrund von § 39 AO 1977 steuerrechtlich zuzurechnen sind (sog. wirtschaftliches Eigentum). Errichtet der Steuerpflichtige auf dem Grundstück eines Angehörigen mit dessen Zustimmung ein Haus für eigene Wohnzwecke, erlangt in der Regel der Angehörige das zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentum an dem Gebäude. Für die Inanspruchnahme des § 10 e EStG reicht es nicht aus, daß der die Wohnung Nutzende deren Herstellungskosten getragen hat.**

Urteil vom 21. 5. 1992 — X R 61/91 —

### Aus dem Tatbestand:

Die Mutter der KlägerIn war Eigentümerin mehrerer Grundstücke. In ihrem zur Niederschrift eines Notars errichteten Testament vom 18. 7. 1986 setzte die Mutter ihre beiden Töchter zu gleichen Teilen als Erben ein. Die Grundstücke verteilte sie durch Vorausvermachnisse auf die Töchter. Das der Klägerin zugedachte Grundstück sollte laut Testament bebaut werden.

Die Klägerin begann 1986 mit der Errichtung eines Gebäudes, das im Juni 1988 bezugsfertig wurde. Nach ihrer Heirat am 4. 6. 1988 bezog sie zusammen mit ihrem Ehemann (dem Kläger) eine Wohnung dieses Gebäudes. Die andere Wohnung vermietete sie ab Juli 1988. Im Dezember 1989 übertrug die Mutter der Klägerin das Eigentum an dem Grundstück.

In der Einkommensteuererklärung 1988 machten die Kläger für die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung einen Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes 1987 (EStG) in Höhe von 9 390 DM sowie Vorkosten nach § 10 e Abs. 6 EStG in Höhe von 4 644 DM geltend. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt — FA —) gewährte die beantragten Begünstigungen nach § 10 e EStG nicht, weil die Klägerin keine Wohnung im eigenen Haus hergestellt habe. Einspruch und Klage der Kläger gegen den Einkommensteuerbescheid 1988 waren erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) führte in seiner Entscheidung aus: Das Gebäude sei wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und daher im Streitjahr 1988 zivilrechtlich Eigentum der Mutter gewesen. Das Einverständnis der Mutter mit dem Bauvorhaben begründe kein wirtschaftliches Eigentum der Klägerin an dem Gebäude. Trotz des Entschädigungsanspruchs der Klägerin gegen die Mutter nach § 951 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sei die Mutter in der Verfügung über das Grundstück rechtlich frei gewesen. Auch durch die Vermächtnisanordnung habe die Klägerin keine wirtschaftliche Sachherrschaft über das Grundstück erlangt, weil die Vermächtnisanordnung als testamentarisch getroffene letztwillige Verfügung frei widerruflich gewesen sei. In der mündlichen Verhandlung habe die Klägerin vorgebracht, ihre Mutter und ihre Schwester hätten befürchtet, das Grundstück werde dem Ehemann der Klägerin zufallen, falls sie die bevorstehende Entbindung wegen ihres geschwächten Gesundheitszustandes nicht überstehen werde. Dieses Vorbringen spreche ebenfalls dafür, daß die Mutter das Grundstück der Klägerin noch nicht endgültig und unwiderruflich habe zur Verfügung stellen wollen. Da durch § 10 e EStG die Vermögensbildung durch Wohneigentum gefördert werden solle, sei das Tatbestandsmerkmal „eigenes Haus“ als eigentumsbezogenes Merkmal zu verstehen. Eine dem (wirtschaftlichen) Eigentum nur ähnliche Rechtsstellung genüge daher für die Inanspruchnahme des § 10 e EStG nicht.

Mit der Revision tragen die Kläger vor: Nach dem Zweck der Vorschrift sei auch derjenige begünstigt, der nur eine eigentümerähnliche Stellung inne habe. Zwischen der Mutter und der Klägerin sei mündlich vereinbart worden, daß die Klägerin wie eine Eigentümerin über das Grundstück verfügen könne. Dementsprechend habe die Klägerin den Mietvertrag über den vermieteten Teil des Hauses im eigenen Namen abgeschlossen. Für den Fall des Todes der Mutter sei durch Vermächtnis sichergestellt worden, daß die Klägerin das Grundstück erhalte. Das FG habe das Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung falsch gedeutet. Sie habe erklärt, das Grundstück habe nicht auf den Namen ihres Ehemannes übertragen werden sollen, da diesem gegenüber gewisse Vorbehalte bestanden hätten. Das FG habe dagegen angenommen, daß auch der Klägerin gegenüber Vorbehalte bestanden hätten.

Die Kläger beantragen, die Vorentscheidung aufzuheben und der Klage stattzugeben.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

Zu Recht hat das FG weder einen Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG gewährt noch Vorkosten nach § 10 e Abs. 6 EStG zum Abzug zugelassen.

1. Die Grundförderung nach § 10 e Abs. 1 EStG steht Steuerpflichtigen zu, die eine zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung im eigenen Haus oder eine eigene Eigentumswohnung hergestellt oder angeschafft haben. Der Begriff

„eigen“ bedeutet, daß der Steuerpflichtige Eigentümer des von ihm errichteten Objekts sein muß. Diese mit dem allgemeinen und dem bisherigen rechtlichen Sprachgebrauch (z. B. in § 21 Abs. 2 EStG i. d. F. vor 1987) übereinstimmende Auslegung wird bestätigt durch die Formulierungen in § 10 e Abs. 5 und 7 EStG, die ausdrücklich die Eigentümer als Abzugsberechtigte bezeichnen. Da der in § 39 der Abgabenordnung (AO 1977) enthaltene Vorrang des wirtschaftlichen vor dem zivilrechtlichen Eigentum auch im Bereich der Förderung des Wohneigentums gilt, ist in Fällen, in denen zivilrechtliches und wirtschaftliches Eigentum nicht übereinstimmen, der wirtschaftliche Eigentümer zur Inanspruchnahme des Abzugsbetrags nach § 10 e Abs. 1 EStG berechtigt (herrschende Meinung: z. B. Bundesminister der Finanzen — BMF — vom 25. 10. 1990, BStBl I 1990, 626 Abs. 5, sowie Meyer in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10 e EStG Anm. 30, m. w. N.; zweifelnd FG München, Urteil vom 11. 9. 1989 15 K 2152/89, Entscheidungen der Finanzgerichte — EFG — 1989, 633).

a) Baut der Steuerpflichtige das zu eigenen Wohnzwecken genutzte Haus auf einem fremden Grundstück, wird der Grundstückseigentümer im Regelfall durch die Verbindung des Gebäudes mit dem Grund und Boden zivilrechtlicher Eigentümer des Gebäudes (§§ 93, 94, 946 BGB), es sei denn, der Steuerpflichtige errichtet das Gebäude nur zu einem vorübergehenden Zweck oder aufgrund eines dinglichen Rechts (Erbbaurecht, Nießbrauch, Dienstbarkeit) an dem fremden Grundstück (§ 95 BGB). Abweichend vom Zivilrecht kann der Steuerpflichtige aber wirtschaftlicher Eigentümer des Gebäudes sein, wenn der Grundstückseigentümer durch vertragliche Vereinbarung oder aus anderen Gründen für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Gebäude ausgeschlossen ist (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO 1977). Das ist nur dann anzunehmen, wenn der Herausgabeanspruch des zivilrechtlichen Eigentümers keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat oder kein Herausgabeanspruch besteht.

Die Errichtung eines Gebäudes im eigenen Namen und für eigene Rechnung auf einem fremden Grundstück führt in der Regel nicht zu wirtschaftlichem Eigentum an dem zivilrechtlich dem Grundstückseigentümer gehörenden Gebäude. Das Einverständnis des Grundstückseigentümers mit den Baumaßnahmen begründet allenfalls ein (ausdrücklich oder stillschweigend vereinbartes) obligatorisches Nutzungsrecht. Weder das Nutzungsrecht noch der Anspruch des Bauenden gegen den Grundstückseigentümer auf Ersatz der Aufwendungen (§§ 951, 812 BGB) hindern aber den Grundstückseigentümer an der Verfügung über das Grundstück oder lassen dessen Herausgabeanspruch wirtschaftlich wertlos werden (ständige Rechtsprechung; z. B. Urteil des Bundesfinanzhofs — BFH — vom 20. 9. 1989 X R 140/87, BFHE 158, 361, BStBl II 1990, 368, m. w. N. zur Rechtsprechung). *Stephan* (Der Betrieb — DB — 1987, 297, 300), *Meyer-Scharenberg* (Deutsches Steuerrecht — DStR — 1986, 785, 787) und *Schmidt/Drenseck* (Einkommensteuergesetz, Kommentar, 10. Aufl., § 10 e Anm. 6 f.) vertreten zu § 10 e EStG die Auffassung, daß der auf fremdem Grund und Boden Bauende regelmäßig wirtschaftlicher Eigentümer des Gebäudes werde, sofern die vereinbarte Nutzungsdauer nicht kürzer als der Abschreibungszeitraum und der Ausgleichsanspruch des Bauenden nicht vertraglich ausgeschlossen sei. Im Rahmen des § 10 e EStG kann indessen nicht von einem anderen Begriff des wirtschaftlichen Eigen-

tums ausgegangen werden, als ihn die Rechtsprechung bisher aus § 39 AO 1977 entwickelt hat. Der Senat hält an dieser Rechtsprechung fest.

b) Erlangt der Steuerpflichtige weder zivilrechtliches noch wirtschaftliches Eigentum an dem von ihm hergestellten Gebäude, ist er zur Inanspruchnahme der Grundförderung nach § 10 e Abs. 1 EStG nicht berechtigt. Eine vom Wortlaut abweichende Auslegung des Begriffs „eigenes Haus“ im Sinne von „auf eigene Kosten errichtetes“ Haus läßt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte oder dem Zweck der Vorschrift herleiten.

Nach der Rechtslage vor 1987 erstreckte sich die Wohnungsbauförderung auch auf dem Steuerpflichtigen nicht gehörende Gebäude. Zivilrechtliches oder wirtschaftliches Eigentum war für die Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen nach § 7 b EStG nicht erforderlich (BFH-Urteile vom 15.3.1990 IV R 30/88, BFHE 160, 244, BStBl II 1990, 623, und vom 15.5.1990 IX R 21/86, BFHE 162, 26, BStBl II 1992, 67 [= MittBayNot 1992, 354]; vgl. ferner BMF vom 4.6.1986, BStBl I 1986, 318). Es reichte aus, daß der Steuerpflichtige die Herstellungskosten für das Gebäude getragen hatte und damit Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielte, zu denen neben dem Nutzungswert der Wohnung im eigenen Haus (§ 21 Abs. 2 Alternative 1 EStG i. d. F. vor 1987) auch der Nutzungswert einer fremden Wohnung (§ 21 Abs. 2 Alternative 2 EStG i. d. F. vor 1987) gehörte, die der Steuerpflichtige aufgrund einer gesicherten Rechtsposition (z. B. eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts) unentgeltlich nutzte (vgl. z. B. BFH-Urteil vom 23.10.1984 IX R 48/80, BFHE 143, 313, BStBl II 1985, 453, m. w. N.).

Zwar ist § 10 e Abs. 1 bis 5 EStG insoweit Nachfolgeregelung des § 7 b EStG, als die Förderung der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung durch erhöhte Absetzungen wegen der Abschaffung der Nutzungswertbesteuerung nicht mehr möglich war und deshalb in den Sonderausgabenbereich verlagert wurde. Auch wurde § 10 e EStG weitgehend dem § 7 b EStG nachgebildet. Die ab 1987 geltende Wohnungsbauförderung unterscheidet sich jedoch nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich in wesentlichen Punkten von der Förderung durch erhöhte Absetzungen. Die abziehbaren Beträge wurden erhöht und konzentriert auf die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Wohnung im eigenen Haus bzw. die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Eigentumswohnung. Erklärter Zweck der Neuregelung war die Förderung der Vermögensbildung durch Wohneigentum (BT-Drucks 10/3633 S. 10). Eine Förderung von nicht im Eigentum des Steuerpflichtigen stehenden Wohnungen auf fremdem Grund und Boden war daher ersichtlich nicht gewollt.

2. Da die Klägerin das Gebäude nicht aufgrund eines dinglichen Rechts oder nur zu einem vorübergehenden Zweck (§ 95 BGB) errichtet hatte, wurde zunächst die Mutter der Klägerin zivilrechtlich Eigentümerin des Gebäudes (§§ 93, 94, 946 BGB). Die Klägerin erlangte auch kein wirtschaftliches Eigentum an dem Gebäude. Insbesondere bei einander nahestehenden Personen kann wirtschaftliches Eigentum des Nutzens nur angenommen werden, wenn ihm aufgrund eindeutiger Abmachungen mit dem zivilrechtlichen Eigentümer eine Stellung eingeräumt wäre, aufgrund deren er wie ein Eigentümer über das Gebäude verfügen könnte (BFHE 158, 361, BStBl II 1990, 368, m. w. N.). Derartige Vereinbarungen haben die Kläger im Streitfall nicht nachgewiesen. (Wird ausgeführt.)

Wirtschaftliches Eigentum läßt sich im Streitfall auch nicht aus anderen Gesichtspunkten herleiten. Zutreffend hat das FG dargelegt, daß weder das Einverständnis der Mutter mit der Baumaßnahme noch der der Klägerin zustehende Anspruch gegen die Mutter auf Ersatz ihrer Aufwendungen (§§ 951, 812 BGB), noch die jederzeit widerrufliche Vermächtnisanordnung den Herausgabeanspruch der Mutter wertlos erscheinen ließen oder seine Entstehung verhinderten. Die Vermietung der von der Klägerin nicht selbst bewohnten Wohnung im eigenen Namen und für eigene Rechnung begründete ebenfalls kein wirtschaftliches Eigentum; die Mutter wurde dadurch nicht an der Verfügung über das Grundstück einschließlich des aufstehenden Gebäudes gehindert.

3. Nicht nur die Inanspruchnahme eines Abzugsbetrages nach § 10 e Abs. 1 EStG, sondern auch der Vorkostenabzug nach § 10 e Abs. 6 EStG setzt zumindest wirtschaftliches Eigentum an der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung voraus. Denn die vor Beginn der erstmaligen Nutzung zu eigenen Wohnzwecken entstandenen Aufwendungen sind nach § 10 e Abs. 6 EStG nur abziehbar, wenn sie unmittelbar mit der Anschaffung oder Herstellung einer Wohnung i. S. des Absatzes 1, also einer Wohnung im eigenen Haus oder einer eigenen Eigentumswohnung zusammenhängen. Die Klägerin hat die von ihr hergestellte (fremde) Wohnung im Dezember 1989 zu Eigentum erworben. Die vor Bezug entstandenen Aufwendungen hängen jedoch nicht mit der Anschaffung der eigenen, sondern mit der Herstellung der fremden Wohnung zusammen. Zwar hat der Senat in seinem Urteil vom 11.3.1992 X R 113/89 (BFHE 167, 396, BStBl II 1992, 886) bei vor Bezug entstandenen Reparaturaufwendungen einen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Anschaffung genügen lassen. Ein unmittelbarer Zusammenhang liegt aber 1 1/2 Jahre nach Bezug der Wohnung nicht mehr vor.

## F.

### Beurkundungs- und Notarrecht

29. BNotO § 24 Abs. 1 Satz 1 (Ampflichten eines Notars bei Entwurf eines privatschriftlichen Vertrages)

**Die Ampflicht des Notars beim Entwurf eines privatschriftlichen Vertrages richtet sich nach dem Betreuungsauftrag. Sie erstreckt sich auf eine auftragsgerechte, zweckmäßige und rechtlich zuverlässige Gestaltung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts; dafür soll der Notar den übereinstimmenden Vertragswillen der Beteiligten erforschen, sie über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Vertragserklärungen klar und unzweideutig in seinem Entwurf wiedergeben.**

**Der Notar darf, nachdem die Beteiligten seinen Vertragserwurf gebilligt haben, ihn inhaltlich nur verändern, wenn er vor der Unterzeichnung auf die Änderung hinweist und deren Bedeutung erläutert.**

BGH, Urteil vom 5.11.1992 — IX ZR 260/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

### III. Hinweise für die Praxis

#### 1. Einzelfragen zur Anwendung des Zinsabschlaggesetzes

Schreiben des BMF vom 26. 10. 1992 — IV B 4 — S 2000  
— 252/92 —

Aufgrund der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zu Einzelfragen zur Anwendung des Zinsabschlaggesetzes ab 1. 1. 1993 wie folgt Stellung:

##### 1 Zufluß von Kapitalerträgen

Zinsen fließen als regelmäßig wiederkehrende Einnahmen dem Steuerpflichtigen nach § 11 Abs. 1 Satz 2 EStG in dem Jahr zu, zu dem sie wirtschaftlich gehören. Die wirtschaftliche Zugehörigkeit bestimmt sich nach dem Jahr, in dem sie zahlbar, d. h. fällig sind, unabhängig davon, für welchen Zeitraum die Zinsen gezahlt werden oder wann die Gutschrift tatsächlich vorgenommen wird. Auch bei auf- und abgezinsten Kapitalforderungen ist für den Zufluß nicht der Zeitraum maßgebend, für den die Zinsen gezahlt werden, sondern der Zeitpunkt der Fälligkeit.

Das Jahr der wirtschaftlichen Zugehörigkeit ist bei allen Zinsen, die zu Beginn des Jahres 1993 fällig sind, das Jahr 1993, auch wenn diese Zinsen bereits im Jahr 1992 gutgeschrieben werden. Umgekehrt ist kein Steuerabzug von Zinsen vorzunehmen, die Ende 1992 fällig sind und erst in den ersten Tagen des Jahres 1993 gutgeschrieben werden.

Vor dem 1. 1. 1993 fällige Zinsen aus festverzinslichen Wertpapieren sind auch dann im Jahr 1992 dem Gläubiger zugeflossen, wenn der Zinsschein erst im Jahr 1993 oder später zur Einlösung vorgelegt wird. Nach § 44 Abs. 1 i. V. m. § 52 Abs. 28 EStG ist deshalb in diesen Fällen von den Zinsen der Zinsabschlag nicht einzubehalten.

##### 2 Auszahlende Stelle im Sinne des § 44 Abs. 1 EStG

###### 2.1 Mehrstufige Verwahrung von Wertpapieren

Wertpapiere werden vielfach nicht nur von dem Kreditinstitut verwahrt, bei dem der Steuerpflichtige sein Depot unterhält, sondern auch — z. B. im Falle der Giro-sammelverwahrung — bei der Wertpapiersammelbank (Deutscher Kassenverein). Auszahlende Stelle im Sinne des § 44 Abs. 1 EStG ist bei mehrstufiger Verwahrung das depotführende Kreditinstitut, das als letzte auszahlende Stelle die Wertpapiere verwahrt und allein die individuellen Verhältnisse des Steuerpflichtigen (z. B. Freistellungsauftrag, NV-Bescheinigung) berücksichtigen kann.

###### 2.2 Einlösung von auf- oder abgezinsten Wertpapieren im Tafelgeschäft

Auf- und abgezinsten Wertpapiere kennen keine Zinsscheine; Stammrecht und Zinsansprüche werden in einer Urkunde verkörpert. Der Zinsabschlag beträgt ab Veranlagungszeitraum 1993 bei Fälligkeit (Einlösung) in den Fällen des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa EStG (Depotverwahrung) 30 v. H. und in den Fällen des § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb EStG (Tafelgeschäft) 35 v. H. (§ 43 a Abs. 1 Nr. 4 EStG).

Nur bei Veräußerung oder Abtretung von auf- oder abgezinsten Wertpapieren im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG vor Fälligkeit unterliegen die dabei vereinnahmten „Stückzinsen“ erst ab 1. 1. 1994 dem Zinsabschlag (§ 52 Abs. 28 Satz 2 EStG).

###### 2.3 Steuerliche Behandlung von Stückzinsen im Rahmen von Tafelgeschäften

Einnahmen aus der Veräußerung von Zinsscheinen (Stückzinsen) unterliegen unabhängig davon, ob sie mit (§ 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG) oder ohne (§ 20 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe b EStG) Stammrecht veräußert werden, nur dann erst ab 1. 1. 1994 dem Zinsabschlag (§ 52 Abs. 28 Satz 2 EStG), wenn sie vor Fälligkeit der Zinsscheine veräußert werden.

###### 2.4 Gutschriften zugunsten von ausländischen Personengesellschaften

Gläubiger der Kapitalerträge bei einem auf den Namen einer Personengesellschaft geführten Konto sind die Gesellschafter. Vom Zinsabschlag kann deshalb nur dann abgesehen werden, wenn es sich bei allen Gesellschaftern um Steuerausländer handelt.

Wird dagegen im Inland ein auf den Namen einer Personhandelsgesellschaft lautendes Konto geführt, die weder Sitz, Geschäftsleitung noch Betriebsstätte im Inland hat, ist der Zinsabschlag wegen der Ausländer-eigenschaft nicht vorzunehmen.

##### 3 Umfang und Zeitpunkt des Steuerabzugs

###### 3.1 Bundesschatzbriefe Typ B

Bei Bundesschatzbriefen Typ B fließen die Erträge dem Steuerpflichtigen in dem Zeitpunkt zu, in dem entweder die Endfälligkeit erreicht ist oder die Titel an die Bundesschuldenverwaltung zurückgegeben werden. Dem Zinsabschlag unterliegt demnach am Ende der Laufzeit oder bei Rückgabe des Titels der gesamte Kapitalertrag. Dem steht die Übergangsregelung des BMF-Schreibens vom 30. 10. 1989 — IV B 4 — S 2252 — 310/89 — (BStBl I S. 428) nicht entgegen, nach der dem Steuer-

pflichtigen für vor dem 1.1.1989 erworbene Bundesschatzbriefe das Wahlrecht eingeräumt worden ist, bei der Veranlagung zur Einkommensteuer entsprechend der früheren Verwaltungsregelung weiter die jährliche Besteuerung zu wählen.

Bei Bundesschatzbriefen Typ B, bei denen der Zinslauf am 1. Januar beginnt, ist der Zinsabschlag ebenfalls bei Fälligkeit, d.h. am 1. Januar, abzuziehen. Auf Antrag kann der Steuerpflichtige jedoch im Rahmen der Veranlagung zur Einkommensteuer bei Erträgen aus vor dem 1.1.1993 erworbenen Bundesschatzbriefen Typ B mit Zinslauf ab 1. Januar die Besteuerung entsprechend der Verwaltungsregelung vom 9.2.1981 — IV B 4 — S 2252 — 6/81 — wählen. Danach kann in Verbindung mit der Verwaltungsregelung in Tz. 2.4 des BMF-Schreibens vom 20.12.1988 (BStBl I S. 540) der Zufluß des gesamten Kapitalertrags bereits am 31. Dezember des siebten Kalenderjahres angenommen werden. In diesem Fall wird der im achten Kalenderjahr erhobene Zinsabschlag auf die Einkommensteuer des siebten Kalenderjahres angerechnet.

### 3.2 Höhe des steuerpflichtigen Ertrags bei Finanzierungsschätzen und unverzinslichen Schatzanweisungen

Dem Zinsabschlag ist der Brutto-Kapitalertrag zugrunde zu legen; er ist in der Steuerbescheinigung auszuweisen. Dies ist z. B. nicht möglich bei Finanzierungsschätzen und unverzinslichen Schatzanweisungen des Bundes, die bei einer Emission während einer gewissen Zeitdauer mit unterschiedlichen Ausgabepreisen begeben werden und deshalb beim Anleger entsprechend dem Kaufdatum zu einem unterschiedlichen Ertrag führen. In diesen Fällen muß deshalb für jede Emission eine einheitliche Bemessungsgrundlage für die Erhebung der Kapitalertragsteuer bestimmt werden.

Aus Vereinfachungsgründen ist es nicht zu beanstanden, wenn für die Erhebung des Zinsabschlags und die Ausstellung der Steuerbescheinigungen bei Erträgen aus Finanzierungsschätzen der höchste Ausgabekurs (= der niedrigste Ausgabeabschlag) je Begebungsmonat und bei unverzinslichen Schatzanweisungen der höchste Ausgabekurs (= der niedrigste Ausgabeabschlag) je Emission zugrunde gelegt wird.

### 3.3 Vorschußzinsen nach § 22 Abs. 3 KWG

Nach § 22 Abs. 1 Satz 2 KWG können von Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist ohne Kündigung bis zu 2 000 DM für jedes Sparkonto innerhalb von 30 Zinstagen zurückgefordert werden. Werden darüber hinaus Spareinlagen ausnahmsweise vorzeitig zurückgezahlt, so ist nach § 22 Abs. 3 Satz 1 KWG der zurückgezahlte Betrag als Vorschuß zu verzinsen. In derartigen Fällen kann der Zinsabschlag von dem saldierten Zinsbetrag (Habenzinsen abzüglich Vorschußzinsen) erhoben werden, weil es sich bei der vorzeitigen Rückzahlung einer Spareinlage nicht um ein Darlehen des Kreditinstituts an den Sparer handelt. Das ergibt sich daraus, daß die Mindesthöhe der Vorschußzinsen in § 22 Abs. 3 Satz 2 KWG vorgeschrieben ist, daß die Vorschußzinsen nach einer seit 1972 vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen gebilligten Handhabung weder den Betrag der Habenzinsen übersteigen dürfen noch für einen längeren Zeitraum als 2 1/2 Jahre berechnet werden und daß die Spareinlage in jedem Fall unangetastet bleibt, weil von ihr keine Zinsbeträge abgezogen werden.

### 3.4 Zinsabschlag bei Zinsen aus Kontokorrentkonten

Bei Zinsen aus Kontokorrentkonten ist der Zinsabschlag nicht auf der Grundlage des Saldos am Ende des jeweiligen Abrechnungszeitraums, sondern von den einzelnen Habenzinsbeträgen vor der Saldierung zu erheben.

### 3.5 Umrechnung von Währungsbeträgen

Bei in Fremdwährung bezogenen Kapitalerträgen aus Fremdwährungsanleihen und Fremdwährungskonten ist sowohl für die Gutschrift als auch für den Zinsabschlag der Devisenkurs der jeweiligen Fremdwährung zugrunde zu legen, der am Tag des Zuflusses der Kapitalerträge gilt. Fließen derartige Kapitalerträge in Deutscher Mark zu, ist dieser Betrag Grundlage des Zinsabschlags.

## 4 Freistellungsauftrag / NV-Bescheinigung

### 4.1 Freistellungsvolumen

Für die Frage, in welchem Umfang vom Steuerabzug nach § 44 a Abs. 1 EStG Abstand genommen werden darf, sind auch Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs. 1 Nr. 2 EStG und solche, für die eine Vergütung von Körperschaftsteuer nach §§ 36 b oder 36 c EStG in Betracht kommt, in das Freistellungsvolumen einzubeziehen.

### 4.2 NV-Bescheinigung und Freistellungsauftrag

Von der Finanzverwaltung bereits nach geltendem Recht ausgestellte NV-Bescheinigungen sind von den Kreditinstituten auch im Hinblick auf den ab 1993 zu erhebenden Zinsabschlag zu berücksichtigen, solange ihre Geltungsdauer nicht abgelaufen ist oder sie nicht widerrufen worden sind.

Nach § 36 b Abs. 2 EStG ist die NV-Bescheinigung unter dem Vorbehalt des Widerrufs mit einer Geltungsdauer von höchstens drei Jahren auszustellen; sie muß am Schluß eines Kalenderjahres enden.

Der Widerruf einer NV-Bescheinigung dürfte in der Regel mit Wirkung ab Beginn des folgenden Kalenderjahres ausgesprochen werden. Sollte die Geltungsdauer in Widerrufsfällen ausnahmsweise während des Jahres enden und der Steuerpflichtige im Anschluß daran einen Freistellungsauftrag erteilen, muß im Hinblick auf das noch zur Verfügung stehende Freistellungsvolumen (Sparer-Freibetrag) berücksichtigt werden, in welcher Höhe zuvor während des Kalenderjahres der Zinsabschlag unterblieben ist und etwaige Anträge auf Erstattung von Kapitalertragsteuer und Vergütung von Körperschaftsteuer gestellt worden sind oder noch gestellt werden.

Wird dagegen neben einem Freistellungsauftrag oder nach dessen Widerruf eine NV-Bescheinigung vorgelegt, ist es unerheblich, in welchem Umfang zuvor eine Abstandnahme vom Zinsabschlag vorgenommen wurde und Anträge auf Erstattung/Vergütung gestellt worden sind.

### 4.3 Errichtung von Konten auf den Namen eines nicht verfügbaren Gläubigers

Nach § 44 a Abs. 6 EStG ist u. a. Voraussetzung für die Abstandnahme vom Steuerabzug, daß Einlagen und Guthaben beim Zufluß von Einnahmen unter dem Namen des Gläubigers der Kapitalerträge bei der auszahlenden Stelle verwaltet werden. Die Abstandnahme

setzt also Identität von Gläubiger und Kontoinhaber voraus. Auf die Verfügungsberechtigung kommt es nicht an; denn Gläubiger von Kapitalerträgen kann auch sein, wer nicht verfügungsberächtigt ist.

#### 4.4 Freistellungsaufträge für mehrere rechtlich selbständige Kreditinstitute

Bei Kreditinstituten ist es teilweise üblich, Geldkonten von Kunden bei den Ortsbanken zu führen, Depotkonten derselben Kunden aber aus Gründen der Rationalisierung bei anderen rechtlich selbständigen Einrichtungen (Zentralinstitute). In diesen Fällen muß jeder der beiden auszahlenden Stellen ein Freistellungsauftrag erteilt werden, um die Abstandnahme vom Steuerabzug zu erreichen.

#### 4.5 Freistellungsauftrag bei Ehegatten

Ehegatten, die unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sind und nicht dauernd getrennt leben, können nur gemeinsam Freistellungsaufträge erteilen. Der gemeinsame Freistellungsauftrag kann sowohl für Gemeinschaftskonten als auch für auf den Namen nur eines der Ehegatten geführte Konten oder Depots erteilt werden.

Die Kreditinstitute können bei Entgegennahme eines gemeinsamen Freistellungsauftrags von Ehegatten auf die Richtigkeit der gemachten Angaben grundsätzlich vertrauen, sofern ihnen nichts Gegenteiliges bekannt ist; bei grob fahrlässiger Unkenntnis ergeben sich Haftungsfolgen. Die Kreditinstitute müssen jedoch darauf achten, daß der Freistellungsauftrag korrekt ausgefüllt, insbesondere die Unterschrift des Ehegatten geleistet wird.

#### 5 Freistellungsaufträge von Vereinen usw.

Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen steht bei Einkünften aus Kapitalvermögen der Werbungskosten-Pauschbetrag von 100 DM (§ 9 a Nr. 2 EStG) und der Sparer-Freibetrag von 6 000 DM (§ 20 Abs. 4 EStG) zu. Sie können deshalb auf demselben Vordruck wie natürliche Personen einen Freistellungsauftrag erteilen, wenn das Konto auf ihren Namen lautet. Dies gilt u. a. auch für nichtrechtsfähige Vereine (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG), nicht aber für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts.

Ein nichtrechtsfähiger Verein liegt vor, wenn die Personengruppe

- einen gemeinsamen Zweck verfolgt,
- einen Gesamtnamen führt,
- unabhängig davon bestehen soll, ob neue Mitglieder aufgenommen werden oder bisherige Mitglieder ausscheiden,
- einen für die Gesamtheit der Mitglieder handelnden Vorstand hat.

Das Kreditinstitut hat sich anhand einer Satzung der Personengruppe zu vergewissern, ob die genannten Wesensmerkmale gegeben sind.

#### 6 Zinsen aus Mietkautionen

Mit der Vereinbarung im Mietvertrag, dem Vermieter für dessen etwaige nachvertragliche Ansprüche eine Geldsumme als Sicherheit zu leisten, trifft der Mieter eine Vorausverfügung über die Zinsen, die ihm nach § 550 b Abs. 2 Satz 2 BGB zustehen und die Sicherheit erhöhen. Die Zinsen fließen dem Mieter deshalb zu dem Zeit

punkt zu, zu dem sie vom Kreditinstitut auf dem vom Vermieter für die Sicherheit eingerichteten Konto fällig werden, und sind vom Mieter zu versteuern.

Für das Verfahren zur Bescheinigung des von den Zinsen einbehaltenen Zinsabschlags gilt folgendes:

1. Hat der Vermieter ein für das Kreditinstitut als Treuhandkonto erkennbares Sparkonto eröffnet, wie es seinen Verpflichtungen nach § 550 b Abs. 2 BGB entspricht, und weiß das Kreditinstitut, wer der Treugeber ist, hat es die Steuerbescheinigung auf den Namen des Treugebers auszustellen. Der Vermieter hat dem Mieter die Steuerbescheinigung zur Verfügung zu stellen (§ 34 Abs. 1 und 3 AO), damit er die Zinsen versteuern und den einbehaltenen Zinsabschlag auf seine Einkommensteuer anrechnen lassen kann.
2. Hat das Kreditinstitut von dem Treuhandverhältnis Kenntnis, ohne zu wissen, ob der Kontoinhaber Anspruch auf die Zinsen hat, ist die Steuerbescheinigung auf den Namen des Kontoinhabers auszustellen und mit dem Vermerk „Treuhandkonto“ zu versehen. Auch in diesem Fall hat der Vermieter dem Mieter die Steuerbescheinigung zur Verfügung zu stellen.
3. Werden die Mietkautionen mehrerer Mieter auf demselben Konto angelegt, ohne daß dem Kreditinstitut die Treugeber (= Mieter) bekannt sind, ist die Steuerbescheinigung auf den Namen des Kontoinhabers (= Treuhänders) auszustellen und mit dem Vermerk „Treuhandkonto“ zu versehen. Der Vermieter als Vermögensverwalter im Sinne des § 34 AO ist verpflichtet, gegenüber seinem Finanzamt eine Erklärung zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte aus Kapitalvermögen der Mieter (§ 180 AO) abzugeben.

#### 7 Zinsen aus der Anlage von Instandhaltungsrücklagen von Wohnungseigentümergeinschaften

Die Beteiligten einer Wohnungseigentümergeinschaft erzielen mit den Zinsen aus der Anlage der Instandhaltungsrücklage gemeinschaftliche Einnahmen aus Kapitalvermögen. Diese sind grundsätzlich nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO einheitlich und gesondert festzustellen.

Der Verwalter ist aufgrund der Verpflichtungen, die ihm das Wohnungseigentumsgesetz auferlegt, als Vermögensverwalter i. S. des § 34 AO anzusehen. Die obersten Finanzbehörden halten es deshalb im allgemeinen für vertretbar, gem. § 180 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AO von einer gesonderten Feststellung der von der Wohnungseigentümergeinschaft erzielten Zinsen aus der Anlage der Instandhaltungsrücklage abzusehen, es reicht vielmehr aus, daß der Verwalter die anteiligen Einnahmen aus Kapitalvermögen nach dem Verhältnis der Mieteigentumsanteile aufteilt und dem einzelnen Wohnungseigentümer mitteilt.

Soweit Kapitalerträge erzielt wurden, von denen der Zinsabschlag einbehalten und abgeführt wurde, gilt folgendes:

Die Anrechnung des Zinsabschlags bei dem einzelnen Beteiligten ist nur möglich, wenn neben der Mitteilung des Verwalters über die Aufteilung der Einnahmen und des Zinsabschlags eine Ablichtung der Steuerbescheinigung des Kreditinstituts vorgelegt wird.

Bedeutet dieses Verfahren allerdings für die Wohnungseigentümer und den Verwalter keine beachtliche Erleichterung, so muß im Einzelfall in Erwägung gezogen werden, die Kapitalerträge nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO einheitlich und gesondert festzustellen. Dabei wird das für die gesonderte Feststellung zuständige Finanzamt auch den entrichteten und anzurechnenden Zinsabschlag ermitteln und den Wohnsitz-Finanzämtern die auf den einzelnen Wohnungseigentümer entfallenden Steuerbeträge mitteilen. In diesem Fall sind die Original-Steuerbescheinigungen dem Feststellungs-Finanzamt einzureichen; Ablichtungen der Steuerbescheinigungen für die Wohnungseigentümer sind nicht erforderlich.

#### 8 Zinsabschlag bei Erträgen aus Notaranderkonten

Zu der Frage, ob die Bescheinigung über den Zinsabschlag bei Notaranderkonten auf den Namen des formell berechtigten Notars oder auf den Namen des materiell berechtigten Beteiligten ausgestellt werden soll und wie bei mehreren Berechtigten zu verfahren ist, gilt folgendes:

1. Für ab 1.1.1993 dem Zinsabschlag unterliegende Kapitalerträge aus Notaranderkonten ist die Steuerbescheinigung vom Kreditinstitut auf den Namen des Kontoinhabers auszustellen und durch den Hinweis „Anderkonto“ zu kennzeichnen.
2. Der Notar leitet das Original dieser Steuerbescheinigung an den Berechtigten weiter. In den Fällen, in denen auf der Steuerbescheinigung des Kreditinstituts der Hinweis „Anderkonto“ fehlt, erteilt der Notar dem Berechtigten zusätzlich eine Bestätigung darüber, daß er für ihn treuhänderisch tätig war. Der Berechtigte hat die Steuerbescheinigung und die Bestätigung dem für ihn zuständigen Finanzamt vorzulegen.
3. Wenn die auf dem Notaranderkonto erzielten zinsabschlagpflichtigen Zinsen zeitanteilig auf Verkäufer und Käufer entfallen, stellt der Notar eine der Anzahl der Beteiligten entsprechende Anzahl beglaubigter Abschriften der Originalbescheinigung her und vermerkt auf der an den jeweiligen Beteiligten auszuhändigenden Abschrift, in welcher Höhe er diesem Zinsen gutgeschrieben hat. Die Berechtigten haben diese beglaubigte Abschrift dem für sie zuständigen Finanzamt vorzulegen.
4. Wenn die auf einem Notaranderkonto erzielten zinsabschlagpflichtigen Zinsen an mehrere Beteiligte auszukehren sind, die nicht zusammen veranlagt werden, gilt folgendes:
  - a) Sind dem Notar die Anteilsverhältnisse bekannt, teilt er die Kapitalerträge und den Zinsabschlag auf die Berechtigten auf; die Ausführungen unter Nr. 3 gelten entsprechend.
  - b) Sind dem Notar die Anteilsverhältnisse nicht bekannt, sind die Kapitalerträge und der hierauf entfallende Zinsabschlag einheitlich und gesondert nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a AO festzustellen.

#### 9 Erstattung des Zinsabschlages in besonderen Fällen

Ist der Zinsabschlag bei Kapitalerträgen, die steuerbefreiten inländischen Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen oder inländischen

juristischen Personen des öffentlichen Rechts zufließen, deswegen einbehalten worden, weil dem Schuldner der Kapitalerträge die Bescheinigung nach § 44 a Abs. 4 Satz 3 EStG nicht vorlag und der Schuldner von der Möglichkeit der Änderung der Steueranmeldung nach § 44 b Abs. 4 EStG keinen Gebrauch macht, gilt folgendes:

Bei den genannten Einrichtungen ist die Körperschaftsteuer grundsätzlich durch den Steuerabzug vom Kapitalertrag abgegolten (§ 50 Abs. 1 KStG). Eine Veranlagung findet nicht statt. Zur Vermeidung von sachlichen Härten wird der Zinsabschlag auf Antrag der betroffenen Organisation von dem für sie zuständigen Betriebsstättenfinanzamt erstattet.

#### 10 Ausgestaltung der Steuerbescheinigung bei der Gutschrift von Ausschüttungen auf inländische Investment-Anteilscheine

Bei Steuerbescheinigungen für Gutschriften von Investorerträgen ist der Zinsabschlag nach demselben Rechenschema zu ermitteln und auszuweisen, das bereits für die nach bisher geltendem Recht anrechenbare Kapitalertragsteuer anzuwenden ist. Danach wird der veröffentlichte zinsabschlagpflichtige Teil der Ausschüttung je Anteilschein mit der Zahl der Anteilscheine vervielfacht, davon wird ein Betrag von 30 v. H. berechnet und dieser kaufmännisch gerundet.

#### 2. Bauherreneigenschaft von geschlossenen Immobilienfonds sowie rechtliche Einordnung der von diesen aufzubringenden Eigenkapitalvermittlungsprovisionen; hier: Anwendung des BFH-Beschlusses vom 4. 2. 1992 — IX B 39/91 — BStBl 1992 II S. 883

Schreiben des BMF vom 5. 10. 1992 — IV B 3 — S 2253 a — 15/92 —

Der BFH vertritt im Aussetzungsbeschuß vom 4. 2. 1992 — IX B 39/91 — die Auffassung, daß die im BFH-Urteil vom 14. 11. 1989 — IX R 197/89 — BStBl II 1990 S. 299 dargelegten Grundsätze zur Abgrenzung des Bauherrn vom Erwerber bei Bauherrenmodellen auch auf geschlossene Immobilienfonds anzuwenden sind. Im Streitfall waren die Initiatoren Gesellschafter der Fondsgesellschaft. Von einem Erwerberfonds müsse in einem solchen Fall jedenfalls dann gesprochen werden, wenn das der Gesellschaft zugrundeliegende Vertragswerk vorformuliert sei und die Initiatoren die Geschäfte der Gesellschaft führen. Aufgrund der gebotenen einheitlichen Betrachtungsweise seien in diesem Falle alle Aufwendungen der Anleger eines geschlossenen Immobilienfonds, einschließlich der Eigenkapitalvermittlungsprovision, als Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu beurteilen.

Nach dem Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind aus diesen Ausführungen keine über den dem Aussetzungsverfahren zugrundeliegenden Einzelfall hinausgehenden Folgerungen zu ziehen.

Die Rechtsmeinung des BFH ist in einem Beschuß zur Aussetzung der Vollziehung ergangen. Nach § 69 Abs. 3 i. V. m. § 69 Abs. 2 FGO ist die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes bereits dann auszusetzen, wenn bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage ernstliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit bestehen. Bis zu einer abschließenden Entscheidung ist weiterhin die rechtliche Beurteilung in Tz. 6 und 7.1 des BMFSchreibens vom 31. 8. 1990 — BStBl I S. 366 — maßgebend.

## IV. St a n d e s n a c h r i c h t e n

### A. M i t t e i l u n g e n

#### Pressemitteilung der Bundesnotarkammer 24. Deutscher Notartag 1993 in Hamburg

Die Bundesnotarkammer veranstaltet vom 16. bis 19. 6. 1993 in Hamburg den 24. Deutschen Notartag. Diese alle vier Jahre stattfindende Fachtagung behandelt aktuelle und bedeutsame Rechtsprobleme, deren Lösung über den Bereich des Notariats hinaus von Bedeutung ist.

In den Fachvorträgen werden folgende Themen behandelt:

1. „Rechtssicherheit und Verbraucherschutz — Form im europäischen und nationalen Recht —“; Notar Dr. Wolfsteiner, Universitätsprofessor Dr. Hofmeister.
2. „Schuldrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung“, Notar Prof. Dr. Brambring, Notar Dr. Amann.
3. „Die GmbH auf dem Weg zur OHG?“, Notar Prof. Dr. Priester.

An die Vorträge schließen sich jeweils Podiumsdiskussionen mit Hochschullehrern, Vertretern aus Justiz und Politik sowie mit Praktikern an.

Der Notartag bietet wiederum besondere Gelegenheit, sich umfassend über notarspezifische EDV-Lösungen zu informieren: während der Dauer der Fachveranstaltungen wird im Congress Centrum Hamburg eine Ausstellung von EDV-Anlagen durchgeführt; als Orientierungs- und Entscheidungshilfe wird die Bundesnotarkammer den Materialienband zum Einsatz von EDV im Notariat in einer überarbeiteten Neuauflage herausgeben, die neben Anforderungsprofilen und Checklisten auch Aussagen zu berufsrechtlichen Fragen des EDV-Einsatzes im Notarbüro enthalten wird.

Teilnahmeberechtigt sind außer allen deutschen Notaren und Notarassessoren auch Interessenten aus den Reihen der übrigen juristischen Berufe. Die Teilnahmegebühr beträgt 380,— DM; für Notarassessoren, Referendare sowie für Begleitpersonen 100,— DM.

Weitere Informationen erteilt die Bundesnotarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1, Telefon-Nr. 25 68 23, Telefax-Nr. 25 68 08.

### B. P e r s o n a l ä n d e r u n g e n

#### 1. *Verstorben:*

Amtsrat im Notardienst Hermann Bauer, Neu-Ulm, gest. 6. 12. 1992

Notar Dr. Dieter Lindner, Rosenheim, gest. 1. 1. 1993

Notar Hans-Peter Hetzel, Sulzbach-Rosenberg, gest. 5. 1. 1993

#### 2. *Es wurden verliehen:*

Mit Wirkung vom 1. 1. 1993:

Bamberg (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notar Dr. Dieter Liedel bisher in Pappenheim
---	--

#### 3. *Versetzungen und sonstige Veränderungen:*

Notar Dr. Manfred Bengel, Fürth wurde zum Honorarprofessor an der Universität in Erlangen-Nürnberg bestellt

Notarassessor Reinhold Rohr, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wischermann) ab 1. 12. 1992 in Speyer (Notarstellen Dr. Ball/Kaempfe)

Notarassessor Hilmar Keller, Erlangen (Notarstelle Dr. Schelter) ab 21. 12. 1992 in Nürnberg (Notarstelle Kleider)

Notarassessor Dr. Dietmar Weidlich, Nürnberg (Notarstelle Schallock) ab 1. 1. 1993 in Fürth (Notarstelle Prof. Bengel)

Notarassessor Günther Bredow, Mühldorf a. I. (Notarstelle Dr. Döhner) ab 15. 1. 1993 auf Verlangen entlassen

Inspektorin i. N. Elisabeth Schwaiger, München (Notarstelle Dr. Stummer/Dr. Schalkhaußer) ab 4. 1. 1993 in Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/Dr. Ohler)

Amtsrat i. N. Oskar Reck, München (Notarstelle Hofmiller) ab 1. 1. 1993 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Gabriela Kaiser, München (Notarstellen Kader/Höfling) ab 1. 11. 1992 ausgeschieden

Amtmann i. N. Hans-Hermann Völlger, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann) ab 1. 1. 1993 ausgeschieden

Oberinspektor i. N. Johann Aicher, Rosenheim (Notarstellen Krause/Schiebel) ab 1. 1. 1993 ausgeschieden

Inspektor i. N. Stefan Rödel, Frankenthal (Notarstelle Seiberth) ab 1. 1. 1993 ausgeschieden