Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse
Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Dr. Hans Wolfsteiner
Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Oliver Vossius
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstr. 35, 80333 München – Gedruckt auf Recyclingpapier

MittBayNot 6
November/ Dezember 1995
Begründet 1864
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

ABHANDLUNGEN

Inhalt und Grenzen der staatlichen Aufsicht über die Notare

von Oberregierungsrat *Dr. Thomas Dickert*, München

Vorbemerkung:

Im Jahr 1965 befaßte sich Schippel in einem Beitrag in der DNotZ[1] grundsätzlich mit dem Spannungsverhältnis von staatlicher „Aufsicht und Unabhängigkeit des Notars". Während der seither verstrichenen 30 Jahre haben der Bundesgerichtshof und einige Oberlandesgerichte dieses Verhältnis anhand einer Vielzahl von Einzelfällen konkretisiert und ausgestaltet. Zuletzt hat der Notarsenat des Bundesgerichtshofs am 9. Januar 1995 in zwei Entscheidungen wichtige Aussagen zu Inhalt und Grenzen der staatlichen Aufsicht über die Notare getroffen. Der folgende Aufsatz ist der Versuch einer systematischen Erfassung und Einordnung von Rechtsprechung und Literatur der letzten 30 Jahre zur staatlichen Notaraufsicht.

I. Unabhängigkeit des Notars und Staatsaufsicht

1. Der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes

Nach § 1 BNotO wird der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und für andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt. Hauptaufgabe des Notars ist danach die Beurkundung von Rechtsvorgängen. Sein Aufgabenbereich geht darüber aber weit hinaus: Der Notar ist umfassender Rechtswahrer auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Durch seine rechtskundige Mitwirkung bei der Gestaltung privater Rechtsbeziehungen schafft er Rechtssicherheit und trägt zur Verhütung von Streitigkeiten bei. Auch mit Rücksicht auf die bereits bis an die Grenzen der Leistungsfähigkeit belasteten Zivilgerichte ist die vorbeugende Streitvermeidung eine wichtige Aufgabe der Notare.

Der Notar übt damit Funktionen aus, die dem Aufgabenbereich des Staates, genauer: der Justiz, zuzuordnen sind. Gerade die Errichtung öffentlicher, mit besonderer Beweiskraft ausgestatteter Urkunden[2] ist eine genuine Staatsaufgabe. Gleichwohl ist der Notar nicht staatlicher Beamter oder Bediensteter des Staates. Er ist andererseits aber auch nicht – wie etwa der Rechtsanwalt oder Steuerberater – bloßer Angehöriger eines freien Berufs. Vielmehr bestimmt § 1 BNotO, daß er Träger eines öffentlichen Amtes ist.[3] Dies gilt nicht nur für den Regelfall des hauptberuflich tätigen Notars (§ 3 Abs. 1 BNotO), sondern in gleicher Weise für den Rechtsanwalt, soweit ihm das Amt eines Notars übertragen wird.

Rechtstechnisch handelt es sich um einen Fall der *Beleihung* einer Privatperson mit einem öffentlichen Amt und mit hoheitlichen Aufgaben.[4] Das BVerfG hat den Beruf des Notars als „staatlich gebundenen Beruf" qualifiziert und hieraus etwa das Recht des Staates abgeleitet, über Form und Anzahl der Notariate zu disponieren. Stellung und Tätigkeit des Notars sind stark dem öffentlichen Dienst angenähert.[5] Vergleichbar ist er letztlich dem Richter, der Aufgaben auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wahrnimmt.[6]

2. Die Unabhängigkeit des Notars

Der Notar ist nicht in den (hierarchischen) Behördenaufbau des Staates eingegliedert, sondern – vergleichbar einem Richter – gegenüber dem Staat, aber auch gegenüber den an den notariellen Rechtsgeschäften beteiligten Personen unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Die Unabhängigkeit des Notars ist zwar – anders als diejenige des Richters (Art. 97 GG) – nicht mit Verfassungsrang ausgestattet. Aus dem Regelungszusammenhang der BNotO und des BeurkG ergibt sich aber auch für das Notaramt der gesetzgeberische Wille, im Interesse einer geordneten Rechtspflege die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Amtsträgers zu wahren.

---

1 DNotZ 1965, 595.

2 § 437 ZPO.

3 Zu den Konsequenzen dieser Feststellung für die Anwendbarkeit von Art. 55 Abs. 1, Art. 66 EWG-Vertrag (keine Niederlassungsfreiheit, kein freier Dienstleistungsverkehr bei Ausübung öffentlicher Gewalt) auf die Tätigkeit des deutschen Notars: *Fischer*, DNotZ 1989, 467/496; viel zu weitgehend: *Basedow*, RabelsZ 55 (1991), 409/425 ff. – Zur Stellung des Notars in den neuen Bundesländern auf der Grundlage der NotVO: *Schippel*, DNotZ 1991, 171/177 ff.

4 *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Auflage 1987, S. 256 Rdnr. 3 und S. 413 Rdnr. 2; *Ronellenfitsch*, DNotZ 1990, 75/76; kritisch *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 9.

5 BVerfGE 16, 6/21; 17, 377; 47, 285/319; 54, 237/246, 250; 73, 280/292; 80, 257/265; BGH, DNotZ 1993, 465/467.

6 *Fischer*, DNotZ 1989, 467/473.

Dies gilt für den Nurnotar ebenso wie für den Anwaltsnotar. Insbesondere den §§ 1, 3 Abs. 1, 9 Abs. 1, 14 BNotO und § 3 Abs. 1 Nr. 5 BeurkG ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die Unabhängigkeit des Notars soweit wie irgend möglich sichern und jeder nur denkbaren Beeinflussung der Unparteilichkeit durch staatliche oder wirtschaftliche Interessen entgegentreten wollte.[7] Die Unabhängigkeit bezieht sich dabei – wie beim Richter – auf den persönlichen und auf den fachlichen Bereich.[8] Hinzu kommt beim Notar die organisatorische Unabhängigkeit; dieser topos trägt dem Umstand Rechnung, daß der Notar nicht auf einen staatlich organisierten Dienstbetrieb zurückgreifen kann, vielmehr seinen Geschäftsbetrieb personell und organisatorisch selbst und eigenverantwortlich auszugestalten hat.[9]

3. Staatsaufsicht als Korrelat der Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Notars bedingt eine strikte Bindung an das Gesetz. Institutionell abgesichert ist diese Bindung unter anderem durch die staatliche Aufsicht über die Notare. Diese soll gewährleisten, daß der Notar seine amtliche Tätigkeit im Einklang mit den bestehenden Vorschriften ausübt. Sie soll verhindern, daß durch Pflichtwidrigkeiten des einzelnen Notars das Ansehen des Notaramtes oder die reibungslose Abwicklung der Amtsgeschäfte gefährdet werden.[10] Wenn der Staat seine Bürger durch Gesetze zwingt, bei bestimmten Rechtsgeschäften die Dienste eines Notars in Anspruch zu nehmen, muß er auch dafür Sorge tragen, daß funktionierende Notariate zur Verfügung stehen.[11]

Die staatliche Aufsicht ist – auch insoweit vergleichbar der Situation bei den Richtern[12] – Spiegelbild, Korrelat der Unabhängigkeit. Ihre Notwendigkeit ergibt sich auch aus dem staatlichen Beleihungsakt. Die Ausgliederung originärer Staatsaufgaben aus dem unmittelbaren Staatsverband entläßt den Staat nicht aus seiner Verantwortung. Durch den Beleihungsakt transformiert die Wahrnehmungsverantwortung zur Überwachungsverantwortung des Staates.[13]

Die Unabhängigkeit steht dem Notar nicht um seiner selbst willen, gleichsam als persönliches Privileg zu; sie besteht ausschließlich im übergeordneten Interesse der Rechtspflege, dessen Beachtung der Staat sicherzustellen hat. Unabhängigkeit des Notars und staatliche Aufsicht über den Notar bedingen und begrenzen sich somit gegenseitig. Zweck und Reichweite der Aufsicht sind stets vor dem Hintergrund und im Lichte des unabhängigen Status des Notars zu verstehen.

Umgekehrt ist es auch Zweck der Aufsicht, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars gegenüber Dritten, insbesondere den Urkundsbeteiligten, und gegenüber sonstigen wirtschaftlichen Interessen zu sichern.

II. Träger der Aufsicht über die Notare

1. Die staatlichen Aufsichtsbehörden

§ 93 BNotO bestimmt, daß die Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare den staatlichen Aufsichtsbehörden obliegt. Diese klare und eindeutige Zuweisung der Aufsichtsverantwortung an staatliche Stellen folgt zwingend aus dem staatlichen Beleihungsakt.

Da den Notaren in erster Linie Aufgaben der Rechtspflege übertragen sind, steht die Aufsicht folgerichtig den Präsidenten der Landgerichte, den Präsidenten der Oberlandesgerichte und der Landesjustizverwaltung zu (§ 92 BNotO). In der Regel zuständig für die Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse im Einzelfall ist der Landgerichtspräsident als untere staatliche Aufsichtsinstanz.[14] Auch soweit Richter auf Lebenszeit mit Notarprüfungen im Einzelfall betraut oder als Notarprüfer auf Dauer bestellt werden und soweit Beamte der Justizverwaltung zur Prüfung der Kostenberechnungen und der Verwahrungsgeschäfte herangezogen werden,[15] bleibt doch stets der Landgerichtspräsident als untere staatliche Aufsichtsinstanz zuständig und verantwortlich (§ 93 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz BNotO).[16]

2. Aufsicht durch die Kammern

Neben den staatlichen Aufsichtsorganen sind die Vorstände der Notarkammern zur berufsständischen Beaufsichtigung der Notare (und Notarassessoren) berufen (= Standesaufsicht, Selbstüberwachung der Notare). Nach § 67 Abs. 1 Satz 2 BNotO hat die Notarkammer unter anderem die Aufgabe, über Ehre und Ansehen ihrer Mitglieder zu wachen und für eine gewissenhafte und lautere Berufsausübung der Notare und Notarassessoren zu sorgen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe stehen ihr die in §§ 74, 75 BNotO genannten Befugnisse zu.

Im Rahmen der Standesaufsicht wird die Kammer gegenüber ihren Mitgliedern hoheitlich als Glied der mittelbaren Staatsverwaltung tätig und ist insoweit auch an die Grundrechte (hier insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG) gebunden. Daraus folgt, daß die Aufzählung der standesaufsichtlichen Eingriffsbefugnisse in §§ 74, 75 BNotO abschließend zu sehen ist. Ein Recht zur Einsicht in verwahrte Urkunden und Verzeichnisse oder gar die Befugnis zur Durchführung von Geschäftsprüfungen steht der Notarkammer nicht zu.[17] Auch die Auferlegung von Berichtspflichten, die über eine einmalige Auskunftserteilung hinausreichen, ist von § 74 BNotO nicht gedeckt. Insoweit ist die Kammer darauf beschränkt, ihre Erkenntnisse der Justizverwaltung zu übermitteln und ggf. gegenüber dieser die Durchführung einer außerordentlichen Geschäftsprüfung oder die Anordnung einer besonderen Berichtspflicht[18] anzuregen.

Nach § 67 Abs. 1 BNotO unterstützt die Notarkammer die Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit. Dies bedeutet weder, daß die Kammer nur Hilfsorgan der Aufsichtsbehörde wäre,[19] noch daß die Standesaufsicht der Kammer einseitig im Dienst

---

7 BVerfGE 54, 237/248. – Die Pflicht des Notars, in voller Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu beurkunden und zu beraten, ist Gemeingut des Notarrechts aller Mitgliedstaaten der EG, vgl. Ziff. 1.2.2. Abs. 2 des Code Européen de Déontologie und *Schippel*, DNotZ 1995, 334/339.

8 *Schippel*, DNotZ 1965, 595/596; zur richterlichen Unabhängigkeit eingehend: *Arndt*, DRiZ 1971, 254.

9 Eingehend *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 143 bis 152.

10 BGH, DNotZ 1974, 372; BGH, Beschluß vom 9.1.1995, Az. NotZ 29/93.

11 *Pfeiffer*, DNotZ 1981, 5/11.

12 *Arndt*, DRiZ 1971, 254/259.

13 *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 141 f.; *Ronellenfitsch*, DNotZ 1990, 75/76 f.

14 *H. Arndt*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 1974, Anm. 5 zu § 92.

15 Sog. Prüfungsbeauftragte, vgl. § 33 DONot.

16 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 28 zu § 93; *Schäfke*, ZRP 1987, 417/419.

17 *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 134.

18 Dazu unten Abschnitt IV, Nr. 2. c).

19 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 22 zu § 67.

der staatlichen Aufsicht stünde. Staatliche Notaraufsicht und Standesaufsicht der Kammer stehen vielmehr selbständig nebeneinander. Gleichwohl existieren vielfältige Überschneidungen und Berührungspunkte, die eine vertrauensvolle Zusammenarbeit und gegenseitige Unterstützung im übergeordneten Interesse der Rechtspflege geboten erscheinen lassen.

Die Pflicht zur Zusammenarbeit kann je nach Sachlage die folgenden Ausprägungen erhalten:

a) Die Kammer ist zur Verständigung der Aufsichtsbehörde verpflichtet, wenn ihr Pflichtverletzungen eines Notars bekannt werden, die so schwer wiegen, daß eine Ahndung im Wege der Standesaufsicht[20] nicht ausreichend erscheint *(Anzeigepflicht)*.

b) Die Kammer soll die Aufsichtsbehörde von sich aus oder auf Anfrage der Aufsichtsbehörde auf ihr bekannte Umstände hinweisen, auf die im Rahmen einer bevorstehenden Geschäftsprüfung bei einem bestimmten Notar besonders geachtet werden sollte *(Hinweispflicht)*.

c) Die Kammer leistet auf Ersuchen der Justizverwaltung im Rahmen von Geschäftsprüfungen Amtshilfe, indem sie etwa eine aufgetretene schwierige Rechts- oder Tatsachenfrage gutachtlich klärt (§ 67 Abs. 4 BNotO) oder sonst ihre Erfahrung, Sachkenntnis oder auch Rechtsauffassung der Staatsaufsicht zur Verfügung stellt *(Gutachtenserstattung)*.[21]

3. Sonstige Aufsichtsträger

Unberührt von der Amtsaufsicht der Justizbehörden bleiben die Auskunfts- und Prüfungsbefugnisse der Finanzbehörden.[22] Eigenständige Prüfungsbefugnisse stehen auch dem Datenschutzbeauftragten zu.[23]

Hinzu kommen – innerhalb ihres Tätigkeitsbereichs – Prüfungsbefugnisse der Notarkasse (§ 113 Abschnitt I, Abs. 7 Satz 3 BNotO). Soweit bei dem Notar die Kostenberechnung bereits von einem Beauftragten der Notarkasse geprüft wurde, ist die nach § 93 BNotO i. V. mit § 33 Satz 3 DONot vorgeschriebene Prüfung der Kostenberechnung nicht erforderlich (§ 32 Abs. 4 DONot).[24]

4. Überlegungen de lege ferenda

Vor dem Hintergrund vielfacher Vertrauensschadensfälle im Bereich des Anwaltsnotariats sind rechtspolitische Überlegungen laut geworden, der staatlichen Notaraufsicht selbständige Prüfungsbefugnisse der Notarkammern zur Seite zu stellen und die unterstützende Heranziehung erfahrener Notare und privater Wirtschaftsprüfer zu notariellen Geschäftsprüfungen gesetzlich zu ermöglichen.

Derartigen Überlegungen ist eine klare Absage zu erteilen: Eigenständige, vorbeugende oder anlaßbezogene Prüfungsbefugnisse der Notarkammern erscheinen weder notwendig noch zweckmäßig. Eine sachkundige Prüfung der Amtsführung der Notare findet durch die Präsidenten der Landgerichte statt. Neben den Prüfungen durch die Landgerichtspräsidenten und durch die Notarkasse würde es sich um die dritte Prüfung der Amtsführung der Notare handeln. Auch diese weitere Prüfung kann aber einen Schaden durch Veruntreuung oder ein sonstiges arglistiges Verhalten des Notars bzw. seines Personals letztlich nicht verhindern. Vielmehr bestünde die Gefahr, daß die klare Verantwortlichkeit der Justizverwaltung für die Notarprüfungen verwischt würde. Zweckmäßiger und erfolgversprechender ist eine enge und vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen den Präsidenten der Landgerichte und der zuständigen Notarkammer.[25]

Die Möglichkeit, erfahrene Notare dem Landgerichtspräsidenten zur Seite zu stellen, würde – jedenfalls im Bereich des Nurnotariats – auf besonders gelagerte Einzelfälle beschränkt bleiben müssen (Gefahr der Befangenheit, schwierige Interessenlage bei der Prüfung von Kollegen). Vorzuziehen ist eine sachkundige Unterstützung durch die Notarkammer, die im Hinblick auf § 67 Abs. 4 BNotO bereits nach geltendem Recht möglich und – soweit im Rahmen von Geschäftsprüfungen Rechtsfragen grundsätzlicher Art auftauchen – gängige Praxis ist. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht daher nicht.

Rundum abzulehnen sind Vorschläge, Notare zur Vorlage eines durch einen Wirtschaftsprüfer testierten Gesamtabschlusses zu verpflichten. Die Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers würde die staatliche Aufsichtsbefugnis teilweise auf Privatpersonen verlagern und ist mit der Stellung des Notars als unabhängigem Träger eines öffentlichen Amtes, mit dem Wesen der Beleihung und der daraus resultierenden Staatsaufsicht schlechterdings nicht zu vereinbaren. Darüber hinaus wäre es kaum vertretbar, daß auf dem beschriebenen Weg intensiv in die besonders geschützte notarielle Verschwiegenheitssphäre eingedrungen werden könnte.

III. Inhalt, Gegenstand und Grenzen der staatlichen Aufsicht über die Notare

1. Inhalt der Aufsicht

Die staatliche Aufsicht über die Notare folgt aus der staatlichen Justizhoheit. Sie dient der Sicherung der staatlichen Justizgewährungspflicht. Die Notaraufsicht hat im wesentlichen vorbeugenden Charakter *(Beobachtungsfunktion)*.[26]

Die Aufsicht ist aber nicht auf die vorbeugende Verhinderung von Mißständen beschränkt. Ergibt sich, daß ein Notar bei seiner Amtsführung eine Pflichtverletzung begangen hat, kann die Aufsichtsbehörde dies beanstanden und dem Notar aufgeben, den Fehler nach Möglichkeit rückgängig zu machen und künftig zu vermeiden *(Berichtigungsfunktion der Aufsicht)*.[27] Bei schuldhafter Pflichtverletzung[28] kommen disziplinarische Maßnahmen gegen den Notar in Betracht (§§ 95, 96 ff. BNotO).

---

20 Vgl. § 75 BNotO: „ordnungswidriges Verhalten leichterer Art".

21 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 43 ff. zu § 67.

22 *Seybold/Schippel*, a.a.O., Rdnr. 8 ff. zu § 92 und 20 ff. zu § 18.

23 Vgl. etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 30 Abs. 2 Satz 1 BayDSG; BGHZ 112, 178; überholt insoweit *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 135 ff.; anders wohl auch *Seybold/Schippel* a.a.O., Rdnr. 24 zu § 93.

24 Eingehend *Seybold/Schippel*, a.a.O, Rdnr. 12 zu § 113.

25 Siehe oben Abschnitt II, Nr. 2.

26 *H. Arndt*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 1974, Vorbem. zu § 92 und Anm. II. 1 zu § 93; *Arndt*, DRiZ 1971, 254; BGH, DNotZ 1974, 372/373; 1985, 98/100.

27 *H. Arndt*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 1974, Anm. II. 1 zu § 93; BGH, DNotZ 1974, 372. – Beim Richter: Vorhalt und Ermahnung, § 26 Abs. 2 DRiG.

28 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 1 zu § 94.

2. Gegenstand der Aufsicht

Gegenstand der staatlichen Aufsicht über die Notare ist das gesamte Verhalten des Notars. Die Aufsicht bezieht sich damit nicht nur auf die Erfüllung der dem Notar übertragenen Aufgaben und die Beobachtung der ihm obliegenden Amtspflichten (die *Amtsführung* im eigentlichen Sinn). Sie erstreckt sich auch auf das *außerberufliche Verhalten* des Notars (§ 14 Abs. 3 BNotO), soweit dieses auf seine Stellung als öffentlicher Amtsträger Rückwirkungen haben kann.[29]

3. Grenzen der Aufsicht

Inhaltlich ist die Aufsicht begrenzt durch die persönliche, organisatorische und sachliche Unabhängigkeit des Notars (§ 1 BNotO). Die Befugnis und die Pflicht der Justizverwaltung zur Beaufsichtigung der Notare sind im Lichte der Unabhängigkeit auszulegen und umzusetzen. Die Ziele der Aufsicht sind mit der Gewährleistung der notariellen Unabhängigkeit dergestalt zum Ausgleich zu bringen, daß beiden Gesichtspunkten zu optimaler Geltungskraft verholfen wird.[30] Bei jedem Anlaß zum Einschreiten ist die Behörde hinsichtlich des „ob" und hinsichtlich des „wie" der zu treffenden Aufsichtsmaßnahme an das Übermaßverbot[31], den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, strikt gebunden.[32]

4. Dies bedeutet im einzelnen:

a) Die *persönliche Unabhängigkeit* des Notars begrenzt die staatliche Aufsicht über sein außerberufliches Verhalten. Dieses ist der Aufsicht nur zugänglich, wenn und soweit Rückwirkungen auf die Achtung und das Vertrauen gegenüber dem Amt möglich erscheinen (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Wie bei Richtern kann dies insbesondere in Fällen der Begehung strafbarer Handlungen, bei Überschuldung, Spielleidenschaft oder beim Kontakt mit kriminellen Kreisen der Fall sein.

Darüber hinaus legt das Gesetz selbst dem Notar eine Reihe von Pflichten auf, die in erster Linie den außerberuflichen Bereich betreffen und ihn insoweit in vollem Umfang der Staatsaufsicht unterwerfen:

Verbot bestimmter Nebentätigkeiten (§ 8 Abs. 2 BNotO)[33], Beachtung der Residenzpflicht (§ 10 Abs. 2 Satz 2 BNotO)[34], Verbot bestimmter Geschäfte (§ 14 Abs. 4 Satz 1 BNotO), Abschluß einer Berufshaftpflichtversicherung (§ 19a BNotO)[35], Anzeigepflicht bei Entfernung vom Amtssitz (§ 38 BNotO). Auch für das Verhalten von Familienmitgliedern, die seinem Hausstand angehören, ist der Notar verantwortlich (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO).

b) *Die organisatorische Unabhängigkeit* findet ihre Grundlage im Prinzip der beruflichen Selbständigkeit des Notars.[36] Diese beinhaltet im Grundsatz auch die eigenverantwortliche Gestaltung der innerbetrieblichen Organisation im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften.[37] Bezüglich der personellen und sachlichen Ausstattung „seines" Amtes ist der Notar weitgehend frei. Die innerdienstlichen Betriebsabläufe gestaltet er grundsätzlich nach seinem Ermessen.

Das Prinzip der beruflichen Selbständigkeit verbietet es der Aufsicht, den inneren Betrieb des Notariats personell, räumlich oder organisatorisch vorzugeben oder einzuschränken, solange nicht das Vertrauen der Öffentlichkeit in die ordnungsgemäße und unparteiliche Amtsführung Schaden zu nehmen droht. Die diesbezüglichen organisatorischen Mindestanforderungen sind nur zum Teil in der BNotO, überwiegend aber in der DONot[38] bzw. in weiteren Verwaltungsvorschriften der Landesjustizverwaltungen[39] geregelt. Die genaue und vollständige Beachtung der DONot, deren Bestimmungen jeder Notar kennen muß, ist eine aufsichtlich überprüfbare Amtspflicht.[40]

Der staatlichen Aufsicht sind demnach die folgenden Aspekte des innerdienstlichen Betriebsablaufs eines Notariats überantwortet:

Führen und Gestaltung des Amtssiegels, Vorkehrungen gegen Siegelmißbrauch (§ 2 DONot), Bezug der vorgeschriebenen Veröffentlichungsblätter (§ 4 DONot); Verpflichtung der bei dem Notar beschäftigten Personen nach Maßgabe des Verpflichtungsgesetzes[41] (§ 6 DONot), ordnungsgemäße Führung der vorgeschriebenen Listen, Bücher, Akten und Register;[42] Pflichten bei Vertretungen und Verwesungen (§ 34 Abs. 3 bis 5 DONot)[43], Anzeige von Abwesenheit oder Verhinderung

---

29 Zu eng insoweit *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 167 und 221.

30 Herstellung praktischer Konkordanz, vgl. *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage 1988, Rdnr. 317 ff.

31 Geeignetheit (= Zwecktauglichkeit), Erforderlichkeit (= mildestes, zur Zweckerreichung geeignetes Mittel) und Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit i. e. S.) der Maßnahme, vgl. *Hesse*, a. a. O.

32 Zuletzt BGH, Beschlüsse vom 9.1.1995 Az. NotZ 29/93 und VA-Not. 1/94.

33 In Bayern vgl. auch Nr. 6 der JMBek vom 25.10.1991, JMBl. S. 240.

34 OLG München, Beschluß vom 26.7.1990 Az. VA Not 1/90.

35 Im Tätigkeitsgebiet der Notarkasse ist die Überprüfung entbehrlich, da dort alle Notare zwingend von dem Gruppenversicherungsvertrag nach § 113 Abschnitt I Abs. 3 Nr. 5 BNotO (bzw. § 39 Abs. 3 Nr. 3 VONot) erfaßt werden.

36 *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 145, 307 ff.

37 *Kanzleiter*, DNotZ 1972, 519/520; a. A.: *Schippel*, DNotZ 1965, 595/602.

38 Die DONot ist – bezüglich der §§ 1 bis 34 einheitlich geltende – Verwaltungsvorschrift der Landesjustizverwaltungen. Über ihre Geltungskraft besteht im Hinblick auf die Entscheidungen des BVerfG zum anwaltlichen Berufsrecht vom 14.7.1987 (vgl. BVerfGE 76, 171/189 und E 76, 196/205) erhebliche Ungewißheit; vgl. hierzu *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 171. Immerhin hat der BGH noch 1992 festgestellt, daß die DONot für die Notare verbindlich ist; vgl. BGH, DNotZ 1993, 465/467. Nunmehr beabsichtigt der Bundesgesetzgeber, die wichtigsten Berufspflichten der Notare in der BNotO zu regeln. Die ergänzende Konkretisierung der gesetzlich geregelten Pflichten sollen die Notarkammern aufgrund gesetzlicher Ermächtigung in eigener Zuständigkeit durch Satzung vornehmen.

39 In Bayern: JMBek über die Angelegenheiten der Notare vom 25.10.1991, JMBl. S. 240.

40 BGH, DNotZ 1972, 551; DNotZ 1980, 181; DNotZ 1993, 465/467; *Kanzleiter*, DNotZ 1972, 519/521.

41 Vgl. § 1 des Verpflichtungsgesetzes vom 2.3.1974 (BGBl. I S. 469, 547), geändert durch § 1 Nr. 4 des Gesetzes vom 15.8.1974 (BGBl. I 1942).

42 Urkundenrolle, §§ 7–9, § 14, § 34 Abs. 3 DONot; Verwahrungsbuch, § 13 Abs. 2 und 6, § 14; Massenbuch, Anderkontenliste, § 11 Abs. 5, § 13 Abs. 3, 5 und 6, § 14 DONot; Urkundensammlung, § 19 DONot; Generalakten und Nebenakten, § 21, § 22 DONot; Kostenregister, § 15 DONot; Verzeichnis der in Verwahrung genommenen Erbverträge, § 16 Abs. 3 DONot; Sammlung der Wechsel- und Scheckproteste, § 20 DONot.

43 Der Notar darf seine Arbeitskraft durch einen Vertreter nicht vermehren, vgl. in Bayern Nr. 4.2.3 der JMBek. vom 25.10.1991, JMBl., S. 240.

(§ 38 Satz 1 BNotO). Die Beachtung des unmittelbar aus §§ 1, 2 Satz 2, 4 Abs. 1 und 8 BNotO fließenden Werbeverbots für Notare unterliegt uneingeschränkt der staatlichen Aufsicht.[44] Durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen hat der Notar ferner sicherzustellen, daß er die von den Beteiligten zur Vorbereitung der Beurkundung eingereichten Unterlagen persönlich zur Kenntnis nehmen, sich über ihren Inhalt ausreichend unterrichten und sie – soweit erforderlich – bei der Errichtung der Urkunde berücksichtigen kann; der Notar darf keinesfalls dem Büropersonal die Entscheidung darüber belassen, welche Unterlagen für die Beurkundung bedeutsam sein können und welche nicht.[45]

Unzulässig wäre ein Zugriff der Aufsicht etwa auf folgende Gegenstände:

Auswahl und Ausstattung der Geschäftsräume, Gestaltung hausinterner Formulare, Auswahl verwendeter DV-Systeme, Gestaltung der Arbeitsverträge mit den (nicht durch die Notarkasse eingestellten) Angestellten, Aufgabenverteilung innerhalb des Notariats, Gestaltung der innerbetrieblichen Verfahrensabläufe, Ausgestaltung eines Sozietätsvertrags. Soweit im Bereich des Nurnotariats die Bildung von Sozietäten gemäß § 9 Abs. 2 BNotO von einer Genehmigung abhängig ist,[46] unterliegen aber auch Abschluß, Durchführung und Auflösung des Sozietätsvertrags der Prüfung und Überwachung durch die Aufsichtsbehörden.

c) Die *sachliche Unabhängigkeit* betrifft die eigentliche Amtstätigkeit des Notars, insbesondere die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens und die inhaltliche Ausgestaltung der Urkunden im Einzelfall. Die sachliche Unabhängigkeit verbietet zunächst jede Zweckmäßigkeitskontrolle. Staatliche Aufsicht über die Notare ist von vornherein stets nur Rechts- und niemals Fachaufsicht.[47] Aber auch zu einer unbeschränkten Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Aufsichtsbehörde nicht befugt.[48]

Eine Weisung der Aufsichtsbehörde an den Notar, in einer zweifelhaften Rechtslage eine bestimmte Rechtsansicht zu vertreten, wäre rechtswidrig. Die *Rechtsanwendung im Einzelfall* gehört zum Kembereich[49] der sachlichen Unabhängigkeit des Notars.[50] Unzulässig sind damit insbesondere Richtlinien der Landesjustizverwaltung, aber auch der Notarkammer für die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften im einzelnen Beurkundungsfall. Der Notar ist auch nicht verpflichtet, eine in anderer, vergleichbarer Sache ergangene gerichtliche Entscheidung zu befolgen.[51]

Zur Erteilung einer Weisung ist die Aufsichtsbehörde nur befugt, soweit der Notar gegen eine vollkommen eindeutige Rechtsvorschrift verstoßen hat.[52] Im übrigen liegt ein Grund zum Einschreiten bei fehlerhafter Rechtsanwendung nur vor, wenn dem Notar eine schuldhafte Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.[53] Am Verschulden fehlt es bei einer Gesetzesauslegung, die zwar objektiv unrichtig ist, die aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel auf vernünftige Erwägungen gestützt ist; dasselbe gilt, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, die für die Auslegung Zweifel in sich trägt und bei der die Zweifelsfragen noch nicht letztverbindlich ausgetragen sind.[54] Eine schuldhafte Pflichtverletzung ist dem Notar nur dann nachweisbar, wenn er gegen den klaren, bestimmten und vollkommen eindeutigen Wortlaut des Gesetzes verstoßen hat.[55] Dies dürfte ein eher seltener Ausnahmefall sein.

Die dargestellten Grundsätze gelten für die Anwendung und Auslegung des materiellen Rechts ebenso wie für das *Verfahrensrecht*. Die Feststellungen und Entscheidungen bei der Beurkundungstätigkeit[56] werden im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffen. Wie beim Richter die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens dem Kernbereich der sachlichen Unabhängigkeit zuzurechnen ist[57], umfaßt auch die sachliche Unabhängigkeit des Notars den Ablauf des gesamten Beurkundungsverfahrens.

Verfahrensrechtliche Bestimmungen für das notarielle Beurkundungsverfahren enthält neben BeurkG, BNotO und FGG auch die *DONot*. Selbständige verfahrensrechtliche Anforderungen kann diese Länderverwaltungsvorschrift allerdings nicht begründen. Die Verfahrenspflichten gegenüber den Urkundsbeteiligten entstehen ausschließlich durch das Gesetz oder durch freiwillige Übernahme.[58] Die Vorschriften der DONot sind insoweit als Richtlinien, als Orientierungshilfen zur Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu verstehen. Entsprechendes gilt für die von den Notarkammern erstellten standesrechtlichen Richtlinien.[59] Ob letztere im Hinblick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum anwaltlichen Standesrecht[60] überhaupt noch *selbständige* Amtspflichten begründen können, erscheint fraglich.[61] Die Frage bedarf jedoch hier keiner weiteren Klärung.

---

44 BGH, DNotZ 1989, 324; vgl. auch § 2 der Allgemeinen Richtlinien für die Berufsausübung der Notare.

45 BGH, NJW 1989, 586.

46 In Bayern: § 1 der Verordnung zur Regelung von Angelegenheiten auf dem Gebiet des Notarwesens (BayRS 303-1-3-J).

47 *Schippel*, DNotZ 1965, 595/597; *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 221; *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 11 zu § 93.

48 *Bohrer*, a.a.O., Rdnr. 147 und 222; *Kanzleiter*, DNotZ 1972, 519; *Schippel*, a.a.O., 600.

49 Zur Abgrenzung der richterlichen Tätigkeit zwischen „Kernbereich" und „äußerer Ordnung": BGH, DRiZ 1971, 317; 1978, 185; BGHZ 90, 41 ff.; OLG Hamm, DRiZ 1992, 226; KG Berlin, DRiZ 1995, 77; *Horst*, DRiZ 1995, 73. – kritisch: *Arndt*, DRiZ 1974, 248; *Rudolf*, DRiZ 1978, 97; *Louven*, DRiZ 1980, 429.

50 BGH, NJW 1972, 541/542 = BGHZ 57, 351 = DNotZ 1972, 549.

51 BGH a.a.O.

52 BGH, DNotZ 1993, 465/467.

53 BGH, NJW 1972, 541/542.

54 BGH a.a.O.; BGHZ 30, 19; *Arndt*, DRiZ 71, 254/258.

55 BGH a.a.O.

56 §§ 20 bis 22 BNotO, §§ 6 bis 42 BeurkG.

57 *Schmidt-Räntsch*, Deutsches Richtergesetz – Kommentar, 5. Auflage 1995, Rdnr. 8 zu § 25 und Rdnr. 24 zu 26; *Horst*, DöD 1995, 73.

58 *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 181 f; *Kanzleiter*, DNotZ 1972, 519/521; vgl. auch *Zimmermann*, NotZ 1985, 5/7 f.

59 Vgl. insbesondere die von der Bundesnotarkammer aufgestellten Allgemeinen Richtlinien fiir die Berufsausübung der Notare (RLNot) vom 8.12.1982. – Die Befugnis der Notarkammern, für ihren Bereich weitere Richtlinien zu erlassen, ist durch die RLNot nicht eingeschränkt, vgl. OLG München, DNotZ 1984, 519; BayObLG, DNotZ 1984, 250.

60 BVerfGE 76, 171/189 und E 76, 196/205.

61 Der Bundesgesetzgeber plant deshalb die Aufnahme einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Satzungsermächtigung für die Notarkammern in die BNotO.

Sachliche Unabhängigkeit im Bereich des Beurkundungsverfahrens bedeutet:[62]

Der Notar ist frei in der Entscheidung, ob Zeugen oder ein Dolmetscher zum Verfahren zugezogen werden müssen oder ob Zeugen oder Dolmetscher von der Mitwirkung ausgeschlossen sind. Der Notar entscheidet eigenverantwortlich, ob ein Beteiligter mit bestimmten Mängeln behaftet ist, die für das Beurkundungsverfahren von Bedeutung sein können. Die Klärung der Frage, ob ein Beteiligter geschäftsfähig, vertretungsbefugt oder verfügungsberechtigt ist, ob ein Geschäft der behördlichen Genehmigung bedarf, ob Bedenken gegen die Gültigkeit eines Geschäfts bestehen oder ob ein vorgelegter Ausweis die Identität einer Person genügend sicherstellt, unterliegt nicht der Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde. Gleiches gilt für die Entscheidung über den Ausschluß des Notars von der Amtstätigkeit und für Inhalt und Reichweite der Belehrung durch den Notar.[63] Die Erfüllung der Belehrungspflicht als solcher unterliegt dagegen der staatlichen Aufsicht.

Bezüglich der *Gestaltung des Urkundentextes* darf die Aufsichtsbehörde nur die Einhaltung der hierfür geltenden Rechtsvorschriften durch den Notar überwachen. Soweit das Gesetz Vorschriften über den Inhalt der Urkunden enthält[64], darf die Aufsichtsbehörde solche Weisungen erteilen, die durch das Gesetz selbst gedeckt sind. Auf die Gestaltung des Vertragstextes darf sie nicht Einfluß nehmen. Beispielsweise darf sie den Notar nicht anweisen, eine durch Vorlage des Personalausweises erfolgte Identitätsfeststellung in der Niederschrift durch die Aufnahme der Ausweisnummer der ausstellenden Behörde o. ä. zu konkretisieren.[65] Eine solche Weisung findet im Gesetz keine Grundlage; § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG verlangt nur, daß der Notar angibt, durch welches Hilfsmittel er sich Gewißheit über die Identität des Beteiligten verschafft hat; er muß nicht angeben, wie er im einzelnen zu dieser Gewißheit gelangt ist. Der Prüfungsvorgang ähnelt der freien richterlichen Beweiswürdigung.[66]

Die Aufsicht kommt voll zum Tragen, wo das Gesetz selbst dem Notar befiehlt, eine ganz bestimmte Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen:

So darf er keine Beurkundung in eigenen Angelegenheiten vornehmen (§§ 3, 7 BeurkG).[67] Eine Beurkundung außerhalb seines Amtsbereichs und seines Amtsbezirks ist ihm grundsätzlich untersagt (§§ 10 a Abs. 2, 11 Abs. 2 BNotO). Der Notar kann nicht frei darüber entscheiden, ob er bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts die Urkunde in Gegenwart der Beteiligten vorliest oder nicht (§§ 13, 13 a, 14 BeurkG), ob er eine Unterschrift beglaubigt, die weder vor ihm geleistet noch anerkannt wurde oder ob er die in den §§ 17 bis 21 BeurkG vorgeschriebenen Vermerke in die Urkunde aufnimmt. Die vorsätzliche oder systematische Umgehung der Belehrungspflicht (§ 17 BeurkG) ist in vollem Umfang der Aufsicht zugänglich; hierzu gehören insbesondere auch die Fälle einer systematischen Verlagerung vertragswesentlicher Vereinbarungen in Bezugsurkunden (§ 13 a BeurkG), einer systematischen Beurkundung mit vollmachtlosen Vertretern[68] und schließlich der systematischen Beurkundung unter Verwendung isolierter Vollmachten der schutzbedürftigen materiell Beteiligten ohne vorherige schriftliche Belehrung.[69] Der Notar ist ferner dienstrechtlich gehalten, einen entsprechenden Vermerk in die Urkunde aufzunehmen, wenn er Zweifel hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten hat.[70] Zwingend für den Notar sind auch die Vorschriften über die Feststellung des Grundbuchinhalts (§ 21 BeurkG).

Eine Sonderstellung hinsichtlich des Umfangs der staatlichen Aufsicht nimmt die *Verwaltungsverwahrung*[71] durch den Notar ein. Gemäß § 23 BNotO hat der Notar die selbstverständliche Pflicht, ihm zur Verwahrung anvertraute Gegenstände sicher aufzubewahren. Die Verwaltungsverwahrung ist dabei im wesentlichen[72] keine Aufgabe der vorsorgenden Rechtspflege, sondern eine administrative Tätigkeit,[73] die dem Notar aufgrund seiner besonderen Vertrauensstellung zugewiesen ist. Das Verwahrungsverfahren ist nicht gesetzlich geregelt; derzeit enthält die DONot den einzigen Regelungsversuch dieser Materie.[74] Aber auch ohne formell-gesetzliche Rechtsgrundlage ist der Notar in diesem Bereich echter Verwaltungstätigkeit an die bestehenden Verwaltungsvorschriften strikt gebunden.[75] Eine Bindung besteht außerdem an die Weisungen der Beteiligten; auch deren Beachtung ist – anders als im Beurkundungsverfahren – Amtspflicht des Notars.[76] Ihrem Zweck entsprechend wird die staatliche Aufsicht im Bereich der notariellen Verwahrungstätigkeit durch die sachliche Unabhängigkeit des Notars im wesentlichen nicht beschränkt.[77] Vergleichbar ist die Sachlage mit dem Fall, daß einem Richter ganz oder teilweise Aufgaben der Justizverwaltung übertragen sind; die Weisungsbefugnis der Dienstvorgesetzten ist insoweit durch die richterliche Unabhängigkeit weitgehend nicht tangiert.

Zu den der freien Entscheidung des Notars vorbehaltenen Tätigkeiten gehört auch die Berechnung der ihm zustehenden

---

62 Zum Folgenden *Schippel*, DNotZ 1965, 595/601 f.; *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 12 zu § 93; OLG Frankfurt a.M., DNotZ 1989, 640.

63 Dies schließt allerdings haftungsrechtliche Konsequenzen für den Notar bei unzureichender Belehrung nicht aus, vgl. BGH 58, 343; BGH, DNotZ 1973, 240; BGH, DNotZ 1995, 407.

64 Z.B. § 10 Abs. 2, §§ 17 bis 21 BeurkG.

65 OLG Frankfurt, DNotZ 1989, 640.

66 *Keidel/Kuntze/Winkler*, FG-Kommentar Teil B, 12. Auflage 1986, Rdnr. 4 zu § 10. – Vgl. auch § 25 Abs. 1 DONot.

67 Der Schutzzweck der Vorschrift, die das Vertrauen in die Unparteilichkeit des Notars gewährleisten soll, erfordert eine diesem Zweck entsprechende, nicht zu enge Auslegung des Begriffs der „eigenen Angelegenheit", vgl. BGH, DNotZ 1985, 231/232. – Der Notar ist zur Einhaltung von Muß- und von Soll-Vorschriften des BeurkG in gleicher Weise verpflichtet; Soll-Vorschriften stellen lediglich klar, daß von ihrer Beachtung nicht die Wirksamkeit des Geschäfts abhängt, vgl. BT-Drucks. V/3282, S. 24; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FG-Kommentar Teil B, 12. Auflage 1986, Einl. Rdnr. 13.

68 Vgl. § 1 Abs. 2 der Allgemeinen Richtlinien fiir die Berufsausübung der Notare.

69 BGH, Der Betrieb 1992, 1925.

70 Die Überzeugungsbildung selbst unterfällt hingegen der sachlichen Unabhängigkeit.

71 Dokumentation der Amtstätigkeit, Aufbewahrung von Urkunden, sonstigen amtlichen Gegenständen und Verwahrungsgut.

72 Zu Ausnahmen *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 174.

73 Zur Rechtsnatur der Verwahrungstätigkeit des Notars eingehend *P. Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Freiburg 1992, Rdnr. 83 f.

74 Vgl. §§ 11, 12, 13, § 24 DONot – Mit der Übernahme der wichtigsten Bestimmungen in das BeurkG im Zuge der anstehenden Novellierung des Notarrechtes ist zu rechnen.

75 BGH DNotZ 1972, 551/552 und 554.

76 *H. Arndt*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 1974, Anm. II. 3 zu § 23.

Kosten. Die Aufsichtsbehörde kann ihn nicht anweisen, hierbei eine bestimmte Rechtsansicht zu befolgen. Zwar erstreckt sich die Notaraufsicht auch auf die von dem Notar erstellten Kostenrechnungen.[78] Findet die Aufsichtsbehörde Anlaß, eine oder mehrere Kostenrechnungen für unrichtig zu halten oder ihre Richtigkeit zu bezweifeln, ist sie jedoch durch § 156 Abs. 5 KostO in ihren Aufsichtsbefugnissen beschränkt. Im Interesse der sachlichen Unabhängigkeit ist sie darauf beschränkt, den Notar anzuweisen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.[79]

IV. Befugnisse der Notaraufsicht – Aufsichtsmittel

1. Geschäftsprüfungen

a) Die laufende Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare (vgl. § 93 Abs. 1 BNotO) geschieht durch Geschäftsprüfungen in den Amtsräumen des Notars. Die näheren Bestimmungen hierzu enthalten die §§ 32, 33 DONot. Gegenstand der Geschäftsprüfungen ist im Grundsatz der gesamte Bereich, der Gegenstand der staatlichen Aufsicht über die Notare sein kann.[80] Auf das außerberufliche Verhalten des Notars werden sich Geschäftsprüfungen allerdings nur in Ausnahmefällen und nur insoweit erstrecken können, als Anhaltspunkte für die Verletzung von Amtspflichten vorhanden sind.[81]

Die Befugnis (und die Pflicht) zur Vornahme der Geschäftsprüfungen schließt die Befugnis der zuständigen Vertreter der Aufsichtsbehörde zum *Betreten der Geschäftsräume* und zur *Einsichtnahme in die Bücher und Akten* des Notars ein.[82] Das Betretungsrecht tangiert Art. 13 Abs. 1 GG nicht. Zwar schützt dieses Grundrecht über seinen Wortlaut hinaus auch Betriebs- und Geschäftsräume.[83] Im Unterschied zu reinen Wohnräumen sind Geschäftsräume nach ihrer Zweckbestimmung aber in gewissem Umfang dem allgemeinen Publikumsverkehr eröffnet. Soweit diese Widmung für den allgemeinen Verkehr reicht, dürfen auch Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften kontrollieren und zu diesem Zweck die Räume während der üblichen Geschäftszeiten betreten. Die Nichtbeachtung des Zitiergebots des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG in der BNotO ist danach unschädlich.[84]

Über diese bloßen Duldungspflichten hinaus trifft den Notar eine *Pflicht zur aktiven Mitwirkung* bei der Durchführung der Prüfung. Er ist verpflichtet, den Aufsichtsbehörden und ihren Beauftragten seine Bücher und Akten vorzulegen und kann sich diesen gegenüber nicht auf seine Schweigepflicht (§ 18 BNotO) berufen. Die *Vorlegungspflicht* erstreckt sich auf die Urkundenrolle, das Verwahrungsbuch, das Massenbuch, die Urkundensammlung, die Sammelakten für Wechsel- und Scheckproteste, die Generalakten und die Nebenakten[85] sowie Nebenbücher (Kassenbücher, Kontogegenbücher).[86] Der Notar hat darüber hinaus den Prüfern die für den Fortgang der Prüfung erforderlichen *Auskünfte* zu erteilen.[87]

Vorlagepflicht und Akteneinsichtsrecht sind gesetzlich in § 93 Abs. 2 Satz 1 BNotO normiert. Betretungsrecht und Auskunftspflicht ergeben sich – über den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes hinaus – unmittelbar aus § 93 Abs. 1 BNotO. Die Vorschrift ist sprachlich unvollständig und enthält keine erschöpfende Aufzählung der Aufsichtsbefugnisse und der Aufsichtsmittel.[88] Da sie die in erster Linie vorbeugende Verhinderung von Pflichtverletzungen durch den Notar bezweckt, ist von dem gesetzgeberischen Willen auszugehen, der Aufsichtsbehörde all diejenigen Mittel und Befugnisse zur Verfügung zu stellen, die für eine sinnvolle und effektive Erreichung des Gesetzeszwecks erforderlich sind. Daneben auch noch das Institut der Amtshilfe zu bemühen[89], das nach allgemeiner Auffassung ohnedies keine eigenständigen Befugnisse verleiht[90], erscheint überflüssig und gekünstelt.

Vorlegungs- und Auskunftspflicht treffen den Notar nicht nur, wenn und soweit seine Amtsführung zu Beanstandungen Anlaß gibt oder konkret der Verdacht einer Amtspflichtverletzung besteht. Im Rahmen von Geschäftsprüfungen ist ein besonderer Anlaß nicht erforderlich; auch braucht der Prüfer sein Auskunfts- oder Vorlageverlangen nicht besonders zu begründen. Dies folgt ebenfalls aus dem in erster Linie vorbeugenden Charakter der Aufsicht. Lediglich willkürliche Aufsichtsmaßnahmen sind durch § 93 Abs. 1 BNotO nicht gedeckt, wie die Aufsichtsbefugnisse allgemein unter den Vorbehalten der Unabhängigkeit des Notars und der Beachtung des Übermaßverbots (= Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i. w. S.) stehen.

b) *Ordentliche Geschäftsprüfungen* finden in regelmäßigen Zeitabständen von höchstens vier Jahren statt (§ 32 Abs. 1 Satz 1 DONot). Aus besonderem Anlaß kommen während der Prüfungsintervalle daneben *außerordentliche Prüfungen* in Betracht, die sich in der Regel auf Teilbereiche der Amtstätigkeit des Notars, etwa seine Verwahrungstätigkeit, beziehen. Besonderer Anlaß in diesem Sinn können Eingaben und Beschwerden, eingetretene oder behauptete Schadensfälle sowie gegen den Notar bei Gericht eingegangene Amtshaftungsklagen sein. Auch entsprechenden Hinweisen der Notarkammer hat die Aufsichtsbehörde nachzugehen.

Die Aufsichtsbefugnis nach § 93 Abs. 1 BNotO umfaßt in diesem Zusammenhang auch das *Recht, eingehende Be-*

---

77 *M. Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991, Rdnr. 174 zählt die Verwaltungsverwahrung zum „Kernbestand der Aufsicht"; vgl. auch *P. Bräu*, a.a.O., Rdnr. 288 (Seite 349). – Die Argumentation *Zimmermanns* in DNotZ 1985, 5/8, die Abwicklung von Treuhandgeschäften sei „seit jeher ein Kernbereich des notariellen Dienstrechts" und ließe sich zudem aus dem materiellen Recht ableiten, so daß eine Regelung durch bloße Verwaltungsvorschrift die Unabhängigkeit des Notars nicht tangiere, kann dogmatisch nicht überzeugen.

78 § 32 Abs. 2 Satz 3, § 33 Satz 3 DONot.

79 BGH, DNotZ 1974, 372/374; 1985, 98/99; 1988, 254/255; BGH, NJW 1972, 541/542.

80 Siehe oben unter Gliederungspunkt III. 2. bis 4.

81 Zu eng: *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 21 und 24 zu § 93.

82 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 1 zu § 93.

83 BVerfGE 32, 54/68 ff.; 42, 212/219; 76, 83/88.

84 Problematisch dagegen die Begründung des BGH (DNotZ 1993, 468), wonach § 93 Abs. 1 BNotO eine ausreichende Schrankenbestimmung darstelle; bei dieser Sichtweise müßte die BNotO Art. 13 Abs. 1 GG als ein von § 93 Abs. 1 BNotO eingeschränktes Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich zitieren.

85 § 21, § 22 DONot.

86 § 32 Abs. 2 Satz 3 DONot – vgl. auch *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 23 zu § 93.

87 BGH, DNotZ 1974, 372/373; 1993, 465/466.

88 BGH DNotZ 1987, 438/439.

89 So der BGH a.a.O.

90 *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG-Kommentar, 4. Auflage, Rdnr. 5 zu § 4 und Rdnr. 4 ff. zu § 5.

schwerden, Mitteilungen[91] *oder Hinweise über einen Notar entgegenzunehmen, diese auszuwerten; ggf. die erforderlichen Ermittlungen anzustellen*[92] und den Notar zu einer Stellungnahme zu veranlassen[93] (vgl. § 64 a BNotO). Erst wenn das Ergebnis dieser Ermittlungen zur Ausräumung des Verdachts über das Bestehen von Amtspflichtverletzungen nicht genügt, kommt – als ultima ratio – eine außerordentliche Geschäftsprüfung in Betracht; dasselbe gilt, wenn gerade der mit einer solchen Prüfung verbundene Überraschungseffekt ausgenutzt werden soll.

Über die Anforderungen einer derartigen Prüfung und über deren Umfang im konkreten Fall entscheidet die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Notars das Übermaßverbot zu beachten ist. Der Prüfungsumfang hat sich danach auf diejenigen Bereiche zu beschränken, in denen der begründete Verdacht von Amtspflichtverletzungen durch den Notar besteht. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet es darüber hinaus, den Prüfungszeitraum zu weit in die Vergangenheit zu erstrecken.[94]

c) Mit der Frage, ob neben ordentlichen und außerordentlichen Geschäftsprüfungen aus besonderem Anlaß auch *zusätzliche Prüfungen* ohne besonderen Anlaß von § 93 Abs. 1 BNotO gedeckt sind, hatte sich jüngst der Notarsenat des Bundesgerichtshofs zu befassen.[95] Durch Runderlaß vom 19.2.1992 hatte das Hessische Ministerium der Justiz angeordnet[96], daß „unbeschadet der regulären und außerordentlichen Prüfungen nach § 32 Abs. 1 DONot" zusätzliche Prüfungen der von den Notaren betriebenen Verwahrungsgeschäfte stattfinden, die auf eine Auslosung unter den in einem Landgerichtsbezirk zugelassenen Notare zurückgehen.[97]

Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit dieses Aufsichtsmittels bestätigt. § 93 Abs. 1 BNotO räumt den Aufsichtsbehörden das Recht ein, nach ihrem Ermessen Aufsichtsbefugnisse auszuüben und sich hierzu geeigneter Aufsichtsmittel zu bedienen. Von diesem Ermessen haben die Landesjustizverwaltungen durch den Erlaß der *DONot* einheitlich, aber *nicht abschließend* Gebrauch gemacht. Es ist keine Selbstbindung dahingehend eingetreten, daß die Landesjustizverwaltungen an der Einführung zusätzlicher, über § 32 DONot hinausgehender Prüfungen gehindert wären. Eine Ergänzung der DONot ist vielmehr statthaft, wenn und soweit sie im Einklang mit den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege steht.

d) Diese Voraussetzung hat der BGH im konkreten Fall bejaht[98] und sich sodann der Frage zugewandt, unter welchen Voraussetzungen Aufsichtsmaßnahmen – allgemein und im Einzelfall – mit dem *Übermaßverbot (= Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn)* vereinbar sind. Den Ausführungen des BGH, die sich unmittelbar auf die Anordnung zusätzlicher Prüfungen beziehen, kommt für alle Arten von Geschäftsprüfungen Bedeutung zu. Der BGH stellt fest, daß die Aufsichtsbehörde bei Ausübung ihrer Befugnisse rechtlich nicht darauf beschränkt ist, Mittel einzusetzen, deren Erfolg von Anfang an feststeht. Das verwendete Mittel ist schon dann zur Zweckerreichung *geeignet*, wenn es bei verständiger Würdigung den Erfolg als möglich erscheinen läßt. Hieran fehlt es nur dann, wenn die Wirkungslosigkeit offenkundig abzusehen oder später offensichtlich zutage getreten ist. Dies hat der BGH für die verfahrensgegenständlichen zusätzlichen Prüfungen verneint.

Zwischen mehreren, gleich geeigneten Aufsichtsmitteln kann die Behörde nach ihrem freien, gerichtlich nicht überprüfbaren Ermessen wählen. Bei der Prüfung der *Angemessenheit (= Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)* der Maßnahme ist besonders die für den Notar damit verbundene Belastung zu berücksichtigen, die zu dem angestrebten Zweck in engem angemessenen Verhältnis stehen muß. Bei notariellen Geschäftsprüfungen beschränkt sich die Belastung – so der BGH – in der Regel darauf, unter Zeitdruck die erforderlichen Unterlagen (z. B. Verwahrungs- und Kassenbücher, Belege, Kostenrechnungen etc.) zur Einsicht heraussuchen und bereitlegen sowie für Rückfragen zur Verfügung stehen zu müssen. Der BGH weist darauf hin, daß jede Geschäftsprüfung auch den Interessen des betroffenen Notars an der Reinhaltung seines Berufsstandes diene, so daß er die mit Geschäftsprüfungen verbundenen, eher geringfügigen Belastungen oder Unannehmlichkeiten klaglos hinzunehmen habe.

2. Auskunfts- und Berichtspflichten

a) Das Auskunftsrecht der Aufsichtsbehörden gegenüber dem Notar ist nicht auf Zeiten einer turnusmäßigen ordentlichen oder außerordentlichen, gegebenenfalls auch zusätzlichen Geschäftsprüfung sowie auf die Fälle der Feststellung von Pflichtwidrigkeiten beschränkt. Die in § 93 Abs. 1 BNotO normierte Aufsichtspflicht der Justizverwaltung beinhaltet die Verpflichtung zur *laufenden Überwachung* der notariellen Amtstätigkeit. Die Überwachung der Amtsführung der Notare darf sich daher nicht auf Geschäftsprüfungen oder auf Fälle festgestellter Pflichtverletzungen beschränken. Vielmehr ist die Überwachung eine permanente Aufgabe der hiermit betrauten Behörden.[99]

Um die Erfüllung dieser Daueraufgabe zu gewährleisten, verleiht § 93 Abs. 1 BNotO den Aufsichtsbehörden ein *allgemeines Informationsrecht*, dem eine *Auskunfts- und*, soweit sich die Überwachungstätigkeit über eine punktuelle Überprüfung hinaus auf einen längeren Zeitraum erstreckt, eine *Berichtspflicht des Notars* korrespondiert.[100] Die Erfüllung dieser Pflicht kann von der Behörde gegebenenfalls mit disziplinarischen Maßnahmen erzwungen werden.

b) Das Informationsrecht der Aufsichtsbehörde besteht allerdings nicht grenzenlos. Seine Ausübung darf die Unabhängigkeit des Notars nicht über Gebühr beeinträchtigen und muß sich an den Anforderungen des Übermaßverbots (= Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) orientieren.[101]

---

91 Insbesondere auch solche nach Nr. 23 MiStra und (in Bayern) nach Maßgabe der JMBek. vom 6.12.1991 über Mitteilungen von Klagen, Vollstreckungsmaßnahmen u. a. gegen Angehörige rechtsberatender Berufe, JMBl. S. 4.

92 Einvernahme von Zeugen, Einsichtnahme in Akten, Auskunftserholung bei anderen Behörden.

93 *Seybold/Schippel,* Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 4 zu § 93.

94 BGH, DNotZ 1974, 372/373.

95 Beschluß vom 9.1.1995 Az. NotZ 29/93, abgedruckt in: Anwaltsblatt 1995, 312.

96 Hess.JMBl. 1992, S. 120.

97 Nr. 2 des Runderlasses, a.a.O.

98 BGH a.a.O., S. 415.

99 BGH, DNotZ 1987, 438/439; OLG München, Beschluß vom 23.1.1986 Az. VA (Not) 1/85.

100 In Bayern: Nr. 14.2, 3. Absatz der JMBek vom 25.10.1991, JMBl. S. 240.

101 BGH, DNotZ 1974, 372/374; 1987, 438/439.

Dies bedeutet neben der Beachtung der Erfordernisse von Geeignetheit (= Zwecktauglichkeit) und Erforderlichkeit (= Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs) vor allem, daß die Maßnahme zu ihrem angestrebten Zweck, der Überwachung der Amtsführung des Notars im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege, nicht außer Verhältnis stehen darf. Die konkrete Maßnahme muß für den Notar überhaupt, in der betreffenden Zeit und im angeordneten Umfang zumutbar sein.[102] Dabei sind als Belange des Notars unter anderem die Größe des für ihn verursachten Arbeitsaufwands und seine mit der Maßnahme möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen Belastungen in die Abwägung einzustellen. Abwägungsgesichtspunkte sind auch die Größe und die zeitliche Nähe der vermuteten Pflichtverletzung sowie die Intensität einer bestehenden Wiederholungsgefahr.

c) Das Spannungsverhältnis zwischen der Daueraufgabe der Überwachung der notariellen Amtstätigkeit und der Unabhängigkeit des Notars ist jüngst erneut vom *Notarsenat des Bundesgerichtshofs* ausgelotet und konkretisiert worden.[103] Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: Wenn in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsstreit auf die Klage eines Notars hin auch die Justizverwaltung unterlegen ist, würde man den BGH gründlich mißverstehen, wollte man aus seinen Ausführungen ein generelles Verbot der Auferlegung besonderer Berichtspflichten ableiten.

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung betont der BGH, daß der Justizverwaltung bei der Ausübung der Aufsichtsbefugnisse und bei der Wahl der Aufsichtsmittel ein *pflichtgemäßes, aber nicht schrankenloses Ermessen* eingeräumt ist. Mit der dem Notar eingeräumten selbständigen Stellung sei es nicht vereinbar, diesem – ohne daß über die bloße Urkundenzahl hinaus ein Verdacht gegen die Lauterkeit seiner Amtsführung bestünde – *auf unbestimmte Zeit* Rechenschaft darüber abzufordern, wieviel Zeit jede von ihm vorgenommene Beurkundung in Anspruch genommen hat. Zum Kernbestand der beruflichen Selbständigkeit des Notars rechnet der BGH auch die freie Entscheidung über den Umfang der Urkundstätigkeit, der nur durch das Amtsrecht und die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege Grenzen gezogen seien.

Die Anordnung *zeitlich unbefristeter* Berichtspflichten hält der BGH für geeignet, bei dem Notar den Eindruck zu erwecken, ihm werde die Einschränkung seiner Urkundstätigkeit und deren Ausrichtung an der durchschnittlichen Leistungsfähigkeit der Berufsgenossen angesonnen. Wenn ein Anlaß zur Beanstandung der Amtsführung des betreffenden Notars bisher nicht bestanden habe, stelle dies einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine berufliche Selbstverantwortlichkeit dar. Soweit Beschwerden gegen den Notar nicht vorgebracht und Haftungsansprüche gegen ihn weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend gemacht wurden, sei der Erfüllung der Aufsichtspflicht mit der turnusmäßigen Vorlage und Überprüfung der Urkundenrolle Genüge getan; durch Nachfrage könne sich die Behörde weitere Aufklärung verschaffen. Erst wenn und soweit die Auskunft des Notars unzureichend bleibe, dürfe die Behörde weitergehende Berichtspflichten anordnen.

Alternativ zu diesem Weg kann die Aufsichtsbehörde bei einem Notar, dessen Amtsführung zu Beanstandungen bisher keinen Anlaß gegeben hat, auch eine umfassende Berichtspflicht anordnen; diese ist dann aber zeitlich auf einen Beobachtungszeitraum von höchstens drei Monaten zu befristen.

d) Die Anordnung besonderer Berichtspflichten kommt danach – *zusammenfassend* – noch unter folgenden Maßgaben in Betracht:

aa) Besteht kein konkreter Verdacht einer Amtspflichtverletzung und werden etwa lediglich aus dem Geschäftsaufkommen als solchem Schlüsse gezogen, soll sich die Aufsichtsbehörde durch Nachfrage *weitere Aufklärung* verschaffen. Der Notar ist zur Erteilung der erforderlichen (einmaligen) Auskunft verpflichtet. Bleibt die Auskunft unzureichend, kann eine weitergehende Berichtspflicht angeordnet werden.

bb) Alternativ kann die Aufsichtsbehörde auf der Grundlage der jährlichen Geschäftsübersichten auch eine *umfassende Berichtspflicht* anordnen, die zeitlich auf einen Beobachtungszeitraum von *maximal drei Monaten* zu befristen ist.

cc) Die Anordnung einer *unbeschränkten und zeitlich unbefristeten Berichtspflicht* ist nur zulässig, wenn und soweit gegen den Notar der *konkrete Verdacht* besteht, er vernachlässige seine Amtspflichten. Dies ist etwa der Fall, wenn Aufsichtsbeschwerden gegen den Notar vorliegen oder Haftungsansprüche gerichtlich bzw. außergerichtlich geltend gemacht sind.

e) Oberflächlich betrachtet erscheint die Entscheidung des BGH als konsequente Fortführung seiner Rechtsprechung zur Abgrenzung von Staatsaufsicht und notarieller Unabhängigkeit. In seinem Bestreben, die Unabhängigkeit der Notare vor übermäßiger staatlicher Einflußnahme zu schützen, hat der Notarsenat die Daueraufgabe der Überwachung der notariellen Amtstätigkeit aber gerade in einem Bereich deutlich erschwert, in dem die Unparteilichkeit des Notars nicht seitens des Staates, sondern *von Seiten wirtschaftlich übermächtiger Urkundsbeteiligter* besonders gefährdet ist.

Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem sich der Justizverwaltung aufgrund übermäßigen Urkundenaufkommens der Verdacht aufdrängen mußte, daß der Notar seinen gesetzlichen Belehrungspflichten in ausreichendem Umfang schlechterdings nicht mehr nachkommen konnte. Aufgrund eines einfachen Rechenexempels konnte am Bestehen des vom BGH geforderten *konkreten Verdachts* fortlaufender Amtspflichtverletzungen kein vernünftiger Zweifel bestehen. Eine auf drei Monate begrenzte Berichtspflicht ist in einem solchen Fall bei weitem nicht ausreichend, um den Verdacht ausräumen oder bestätigen zu können.

Noch im Jahr 1986 hatte der BGH[104] die Anordnung einer Berichtspflicht ausdrücklich bereits dann für zulässig erklärt, wenn sie ohne Säumnis des Notars möglichen Beanstandungen in der Zukunft nur vorbeugen soll; die Aufsicht habe nämlich im wesentlichen vorbeugenden Charakter. Gefordert hat der BGH mit Recht lediglich einen „begründeten Anlaß" für aufsichtliches Einschreiten; die Anordnung dürfe nicht willkürlich sein.

Ein begründeter Anlaß in diesem Sinn lag der Anordnung der Berichtspflicht in dem vom BGH zuletzt entschiedenen Fall sicher zugrunde. Dabei durfte für die Aufsichtsbehörde auch die Bedeutung der in Rede stehenden Amtspflicht nicht außer Betracht bleiben: Die Belehrungspflicht ist eine der elemen-

[102] BGH a.a.O.

[103] Beschluß vom 9.1.1995 Az. NotZ 24/94, in diesem Heft S. 490

[104] DNotZ 1987, 438.

tarsten Pflichten des Notars im Rahmen des Beurkundungsverfahrens. Steht sie auf dem Spiel, ist besondere Wachsamkeit der Aufsichtsbehörde geboten. Der BGH hat dieser nun ein wichtiges Beobachtungsinstrument teilweise aus der Hand geschlagen.

f) Ausreichend für die Anordnung einer besonderen Berichtspflicht ohne enge zeitliche Befristung dürfte auch künftig der durch konkrete Tatsachen begründete Verdacht sein, der Notar habe Beurkundungstermine an die gewerbsmäßigen Vertreiber von Immobilien so kurzfristig vergeben, daß es diesen ermöglicht wurde, Beteiligte in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit Anwerbegesprächen zur Vornahme einer notariellen Beurkundung zu veranlassen.[105] Mit einer solchen Verfahrensweise erweckt der Notar bei dem rechtsuchenden Publikum den Eindruck, er sei *in die Vertriebsorganisation der Veräußererseite eingebunden* und damit einseitig deren Interessen verpflichtet. Ein derartiger Verdacht rechtfertigt die Anordnung einer monatlichen Berichtspflicht über die Art des jeweiligen Geschäfts, den Zeitpunkt der Terminsvereinbarung, die Person, die den Termin vereinbart hat, die Art der Beteiligung dieser Person sowie Beginn, Dauer und Umfang der Beurkundung. Entsprechendes gilt bei der Vergabe von Beurkundungsterminen „ins Blaue hinein", die es einem Vertragsteil ermöglichen, Überlegungsfristen zu verhindern oder eine Überrumpelungssituation auszunützen.[106]

Wird anläßlich einer Geschäftsprüfung eine größere Anzahl an älteren *unerledigten Veränderungsnachweisen* festgestellt, hat die Aufsichtsbehörde der weiteren Bearbeitung der Veränderungsnachweise besonderes Augenmerk zu widmen. Auch in diesem Fall ist die Anordnung einer besonderen periodischen, zeitlich unbefristeten Berichtspflicht über den Stand der Wegfertigung der Veränderungsnachweise sachgerecht.[107]

g) Die *Dauer der Berichtspflicht*, soweit sie nicht von Anfang an zeitlich befristet wurde, hat sich im Einzelfall am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren. Führt die Auswertung der eingereichten Berichte zur Ausräumung des Verdachts von Pflichtverletzungen durch den Notar, ist diesem eine weitere Aufrechterhaltung der Berichtspflicht nicht zuzumuten. Sie ist aufzuheben.

Verdichtet sich der Verdacht zur Gewißheit, sind entsprechende disziplinarische Maßnahmen zu ergreifen. Auch in diesem Fall endet zunächst die Berichtspflicht. Erst soweit sich konkrete Anhaltspunkte ergeben, daß die disziplinarische Ahndung nichts gefruchtet hat, kommt eine erneute Anordnung in Betracht.

3. Berichtigende Maßnahmen der Notaraufsicht

a) Ergibt sich, daß ein Notar bei seiner Amtsführung eine Pflichtverletzung begangen hat, kann die Aufsichtsbehörde dies beanstanden und dem Notar aufgeben, den Fehler nach Möglichkeit rückgängig zu machen und künftig zu vermeiden (Berichtigungsfunktion der Aufsicht).[108] Dies gilt sowohl bei verschuldeten (vorsätzlichen oder fahrlässigen) wie bei lediglich objektiven Amtspflichtverletzungen.

b) Bei *schuldhaften* Pflichtverletzungen[109] leichterer Art kann die Aufsichtsbehörde gemäß § 94 BNotO eine Mißbilligung aussprechen. Ist die Grenze des § 94 BNotO überschritten, liegt ein Dienstvergehen[110] vor, das im Wege des förmlichen Disziplinarverfahrens zu ahnden ist. Das notarielle Disziplinarrecht ist in wesentlichen Teilen dem der Richter nachgebildet (§§ 96 ff. BNotO). Der Notar kann sein Amt nur in den im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Fällen verlieren.

V. Ausblick

Für das Jahr 1996 steht die seit längerem erwartete Novellierung der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes an. Während für das Nurnotariat im wesentlichen vieles beim alten bleiben wird, will der Bundesgesetzgeber – gegen den Widerstand der Mehrzahl der Länder – den Anwaltsnotaren in weitem Umfang die Eingehung örtlicher, überörtlicher, ja sogar internationaler Sozietäten nicht nur mit anderen Anwaltsnotaren und mit Rechtsanwälten, sondern auch mit Steuerberatern und Patentanwälten ermöglichen. Diese äußerst großzügigen Sozietätsmöglichkeiten, denen typologisch die „law-firm" nach angloamerikanischem Muster zugrundeliegt, bergen enorme Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Anwaltsnotars. Diese berufsmäßige Verknüpfung rückt den Notar in die Nähe des interessenmäßig einseitig dem Mandanten verbundenen Rechts- und Wirtschaftsberaters. Dies ist mit dem öffentlichen Amt des Notars, von dem die BNotO idealtypisch ausgeht, schlechterdings nicht mehr zu vereinbaren. Um einer zunehmenden Entfernung des Anwaltsnotars vom gesetzlichen Leitbild des unabhängigen und unparteilichen Organs der vorsorgenden Rechtspflege entgegenzuwirken, wird künftig den verschiedenen Mitteln und Möglichkeiten der Staatsaufsicht noch größeres Gewicht zukommen als dies schon jetzt der Fall ist. Dabei darf die Aufsicht nicht bei der eigentlichen notariellen Tätigkeit Halt machen; für eine effektive und nachhaltige Aufsicht wird der Gesetzgeber darüber hinaus auch die Kontrolle des Geschäftsgebarens der berufsfremden Sozien des Anwaltsnotars ermöglichen müssen.

---

105 Vgl. OLG München, Beschluß vom 26.1.1995 Az. VA-Not 1/94.

106 OLG München, MittBayNot 1994, 373.

107 BGH, Beschluß vom 14.7.1986 Az. NotZ 7/86; OLG München, Beschluß vom 9.11.1983 Az. Ds Not 1/83; Beschluß vom 23.1.1986 Az. VA(Not) 1/85. – Siehe für Bayern auch Nr. 14.2, 4. Absatz der JMBek vom 25.1.1991 JMBl. S. 240.

108 *H. Arndt*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 1974, Anm. II. 1 zu § 93; BGH, DNotZ 1974, 372. – Beim Richter: Vorhalt und Ermahnung, § 26 Abs. 2 DRiG.

109 *Seybold/Schippel*, Bundesnotarordnung – Kommentar, 6. Auflage 1995, Rdnr. 1 zu § 94.

110 Vgl. § 95 BNotO.

Vier Jahre Deutscher Notarverein

Von Notar a.D. *Dr. Christian Schelter*, Erlangen

Vizepräsident des DNotV bis 30.5.1995

Der am 11. März 1991 in Berlin gegründete und am 24. September 1991 in das Vereinsregister des Amtsgerichts Bonn eingetragene „DEUTSCHE NOTARVEREIN – BUNDESVERBAND DER NOTARE IM HAUPTBERUF e.V." ist ein Kind der (Wieder-)Vereinigung Deutschlands. Während die staatsrechtliche Wiedervereinigung durch den Beitritt der DDR nach Art. 23 GG erfolgte, also durch Aufnahme des ostdeutschen Staates in die Rechtsordnung der Bundesrepublik – was auch die Folge hatte, daß die durch Gesetzgebungsakt der DDR geschaffenen Notarkammern über den Einigungsvertrag Mitglieder der Bundesnotarkammer wurden –, beruht die Gründung des Deutschen Notarvereins (DNotV) wie jede Vereinsgründung des Zivilrechts allein auf dem Konsens der Gründungsmitglieder. Die westdeutschen Notarvereine, also der Bayerische Notarverein, der Verein für das Rheinische Notariat, der Hamburgische, der Badische und der Württembergische Notarverein, haben die Notarbünde in den neuen Bundesländern nicht „aufgenommen", sondern sich mit ihnen unter voller Wahrung der Selbständigkeit zu der größeren neuen Einheit zusammengeschlossen. Wie kam es dazu?

Als sich Ende 1989 die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten öffnete und die Mauer gefallen war, suchten staatliche Notare aus der DDR Kontakte zu grenznahen Notaren in der Bundesrepublik, um deren System, Berufsordnung und Berufsaufgaben näher kennenzulernen. Sie ahnten wohl, daß sich auch in ihrem Beruf in Zukunft etwas ändern würde, daß evtl. ein neuer Anfang bevorstand. Die Kontaktsuche ging nicht, wie manchmal unterstellt wird, von den Nurnotaren der Bundesrepublik aus. Vielmehr drängte es keine geringe Zahl von Notaren der DDR, über ihre berufliche Zukunft nachzudenken und zu überlegen, wie sie diese Zukunft selbstverantwortlich mitgestalten könnten.

Seit 1952 bestand in der DDR ein staatliches Notariat als Teil der Justiz, ausgeübt von ca. 500 Notaren, denen die freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen war, soweit der sozialistische Staat noch Raum dafür bot. Diese Notare mußten eine volle juristische Hochschulausbildung à la DDR wie deren Richter und Staatsanwälte haben. Aber sie waren das fünfte Rad am Wagen der Justiz, was sich nicht nur signifikant in der Besoldung ausdrückte. Sie übten eben keinen „staatstragenden" Beruf aus. Erste Bestrebungen, Verbindung mit den in Kollegien nach sowjetischem Vorbild organisierten Anwälten, etwa 600 an der Zahl, aufzunehmen, zerschlugen sich, weil weder die „handverlesenen" (so *Friedrich Karl Fromme* in der FAZ) Rechtsanwälte mangels spezifischer Ausbildung und Erfahrung das notarielle Arbeitsgebiet zusätzlich übernehmen wollten, noch die Notare aus denselben Gründen die Anwaltstätigkeit. Das Anwaltsnotariat war für die DDR-Notare keine erstrebenswerte Form der weiteren Berufsausübung. Sie waren Nurnotare und wollten es auch bleiben. In dieser Situation war es nur zu verständlich, daß sie Rat und Hilfe bei den westdeutschen Nurnotaren in Bayern, im Rheinland, Saarland, Hamburg, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg suchten. Die machten den reformwilligen Notaren in der DDR zunächst einmal klar, daß sie sich organisieren, also zu Vereinen wie im Westen zusammenschließen müßten, um eine demokratische Legitimation für eine eigene Standespolitik zu erwerben. Der Ratschlag fiel auf fruchtbaren Boden. So wurden im ersten Halbjahr 1990 in allen Ländern der DDR Notarvereine gegründet, die sich Notarbünde nannten und denen die noch verbeamteten Notarinnen (63%) und Notare zum größten Teil beitraten. Damit war ein erstes gemeinsames Sprachrohr geschaffen, das es den Notaren ermöglichte, der ersten frei gewählten Regierung unter Ministerpräsident *de Maizière* ihre Meinung bei der Neuordnung des Notarwesens als unmitttelbar betroffene Berufsangehörige vorzutragen.

Verständlich, daß die im Staatsdienst stehenden Notare zunächst dem württembergischen System zuneigten, da ihnen der Sprung in die freiberufliche Tätigkeit zu riskant dünkte. Als sie aber hörten, daß die badischen und württembergischen Notare mit ihrer Einbindung in den Justizapparat, insbesondere den knappen Haushaltsmitteln, schon lange nicht mehr zufrieden waren und die badischen Notare deshalb offiziell beschlossen hatten, künftig freiberuflich tätig sein zu wollen, setzte sich auch in den Notarbünden die Auffassung durch, ein freiberufliches Notariat wie in Bayern, dem Rheinland, Rheinland-Pfalz, Saarland und Hamburg anzustreben. Daß dieses Ziel nur mit Unterstützung der westdeutschen Vereine zu erreichen sein würde, war allen Beteiligten klar. Nun mußte die Hilfestellung koordiniert werden. Zu diesem Zweck vereinbarten die beiden großen Notarvereine der Bundesrepublik, der rheinische und der bayerische, eine Art „Arbeitsgemeinschaft", der sofort auch die übrigen Notarvereine und Notarbünde beitraten. Das machte den DDR-Notaren Mut und die DDR-Regierung geneigt, die Notare in die freiberufliche Praxis zu entlassen. Den Ausschlag für die Einführung des freiberuflichen Nurnotariats dürfte der europaspezifische, internationale Aspekt gegeben haben, nämlich die Tatsache, daß im kontinentalen Europa wie in den meisten Staaten der übrigen Welt das freiberufliche Nurnotariat vorherrschend ist. Auf diesem Hintergrund wurden die beiden Verordnungen über die „Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis" vom 20.6. u. 22.8.1990 erlassen, die durch den Einigungsvertrag fortgeltendes partielles Bundesrecht wurden.

Nun konnten die dringend notwendigen Hilfsmaßnahmen aus dem Westen einsetzen. Zahlreiche Patenschaften zwischen westdeutschen und DDR-Notaren wurden ins Leben gerufen und individuell gezielt Büromaterial, Büromaschinen und juristische Literatur nach „drüben" transportiert oder finanziert. Noch bevor das westdeutsche Recht durch den Einigungsvertrag auch in den neuen Bundesländern geltendes Recht wurde, stellte sich überraschend heraus, daß die Notarinnen und Notare in der DDR schon westdeutsches Recht kennen mußten, davon aber keine Ahnung hatten. Da hatte doch die *Modrow*-Regierung am 8.3.1990 in der Verordnung über die Gründung, Tätigkeit und Umwandlung von Produktionsgenossenschaften des Handwerks bestimmt, daß sich diese Genossenschaften in Personen- und Kapitalgesellschaften umwandeln können und hierfür das (westdeutsche) HGB, GmbH-Gesetz und Aktiengesetz gelten sollen. Diese Gesetze waren nie ausdrücklich aufgehoben worden, aber hatten keine reale Existenz mehr. Gesellschaftsrecht dieser Art wurde auch an den Hochschulen nicht mehr gelehrt. Wie sollten die

bedauernswerten Notarinnen und Notare dieses ihnen fremde Recht anwenden können? Hier bestand dringender Unterrichtsbedarf, den die westdeutschen Notarvereine organisierten und leisteten. Nach dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages übernahm die Bundesnotarkammer im großen Stil die umfassende Unterweisung der ehemaligen DDR-Notare über das einschlägige Recht der Bundesrepublik im Einvernehmen mit dem Bundesjustizministerium. Was die öffentlich-rechtlichen Kammern einschließlich Bundesnotarkammer nicht leisten konnten, übernahmen die Notarvereine, z.B. die Vermittlung zinsverbilligter Aufbaudarlehen für die Notare in eigener Praxis, wodurch deren Existenzangst erheblich vermindert werden konnte. Es zeigte sich in diesen Monaten eine bis dahin unvorstellbare Solidarität zwischen den westdeutschen und ostdeutschen Nurnotaren, die beide Seiten zu den großartigen Aufbauleistungen stimulierte. Nur so ist es erklärlich, daß das Deutsche Wirtschaftsinstitut in seinem der Bundesregierung vorgelegten Bericht vom Dezember 1991 bereits feststellen konnte, daß im Bereich der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe noch erhebliche Defizite vorhanden sind, ausgenommen im Notariat. Das sollte auch jetzt nicht in Vergessenheit geraten, da wieder ohne Notwendigkeit über die Notariatsverfassung in den neuen Bundesländern nachgedacht wird. Wie sagte doch der große Staatstheoretiker *Montesquieu*: Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.

Die Anwaltsnotare, organisiert in ihren Kammern und dem Deutschen Anwaltsverein, wollten sich mit der Einführung des freiberuflichen Nurnotariats in den neuen Bundesländern nicht abfinden. Sie wollen das vor 40 Jahren untergegangene Anwaltsnotariat wieder aufleben lassen, obwohl es nur noch ein paar wenige ehemalige Anwaltsnotare in der DDR gegeben hat. Von der Notardichte in den alten Bundesländern ausgehend, hätte man ca. 3.500 Anwaltsnotare bestellen müssen, um die Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen sicherzustellen. Das wäre nur durchführbar gewesen, wenn man sie in genügender Zahl und Qualität in den alten Bundesländern gefunden hätte. Eine derartige totale Überfremdung eines Berufsstandes, der mit Land und Leuten vertraut sein sollte, hat Justizminister *Heitmann* (Sachsen) zu recht als untragbar bezeichnet. So stellte eben die Überführung der ca. 450 verbeamteten Notare der ehemaligen DDR in das freiberufliche Nurnotariat – politische Überprüfung vorausgesetzt – die problemloseste Lösung der Reform des Notarwesens in den neuen Bundesländern auch im Interesse der Rechtspflege dar. Der Erfolg bestätigt die getroffenen Entscheidungen. Deshalb wollen auch die Regierungen der fünf neuen Bundesländer am jetzigen Notariatssystem festhalten. Damit kein Zweifel aufkommt: Niemand will umgekehrt am status quo des Anwaltsnotariats etwas ändern. Wo es bei Erlaß der BNotO und Inkrafttreten des Einigungsvertrages bestanden hat, soll es bestehen bleiben, auch in Ost-Berlin.

Der Bundesnotarkammer sind aufgrund ihrer Neutralitätspflicht in mancherlei Beziehungen die Hände gebunden, während der DAV für die Anwaltsnotare verstärkt Interessenpolitik betreiben kann. Deshalb war die Gründung des DNotV als Berufsvertretung der Notare im Hauptberuf die verständliche Folge dieser Herausforderung. Der DNotV etablierte sich rasch. Bereits am 7. Mai 1991 empfing Justizminister *Dr. Kinkel* das Präsidium mit *Dr. Stefan Zimmermann* an der Spitze zum Antrittsbesuch und ließ sich über die Bewältigung der Probleme in den neuen Bundesländern berichten. Ein erstes Bundestreffen der Notarvereine und -bünde fand vom 13.–15. September 1991 in Friedrichroda (Thüringen) statt, auf dem aktuelle Probleme in den neuen Bundesländern diskutiert und ein Vortrag von *Dr. Wolfsteiner* (München) mit dem Thema „Notariat 2000 – Gedanken zur Zukunft unseres Berufsstandes" als Grundsatzreferat richtungweisend empfunden wurden. Die Mitgliederversammlung am 8. Februar 1992 in Dresden erhielt ihre besondere Bedeutung durch die Anwesenheit von Justizminister *Steffen Heitmann*, der über den Aufbau des Notariats in Sachsen berichtete und seine Vorstellung über die weitere Entwicklung vortrug. Mit der Arbeit der Notare zeigte er sich zufrieden und lobte ihren unermüdlichen Einsatz.

Im Rahmen einer Vorstandssitzung am 15. Oktober 1992 in Bonn fand ein Gespräch mit dem Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages *Horst Eylmann* über den Abbau des Arbeitsstaus bei Notaren und Grundbuchämtern in den neuen Bundesländern statt. Auch die Berufsrechtsreform wurde angesprochen. Diese Themen waren auch Gegenstand des Gesprächs anläßlich des Antrittsbesuchs des Präsidiums des DNotV bei Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* am 19. November 1992. Mitgliederversammlungen am 26. März 1993 in Alexisbad bei Harzgerode, am 23. Oktober 1993 in Bad Dürkheim und am 2. Mai 1994 in Berlin beweisen, wie engagiert im DNotV gearbeitet wird.

Die Vorstandssitzung am 30. Januar 1995 stand ganz im Zeichen der „Spitzengespräche" mit den MdB's *Däubler-Gmelin, Eylmann* und *Kolbe* sowie der Bundesjustizministerin über die Berufsrechtsreform. Folgende Forderungen stellte der Deutsche Notarverein auf:

- Keine überörtlichen und interprofessionellen Sozietäten auch für Anwaltsnotare;
- keine Beteiligung von Notaren an Anwalt-GmbH's;
- keine Öffnungsklausel für die neuen Bundesländer;
- keine Verlagerung des Handelsregisters auf die Industrie- und Handelskammern.

Am 5. Mai 1995 reichte der Vorstand eine eingehende Stellungnahme zur Reform des Berufsrechts beim Ministerium in Bonn ein und vertrat die Interessen der hauptberuflichen Notare anläßlich einer zweitägigen Anhörung des Ministeriums in Berlin am 11./12. Mai 1995.

Nicht minder aktiv bewegte sich der DNotV auf dem internationalen Parkett. Die nach dem Zerfall der kommunistischen Herrschaft in Mittel- und Osteuropa einsetzende Erneuerung des öffentlichen Lebens erfaßte auch die dort tätigen bislang staatlichen Notare. Mit großem Elan übernahm das österreichische Notariat die Rolle des Vorreiters und Brückenbauers zunächst zu den südosteuropäischen Nachbarn. Die Europäischen Notartage in Salzburg im Frühjahr 1990 gaben entscheidende Impulse für die Einführung freiberuflicher Notarstellen in Ungarn, Slowenien und anschließend auch in Polen und der Tschechoslowakei. Zum ersten Mal tauchten in Salzburg auch Abgesandte aus dem Justizministerium der DDR auf.

Schon bei den nächsten Notarentagen in Salzburg 1991 saßen 6 Justizminister am „Runden Tisch" und hörten u.a. aufmerksam zu, was der Präsident des DNotV den Reformländern aufgrund der deutsch-deutschen Erfahrungen zur weiteren Entwicklung des Notariat in ihren Ländern zu empfehlen hatte. Dann nahm die Bundesnotarkammer Kontakt zur Justiz und den Notaren in Rußland, der Ukraine, Weißrußland und den baltischen Staaten auf, tatkräftig unterstützt von den Notarvereinen, mit dem Ergebnis, daß in diesen Staaten mittlerweile Notare in eigener Praxis zugelassen sind. Auf

dem Deutschen Notartag 1993 in Hamburg veranstaltete der DNotV in Zusammenarbeit mit der Bundesnotarkammer und der Versicherungswirtschaft ein Osteuropa-Forum, das Delegationen aus allen Reformstaaten zusammenführte und die weitere Zusammenarbeit vertiefte.

Bei der Vorstellung der 1993 ins Leben gerufenen Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit" bedankten sich Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* und Staatssekretär *Funke* für die hervorragende Pionierarbeit, die von der Bundesnotarkammer, dem DNotV und den Notarvereinen beim Aufbau eines freien Notariats in den osteuropäischen Ländern schon geleistet worden ist. Die bereits engen Beziehungen zu den polnischen Notaren unterstreicht die Einladung unseres Präsidenten zu einem internationalen Notarkongreß in Posen im April 1993, auf dem *Dr. Zimmermann* über Aufgaben und Bedeutung des Notars in einem freiheitlichen Rechtsstaat einen vielbeachteten Vortrag hielt. Zum bisherigen Höhepunkt des internationalen Engagements des DNotV wurde die zusammen mit der Notarkammer der tschechischen Republik veranstaltete Prager Notarkonferenz vom 8.–10. September 1994, die unter dem Thema „Aspekte der Einführung einer marktwirtschaftlich orientierten Rechts- und Wirtschaftsordnung im Grundstücks- und Registerrecht" stand. Der tschechische Justizminister, der stellv. russische Justizminister und Delegationen hoher Justizbeamter mit Notarinnen und Notaren aus Rußland, der Ukraine, Polen, Litauen, Lettland, Estland, der Slowakei, Ungarn sowie Slowenien und ein Vertreter des Europarats nahmen daran teil. Der anwesende Präsident der UINL *Schwachtgen* (Luxemburg) zeigte sich beeindruckt von der Entwicklung des freiberuflichen Notariats in diesen Ländern.

Wer wollte angesichts dieser erstaunlichen Aktivitäten und Ergebnisse im nationalen und internationalen Bereich noch bezweifeln, daß die Gründung des DNotV nicht nur zweckmäßig, sondern auch notwendig war?

Bauträgerfragen

Zugleich Besprechung von Gregor Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Auflage 1995

Von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Das erstmals 1993 erschienene Werk von *Basty* über den Bauträgervertrag liegt jetzt in zweiter Auflage vor. Die freundliche Aufnahme, die das Buch allseits gefunden hat (vgl. die Besprechung von *Dietrich* in MittBayNot 1994, 205) hat mit dazu geführt, daß jetzt schon die zweite Auflage angeboten werden kann. Dabei handelt es sich aber nicht um eine übliche Folgeauflage, bei der im wesentlichen nur der Inhalt auf den neuesten Stand gebracht wird. Dazu bräuchte man nach zwei Jahren keine Neuauflage, wenn die Grundaussagen der ersten stimmen. Zwar basiert die 2. Auflage weiter auf ihnen. *Basty* hat aber an der Thematik intensiv weitergearbeitet und nachgedacht und den Mut aufgebracht, zum Teil auch die Systematik der Darstellung zu verändern, um die Brauchbarkeit des Werkes zu verbessern. Vieles wurde neu behandelt und vertieft, was in der ersten Auflage noch relativ kurz angesprochen war. Dadurch ist der Umfang bei leicht vergrößertem Format von 258 auf 304 Seiten angewachsen. Das Umarbeiten und Umgliedern führte zwangsläufig auch dazu, daß die Randnummern neu durchnumeriert werden mußten. Randnummernzitate der ersten Auflage passen so nicht mehr unmittelbar zur zweiten. Es ist wohl anzunehmen, daß das jetzige verbesserte Gliederungsschema bezüglich der Randnummern für Folgeauflagen beibehalten werden kann.

Das grundsätzlich Lobenswerte, das schon *Dietrich* in seiner Besprechung (MittBayNot 1994, 205) zutreffend ausgedrückt hat, soll nicht wiederholt werden. Vielmehr soll hier auf Neuerungen und Veränderungen und im Zusammenhang damit auf einige aktuelle Themen des Bauträgerrechts eingegangen werden.

Anwendung der MaBV

Im Kapitel A III zur MaBV werden in neuen Abschnitten dargestellt: Gewerblichkeit (Rdnr. 11: ab drei Objekten; Tätigkeit der Kommune), Begriff des Bauvorhabens (Rdnr. 12: Problem Ausbau, Erschließungsanlagen), Veräußerung durch Kreditinstitut (Rdnr. 20: nach § 7 MaBV tauglicher Bürge unterliegt nicht MaBV-Beschränkungen), Tausch mit dem Bauträger. Begrüßenswert ist die Behandlung der häufig vorkommenden „Tauschprobleme", wo der Grundstückseigentümer vom Bauträger für den Verkauf des Grundstücks kein Geld, sondern ein Haus oder eine Eigentumswohnung erhält (Rdnr. 22). *Basty* unterscheidet zwischen dem Aufrechnungs- und dem Eigentumsmodell. Bei ersterem wird der Bauträger Eigentümer des ganzen Grundstücks. Da hier eine Abwicklung nach § 3 Abs. 2 MaBV naturgemäß nicht möglich sei, komme nur eine Bürgschaft nach § 7 MaBV in Betracht. Dem ist zuzustimmen. Beim Eigentumsmodell bleibt der Verkäufer Eigentümer der Grundstücksfläche des ihm zu bauenden Hauses (Reihenhaus o. ä.). Hier sei die MaBV nicht anwendbar, weil es am Tatbestandmerkmal „Veräußerung von Grundbesitz" in § 3 MaBV fehle. Beim Wohnungseigentum behalte der Grundstücksverkäufer den für „seine" Wohnung vorgesehenen Miteigentumsanteil, wobei er dann mit dem Bauträger nach § 3 WEG aufteilen müsse. Das ist an sich zwar auch zutreffend. In der Praxis kann aber nur davon abgeraten werden, bei Eigentumswohnungen so zu verfahren. Komplikationen bei der grundbuchmäßigen Abwicklung, der Globalfinanzierung, der Bauherreneigenschaft mit allen ihr zugeordneten Verantwortlichkeiten bis zur Gewährleistung u. ä. sind vorgezeichnet. Indem *Basty* nur die rechtlichen Möglichkeiten aufzeigt, schlägt er diese Abwicklung für das Wohnungseigentum selbst sicher nicht zur Anwendung vor. Vielmehr empfiehlt er beim Eigentumsmodell weitere Sicherungen (Fertigstellungsbürgschaft u. a.).

Hinterlegung letzte Rate

Neue Überlegungen stellt *Basty* in Rdnr. 27 zu der Frage an, ob insbesondere für die letzte Rate, die Fertigstellungsrate, eine Zahlung auf Notaranderkonto vorgesehen werden kann. Wenn der neue § 648 a BGB zur Sicherung der Werklohnforderungen vom Bauunternehmer zu erbringende Vorleistungen stärker sichern will, so sei dem diesbezüglichen § 648 a Abs. 2 Satz 2 BGB leitbildartig zu entnehmen, welche Kautelen der Gesetzgeber für erforderlich hält, um dabei die Interessen des Auftraggebers, insbesondere dessen Zurückbehaltungsrechte, angemessen zu sichern. Der Gedankengang ist – kurz dargestellt – folgender: Der Unternehmer kann für Vorleistungen Sicherheiten verlangen (§ 648 a Abs. 1 BGB). Die Art der Sicherheit schreibt das Gesetz nicht vor. Möglich ist eine Bankbürgschaft (§ 648 a Abs. 2 BGB). Die Bank darf die Bürgschaftssumme an den Unternehmer auszahlen, wenn der Auftraggeber die Forderung anerkannt hat oder zur Zahlung vollstreckbar verurteilt worden ist. Auf den Bauträger übertragen heißt dies: Eine Hinterlegung beim Notar ist auch eine mögliche Sicherheit, wobei die Auszahlung an den Bauträger bei Zustimmung des Käufers oder gegen Vorlage eines vollstreckbaren Urteils zu erfolgen hat. Die Hinterlegungsanweisung ist entsprechend zu formulieren. *Basty* bringt dazu ein Formulierungsbeispiel.

Es stellt sich die Frage, ob die Leitbildanalogie bezüglich § 648 a BGB für den Bauträgervertrag zutrifft. Dafür spricht, daß der Gesetzgeber mit § 648 a BGB die Stellung des Bauunternehmers wegen seiner Vorleistungen deutlich stärken wollte. Warum sollte das, was für alle Bauunternehmer gilt, ausgerechnet beim Bauträger, auf den das Werkvertragsrecht des BGB angewandt wird, nicht wenigstens in seinem Grundgefüge anwendbar sein, besonders im kritischen Moment, wo er das Werk aus der Hand gegeben hat? Dagegen könnte sprechen, daß § 648 a BGB gerade für die Situation geschaffen ist, wo der Unternehmer auf einem ihm nicht gehörenden Grundstück seine Leistungen erbringt, die dann Bestandteil des Grundstücks werden. Allerdings ist die rechtliche Situation beim Bauträger ähnlich: Der Besitz ist übergeben, der Käufer durch eine Eigentumsvormerkung abgesichert, fast schon Eigentümer. Das Gewicht des Eigentums hat sich zu seinen Gunsten wesentlich verschoben. Die Leitbildanalogie würde passen. § 11 Nr. 2 a und Nr. 7 AGBG können da kein Hindernis mehr darstellen, wie *Basty* richtig sieht. Das Problem sehe ich an einer anderen Stelle, nämlich bei der Bürgschaft für die letzte Rate. Wenn in Anlehnung an § 648 a Abs. 2 BGB eine Hinterlegung zugelassen wird, warum dann nicht auch eine Bürgschaft? Das wäre dann allerdings keine Bürgschaft nach § 7 MaBV, sondern eine solche im Sinn des § 648 a Abs. 2 BGB. Die so sehr befehdete Bürgschaft für die

letzte Rate käme durch die Hintertür wieder zurück. Wenn durch die Neufassung des § 7 MaBV im Jahre 1990 durch eine auszulegende Formulierung (kritisch dazu besonders *Speck* in MittRhNotK 1995, 117, 133 ff.), nicht durch ausdrücklichen Wortlaut, der Bürgschaft für lediglich die letzte Rate der Garaus gemacht werden sollte, dann kann einer Bürgschaft in anderem Gewand wohl nicht der Einzug im Bauträgervertrag gestattet sein. Was aber für eine Hinterlegung recht ist, muß für die Bürgschaft billig sein. Mit seinen Gedanken hat *Basty* den Finger in eine Wunde des Bauträgervertrages gelegt, die, wie die beachtlichen Ausführungen von *Speck* zeigen, weiter offen ist. Das Spannungsfeld zwischen MaBV und AGB-Gesetz ist offenbar noch für manche neue Überlegungen gut.

Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung

In Rdnr. 40 behandelt *Basty* das leidige Thema der Vollmacht in Kaufvertrag zur Änderung der Teilungserklärung, wo sich durch die Rechtsprechung des BayObLG die fast absurde Situation ergibt, daß eine aus der Sicht der Vertragsgestaltung an sich sinnvolle fallorientierte Vollmacht sehr eng ausgelegt wird und der Gefahr des Nichtausreichens ausgesetzt ist, so daß praktisch nur noch die unbeschränkte Vollmacht, die von Haus aus gefährlicher ist, übrigbleibt. *Basty* empfiehlt die nach außen unbeschränkte, im Innenverhältnis beschränkte Vollmacht, deren Anwendung vom Notar überwacht wird. Die vom Notar überwachte Vollmacht ist inzwischen zwar ein fester Bestandteil der Kautelarjurisprudenz geworden. Ob sie aber immer, vor allem im Wohnungseigentum, ideal ist, sei dahingestellt. Die Überwachungskriterien müssen dann genau festgelegt werden, denn Verantwortung und Haftung bleiben beim Notar. Wann und wo kann, darf oder muß der Notar die Käufer konkret einschalten? Bei welchen Minimalia nicht, wer trifft die Unterscheidung nach dem Gewicht der Änderung? Das Grundbuchamt darf nach BayObLG keinen unbestimmten Rechtsbegriffen ausgesetzt sein, der Notar soll sie auf welchem Rechtsboden anwenden? Vielleicht gar entsprechend § 10 Nr. 4 AGBG, wo auf die Zumutbarkeit einer Leistungsänderung abgestellt wird? Allerdings wäre eine auch nach innen unbeschränkte Vollmacht kaum tragbar, weil der Käufer allen beliebigen Änderungen durch den Bauträger ausgesetzt wäre, so daß sie wohl AGBG-widrig wäre. Kritisch sollte man m.E. die beliebte Klausel betrachten, wonach die zunächst inhaltlich beschränkte Vollmacht „dem Grundbuchamt gegenüber unbeschränkt" sein soll. Warum nicht gegenüber den sachlich Mitbetroffenen? Diese „Grundbuchklausel" sollte man vermeiden.

Genehmigungsfreie Bauvorhaben

Zum Problem, wie die Fälligkeit eintreten soll, wenn keine Baugenehmigung erforderlich ist, gibt *Basty* in Rdnr. 171 Anregungen und Hilfen. Die dort genannten Fristen sind nicht mehr voll zutreffend, da statt Art. 66 a BayBauO (zitiert in Fußnote 310) jetzt Art. 70 BayBauO mit einer Monatsfrist gilt. Inzwischen ist das Problem durch die Neufassung von § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV gelöst (BGBl. I 1995 S. 1134). Bei der Vertragsvorbereitung wird nunmehr immer zu klären sein, ob eine Baugenehmigung erforderlich ist, was weiterhin in der überwiegenden Zahl der Fälle zutreffen wird. Eine Feststellung in der Urkunde, ob das Bauvorhaben der Genehmigungspflicht unterliegt, ist sinnvoll. Dies zählt zur Aufklärung des Sachverhalts durch den Notar. Nur wenn keine Genehmigungspflicht besteht, ist der sonst übliche Vertragstext auf diese Situation abzustellen.

Raten, Vorauszahlungen

Überarbeitet sind die Ausführungen über die Baufortschrittsraten, die *Basty* jetzt auch unter dem baurechtlichen Begriff „Abschlagszahlungen" behandelt (Rdnr. 176 ff.). Die Raten der MaBV seien insofern zwingend, als von ihnen auch dann nicht abgewichen werden darf, wenn sie konkret wertmäßig eigentlich nicht stimmen (z.B. hoher Grundstückswert). Bei Vorauszahlungen befaßt sich *Basty* in Rdnr. 183 ff. eingehend mit den Problemen des Fördergebietsgesetzes. Hierbei komme man ohne eine Bürgschaft (§ 7 MaBV) nicht aus. Da aber auch bei einer Bürgschaft AGB-rechtlich die Vorleistungspflicht für die Bauleistungen im Formularvertrag nicht abbedungen werden kann, schlägt er umfassende Erfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften vor (Rdnr. 186). Einen Ausweg gewähre allerdings eine Individualvereinbarung für eine freiwillige Vorauszahlung, für die er Formulierungsbeispiele gibt (Rdnr. 188). Es ist nach wie vor ein leidiges Kapitel in einer Rechtsordnung, die eine einheitliche sein sollte, den Bürger aber fast ausweglos zwischen die Stühle von Zivilrecht (AGB), Steuerrecht und MaBV-Recht setzt. Da kann auch der Notar keine Wunder mehr tun.

Altbauten

Vertieft widmet sich *Basty* der Vertragsgestaltung bei Altbauten und der Anwendung der MaBV dazu. Zunächst führt er zutreffend aus, daß es sich bei der Maßnahme am Altbau um ein Bauvorhaben handeln muß (Rdnr. 220). Das setze eine gewisse Intensität und Nachhaltigkeit voraus, so daß bloße Schönheitsreparaturen nicht darunter fallen. Vor allem treffe dies bei der bloßen Aufteilung in Wohnungseigentum nicht zu. Wichtiger Anhaltspunkt für die Beurteilung als „Bauvorhaben" sei nach dem Schutzzweck der MaBV das Verhältnis des Wertes der Werkleistung zur gesamten Vertragssumme. Die Grenze sei dort zu ziehen, wo die baulichen Maßnahmen so geringfügig sind, daß das werkvertragliche Element gegenüber dem kaufvertraglichen ganz in den Hintergrund tritt. Daß es richtigerweise nicht darauf ankommt, ob eine Baugenehmigung erforderlich ist (Rdnr. 221), wird neuerdings auch durch zunehmende Genehmigungsfreiheiten erhellt. *Basty* lehnt es aus seiner Sicht ab, darauf abzustellen, ob es sich um Gewerke des § 3 Abs. 2 MaBV handelt (gegen *Brambring*), ob über § 638 BGB es sich um „Arbeiten an einem Grundstück" oder „Bauwerksleistungen" handelt (gegen *Schulze-Hagen*), oder ob es auf die Einordnung als Bauleistungen in der allgemeinen Definition des § 1 VOB/A ankommt (gegen *Schmidt*). M.E. kann der Maßstab des Wertverhältnisses von *Basty* nicht genügen. Die von ihm geforderte Intensität objektiviert sich in der Bauleistung, der Bauwerksleistung oder am Leistungskatalog des § 3 MaBV. Gerade die zunehmende Tendenz des BGH, viele Arbeiten als Bauwerksleistungen einzuordnen, spricht dafür, diese Betrachtung auch bei der MaBV anzustellen.

Das Problem ist auch bei einer anderen Frage mitangesiedelt, nämlich was mit „entsprechender Anwendung" des Ratenplanes in § 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV gemeint ist. *Basty* vertritt die strenge Auffassung, daß auch bei Sanierungen und Renovierungen von Altbauten auf die Raten der MaBV konkret abzustellen sei. Der Verordnungsgeber hätte sonst „sinngemäß" statt „entsprechend" geschrieben. Dem ist entgegenzuhalten, daß zunächst das Wort „entsprechend" nicht so eindeutig ist und daß die Arbeiten an Altbauten so verschiedenartig sind, daß sie mit den in der MaBV gewählten Begriffen nicht abdeckbar, geschweige denn mit den Prozentsätzen der MaBV immer in Einklang zu bringen sind. „Ent-

sprechend" wird bei *Basty* eigentlich als „genauso" gesehen. Wenn gedacht ist „entsprechend in Rechtsfolgen", dann geht dies nur, wenn auch die Sachverhalte, an die angeknüpft wird, zueinander passen. Das trifft aber hier nicht zu. Was soll man z.B. mit der Rohbaurate bei dem bereits stehenden Haus anfangen? Entsprechend im weiteren Sinn ist so zu verstehen, daß die konkreten Leistungen ingesamt erst mit dem zu berechnenden Wert, z.B. Installationserneuerung, fällig gestellt werden dürfen. Verboten sind damit Teilzahlungen vor ihrer Fertigstellung. Im Gegensatz zu Neubauten werden bei Altbauten häufig und typischerweise Einzelkomplexe in den Gesamtleistungen durchgeführt, z.B. Heizung, Sanitär, Fußböden, Fenster, Außenputz usw. Diese Leistungen sind in sich abzurechnen. Bei Altbauten haben z.B. Malerarbeiten und Außenputz eine besondere Bedeutung, Gewerke, die die MaBV nicht nennt. Die Crux liegt darin, daß der Verordnungsgeber es sich mit der kurzen Ergänzung zur Anwendung auf Altbauten sehr leicht gemacht hat, indem er einfach auf nicht passende Neubautypisierungen Bezug nimmt, anstatt klar auszusagen, was er eigentlich will. Die hier vorgenommene Auslegung und Handhabung hält sich voll und ganz an die Prinzpien der MaBV.

Mehrhausanlagen

Bei Mehrhausanlagen vertritt *Basty* zu Recht die Meinung, daß es für den Baufortschritt auf das einzelne Haus, nicht auf die Gesamtanlage ankommt (Rdnr. 230). Nur für die letze Rate (vollständige Fertigstellung, insbesondere Außenanlagen) gilt grundsätzlich die Gesamtfertigstellung.

Bürgschaft nach § 7 MaBV

Vertieft und erweitert hat *Basty* die Erörterungen zur Bürgschaft nach § 7 MaBV, die zunehmend für die Praxis Bedeutung erlangt. Die Durchleuchtung der Problematik ist besonders wichtig und hilfreich, weil es dazu noch keine grundlegende unmittelbare Rechtsprechung gibt. Das gilt zunächst zur Frage, ob eine solche Bürgschaft die MaBV-rechtliche Abdingung der Ratenzahlung nach Baufortschritt auch zivilrechtlich, genauer AGB-rechtlich beseitigt. *Basty* hält mit guten Gründen daran fest, daß auch die Bürgschaft nicht von dem Grundprinzip der Vorleistungspflicht des Unternehmers, also der Zahlung nach Baufortschritt, entbindet (Rdnr. 234). Natürlich kann man dagegen dogmatische Gegenpositionen vertreten und gut begründen. Sie führen wahrscheinlich genausowenig weiter, wie seinerzeit die Diskussion, ob der Bauträgervertrag ein (reiner) Kaufvertrag oder ein Werkvertrag sei. So wie seinerzeit der BGH Dogmen abhold die Werkvertragslösung durchgesetzt hat (mit allen schlimmen Verästelungen in der Gewährleistung beim Individualvertrag), wird auch bei dem gesetzlichen Leitbildgedanken der Vorleistungspflicht sich der „Verbraucherschutz" durchsetzen. Es gibt keine Anzeichen in der Rechtsprechung des BGH, daß hier eine Lockerung eintreten könnte. Der Notar wird gut daran tun, in seinen Verträgen an den Zahlungen nach Baufortschritt festzuhalten, zumal der Käufer z.B. bei langem Baustillstand kaum an das Bürgschaftsgeld herankommt. Er muß bis zum endgültigen Scheitern des Vertrages warten, was Jahre dauern kann. Das Geld ist gebunden und trägt für ihn nicht die Zinsen, die er sonst hätte. Die Auswirkungen von Vorauszahlungen gegen Bürgschaft können daher gravierend sein. Die fast ausweglosen Fälle der Fördergebiete sind oben schon angesprochen.

In Rdnr. 243 wird der Bürgschaftsvertrag behandelt, in Rdnr. 244 ff. die Verwahrung der Bürgschaft. Dort werden auch die Probleme einer treuhänderischen Verwahrung durch den Notar erörtert. Hält man sich diese vor Augen, führen sie eigentlich dazu, daß der Notar Bürgschaftsverwahrungen ablehnen sollte. Ähnliches gilt für eine Globalbürgschaft. Sie sei zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Mit guten Gründen rät *Basty* von ihr ab (Rdnr. 247 ff.). Auch die übrigen Ausführungen zur Bürgschaft verdienen Aufmerksamkeit.

Austausch und Vermischung von Sicherheiten

Austausch von Sicherheiten ist zulässig, aber keine Vermischung. Das Hauptthema in der Praxis ist hierbei, ob die Zahlung der letzten Rate gegen Bürgschaft verlangt werden kann. Die MaBV betrachtet es als Austausch einer Sicherheit, wenn von § 3 auf § 7 übergewechselt wird, vor allem bei der letzten Rate. Die Bürgschaft muß dann auf die ganze Vertragssumme, nicht nur auf die letzte Rate gegeben werden (Rdnr. 255 m.w.N.). Daran ist zwar wegen des dezidierten Willens des Verordnungsgebers festzuhalten. Ob die Logik stimmt, ist aber eine andere Frage. Austausch bedeutet Hergabe der einen im Tausch gegen eine andere. Auf die letzte Rate angewandt heißt dies, der Käufer erhält eine Bürgschaft über den ganzen Kaufpreis und gibt dafür seine andere Sicherheit in Gestalt der Auflassungsvormerkung auf. Sie müßte gelöscht werden. Die dingliche Sicherheit würde gegen eine problematische schuldrechtliche Position aufgegeben. Mit der Löschung geht auch der Konkursschutz der Vormerkung verloren mit der Folge, daß sich der Käufer in der Problematik des § 17 KO mit einem Konkursverwalter auseinander setzen müßte. Das wird der Interessenlage des Käufers nicht gerecht. Ist er *vor* Einzug durch § 24 KO geschützt, daß er im Konkurs des Bauträgers das unfertige Haus bekommt, so will er *nach* dem Einzug das Haus oder die Wohnung jedenfalls behalten und nicht das verbürgte Geld zurück und ausziehen, wenn der Konkursverwalter es will. Ist doch, um mit dem Ratensatz zu sprechen, ihm gegenüber zu 96,5% erfüllt. Die Logik der Restrate besteht doch gerade darin, daß nach der Haupterfüllung (Übergabe, Abnahme) das Restgeld nur noch die Resterfüllung sichern soll. Warum die MaBV für den auf die Restrate begrenzten Betrag keine Bürgschaft zulassen will, entbehrt daher der inneren Logik und trifft nicht die Interessenlage nach Übergabe des Objekts. Zu dieser Frage kann man dann die oben schon angesprochene Leitbildanalogie zu § 648 a BGB heranziehen, damit das ganze einen Sinn macht. Bei der früheren Fassung der MaBV hat man die Probleme offenbar geahnt und die Schlußrate von der Bürgschaft ausgenommen. Läßt man aber die Vormerkung stehen, obwohl für die letzte Rate eine Bürgschaft auf die ganze Kaufsumme gegeben wird, wäre dies genau die in der MaBV verbotene Vermischung der Sicherheiten. Will die MaBV tatsächlich Steine statt Brot geben? Die MaBV sollte eine Bürgschaft für die Schlußrate mit strengen Vorgaben zulassen, so daß der Käufer relativ einfach wieder zur Einlösung des verbürgten Geldes kommen kann.

Bauleistungen

Verdienstvoll ist das neue Kapitel über Bauleistungen, in dem die Bauverpflichtung, Sonderwünsche und der Fertigstellungstermin behandelt werden. In Rdnr. 303 ff. befaßt sich *Basty* mit der Bedeutung der anerkannten Regeln der Baukunst im Bauträgervertrag. Die gesamte Rechtsprechung und Literatur (Ausnahme *Jagenburg*, zitiert bei *Basty*) steht inzwischen auf dem Standpunkt, daß hierfür der Zeitpunkt der Fertigstellung maßgeblich sei, nicht der der Auftragsvergabe. Die Problematik zeigt *Basty* eindruckvoll an der Wärme-

schutzverordnung auf. Ab 1.1.1995 gelten neue Anforderungen. Was gilt für den Bau, der im Frühjahr 1994 begonnen und ein Jahr später fertiggestellt wurde? Muß während der Bauzeit umgebaut, geändert werden und auf wessen Kosten? *Basty* vertritt die Meinung, daß es beim Bauträger schon wegen des Festpreises nicht sachgerecht sei, auf den Zeitpunkt der Abnahme abzustellen. Maßgebend sei der Vertragsschluß. Dies sei der Zeitpunkt der Kalkulationsbestimmung. Eine neueren Erkenntnissen angepaßte Leistung könne dem Bauträger zu dem festgelegten Preis nicht zugemutet werden. Der Vertragsschluß allein ist m.E. nicht ganz handhabbar. Es müßte ein Vertrag vor oder bei Baubeginn sein. Der Käufer, der kurz vor Fertigstellung kauft, kann dafür nicht in Betracht kommen. So einleuchtend die Argumentation von *Basty* ist, sie widerspricht der gefestigten Rechtsprechung, auch wenn sie bislang, soweit ersichtlich, keine Bauträgerfälle betrifft. Aber auch die entschiedenen Fälle waren nicht weniger gewichtig und haben seinerzeit zu großen Aufregungen geführt, durch die sich die Gerichte aber nicht beeindrucken ließen. Es ist ein heißes Pflaster mit sehr unterschiedlichen, verschiedengewichtigen und vielfältigen Pflastersteinen, so daß man im Vertrag eigentlich keine Festlegung treffen sollte, auf welchen Zeitpunkt abgestellt wird. *Basty* hat das Problem verdeutlicht und damit ein Stück Not des Vertragsgestalters aufgezeigt, der zwischen Scylla und Charybdis hindurchfahren soll.

Sonderwünsche

Die rechtliche und praktische Behandlung von Sonderwünschen ist ein nicht unproblematischer Teil des Bauträgervertrages. In einem neuen Kapitel von über zehn Seiten befaßt sich *Basty* mit ihnen. Dieses Kapitel ist besonders lesenswert, weil hier erstmals systematisch und umfassend darüber geschrieben wird. Die Crux in der Praxis besteht darin, daß nachträgliche Sonderwünsche, die der Bauträger durchführt, trotz Beurkundungspflicht in der Praxis nie beurkundet werden. Dem Problem durch sofortige Mitbeurkundung der Auflassung zu entgehen, um die Beurkundungspflicht auszuschalten, halte ich entgegen *Basty* (Rdnr. 335) kaum für erwägenswert. Problematisch ist die Anwendung der MaBV auf nachträgliche Sonderwünsche, die der Bauträger auszuführen hat. Die MaBV trifft dazu keine unmittelbaren Aussagen, so daß man auf die sinngemäße Anwendung angewiesen ist. Da steht zuerst die Einbeziehung in den Ratenplan an, der nicht immer direkt paßt. Nach *Basty* erhöhen oder mindern Sonderwünsche die geschuldete Vertragssumme, so daß der Ratenplan entsprechend anzupassen ist (Rdnr. 326). Eine Entgegennahme der Vergütung unabhängig von diesem sei nicht gestattet. Wenn der Vertrag vorsehe, daß die Auflassung erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung zu erklären sei, fallen darunter auch Sonderwünsche (Rdnr. 328). Für den Globalgläubiger sei die geschuldete Vertragssumme, die ihn zur Freistellung verpflichte, der Kaufpreis ohne die Sonderwünsche (Rdnr. 332). Da die Vereinbarung nachträglicher Sonderwünsche beurkundungspflichtig sei, sie aber meist nicht beurkundet werden, entstehe die Zahlungspflicht in solchen Fällen erst mit einer Heilung durch Auflassung nach § 313 Abs. 2 BGB (Rdnr. 335). Das ganze Dilemma der Sonderwünsche kommt in den Überlegungen von *Basty* reichlich zum Ausdruck, so daß von Sonderwunschregelungen unmittelbar mit dem Bauträger abzuraten ist. Daß in der Praxis die rechtliche Handhabung meist wenig interessiert, zeigt der Umstand, daß die Rechtsprechung mit Sonderwunschproblemen kaum befaßt ist. Auch findet eine MaBV-Kontrolle dahingehend, ob ein Bauträger Zahlungen für Sonderwünsche gesondert ohne Einbindung in den Ratenplan entgegennimmt oder gar erst nach Beurkundung der Auflassung, kaum statt. Mit der Nichtbeurkundung von Sonderwünschen und Zahlung nach der Ausführung, oft auch Vorauszahlung, außerhalb des Vertragsgefüges des Notars, muß man sich wohl oder übel abfinden. Umso verdienstvoller ist es, daß *Basty* den Blick schärft.

Schlußbemerkung

Manch weiteres Problem aus der Fülle des Werkes könnte noch angesprochen werden. Wenn einiges kritisch betrachtet wurde, dient es nicht zuletzt der Belebung der Diskussion. Der Bauträgervertrag ist in seinem Wesen ein in sich ausgebauter Vertragstyp. Er ist aber nicht starr, sondern stets lebendig. Das zeigt *Basty* eindruckvoll in seinem Buch, das in zweiter Auflage die Eigenschaft eines Standardwerkes angenommen hat, ohne das man im Bauträgerbereich nicht mehr auskommt.

Zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag

Von *Dr. Hans Wolfsteiner*, Notar in München

1. Die Angriffe

Gegen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag[1] sind drei Angriffe geritten worden, zwei davon dürften als erledigt gelten (auch wenn sie immer noch wiederholt werden), die Entscheidung über den dritten ist noch offen.

a) Die Beweislastumkehr.

Gegenstand des ersten Angriffs war der sog. „Nachweisverzicht".[2] Daß schon der Begriff „Nachweisverzicht" wenig glücklich ist, ist schon lange nachgewiesen;[3] dennoch scheint er nicht nur in Rechtsprechung[4] und Rechtsliteratur,[5] sondern auch in der notariellen Praxis unausrottbar. Gefährlich ist der Begriff deshalb, weil er suggeriert, der Käufer („Schuldner" in der Vollstreckungsterminologie) verzichte auf eine Rechtsposition, die ihm eigentlich zustände, während es sich doch nur um die Festlegung des gesetzlich nirgendwo präjudizierten Inhalts des Unterwerfungstitels handelt. Schon logisch kann von einem „Verzicht" bestenfalls, aber auch dann nur mühsam gesprochen werden, wenn man – wie ich[6] – annimmt, es gebe eine *Auslegungsregel* des Inhalts, daß mangels einer ausdrücklichen Erklärung des Schuldners die Vollstreckung abhängig sein solle vom Nachweis all der Umstände, die der Gläubiger zusätzlich zum Inhalt der vollstreckbaren Urkunde zur schlüssigen Begründung einer Klage gleichen Inhalts vortragen müßte und für die ihm dann im Prozeß die Beweislast obliegen würde; eine solche Auslegungsregel ist aber alles andere als allgemein anerkannt.[7] Nachdem der BGH[8] aber noch weit über den Verzichtsbegriff hinausgehend den auf das Klauselerteilungsverfahren bezogenen „Nachweisverzicht" als Vereinbarung einer Beweislastumkehr mißinterpretiert hatte, wurde daraus der Schluß gezogen, es verstoße in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (der Bauträgervertrag hat praktisch immer AGB-Qualität) gegen § 11 Nr. 15 AGBG.[9]

Dies ist inzwischen doppelt widerlegt. Einerseits will wohl der BGH selbst an seiner Auffassung nicht mehr festhalten.[10] Andererseits ist erkannt worden, daß selbst auf der Basis der BGH-Entscheidung ein Verstoß gegen § 11 Nr. 15 AGBG nicht vorliegen kann, weil die Beweislastumkehr nicht Inhalt, sondern gesetzliche Folge der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Nachweisabhängigkeit wäre.[11] Der Angriff über § 11 Nr. 15 AGBGB dürfte sich damit erledigt haben.

b) Der Verstoß gegen § 9 AGBG

Das Argument, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Nachweisanordnung verstoße gegen § 9 AGBG, wird auf verschiedenen Ebenen vorgetragen.

Zunächst war geltend gemacht worden, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung verstoße in allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt und grundsätzlich gegen § 9 AGBG. Für die Praxis abschließend hat der BGH diese Auffassung – mit überzeugenden Argumenten – verworfen.[12] Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist ein von der Rechtsordnung allgemein zur Verfügung gestelltes Institut, dessen Benutzung keinem gesetzlichen Leitbild widerspricht; der BGH hat der Auffassung, der „Vollstreckung erst nach Erkenntnisverfahren" komme gesetzliche Leitbildfunktion zu, ausdrücklich widersprochen.

Darüber hinausgehend wird argumentiert, nicht die Zwangsvollstreckungsunterwerfung als solche, wohl aber der „Nachweisverzicht" verstoße gegen § 9 AGBG; unter den Anhängern dieser These ist streitig, ob nur der „Nachweisverzicht" unbeachtlich, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im übrigen aber wirksam sei[13] oder ob die Unwirksamkeit des Nachweisverzichts die ganze Unterwerfungserklärung erfasse.[14] Darüberhinaus verschwimmen die Argumentationen zu § 9 AGBGB mit denen, die § 11 Nr. 15 AGBG[15] oder auch § 11 Nr. 2 AGBG[16] entsprechend anwenden wollen. Auch diesen Auffassungen hat der BGH[17] bereits eine klare Absage erteilt, indem er es nachdrücklich abgelehnt hat, die Änderungen der prozessualen Lage, die durch die Zwangsvollstreckungsurkunde bewirkt wird, in materielle Unwirksamkeitsgründe umzuwerten. Dies gilt umso mehr, als der BGH auch die Verstärkung der kausalen Schuld durch ein abstraktes Schuldversprechen gebilligt hat, obwohl die Wirkungen des abstrakten Schuldversprechens weit über die Wirkungen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinausgehen.

---

[1] S. *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531.

[2] OLG Nürnberg DNotZ 1990, 531; LG Mainz, LG Köln DNotZ 1990, 567.

[3] *Wolfsteiner* Die vollstreckbare Urkunde, 1978, § 36.3; *Wolfsteiner* NJW 1982, 2851; *Münch* Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989, § 13 III; *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531, 545, MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 794 Rdnr. 201 m.w.N.; vgl. auch *Stein-Jonas-Münzberg*, ZPO[21], der etwa in § 797 Rdnrn. 8 ff. den Begriff sorgfältig vermeidet, ebenso *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, § 794 Rdnr. 39.

[4] LG München II NJW-RR 1990, 1465 = DNotZ 1990, 574.

[5] *Rastätter* NJW 1991, 392.

[6] MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 794 Rdnr. 200.

[7] Dagegen KG DNotZ 1971, 233 (m. Anm. *Münzberg*); *Münch* § 10 III, dessen Argumentation in NJW 1991, 795, 798 auf dieser Grundlage nicht recht verständlich ist.

[8] BGH NJW 1981, 2756 mit abl. Anm *Wolfsteiner* NJW 1982, 2851; gegen BGH auch *Münch* NJW 1991, 805; *Stein/Jonas/Münzberg* ZPO § 797 Rdnr. 8.

[9] LG Waldshut-Tiengen NJW 1990, 192; LG Mainz DNotZ 1990, 567; LG Köln DNotZ 1990, 577; *Stürner* JZ 1977, 638.

[10] Vgl. BGHZ 99, 274 = NJW 1987, 904.

[11] OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1468; OLG Celle NJW-RR 1991, 667; OLG Hamm DNotZ 1993, 244; OLG Hamm BauR 1993, 362; LG München II DNotZ 1990, 574; *Reithmann* BWNotZ 1990, 88, *Wolfsteiner* NotZ 1990, 545; *Basty* MittBayNot 1992, 311; *Kniffka* ZfBR 1992, 197. Vgl. zur Literatur DNotI-Report 1995, 153.

[12] BGHZ 99, 274 = NJW 1987, 904 m.w.N. zu den früher vertretenen Gegenansichten.

[13] OLG Nürnberg NJW-RR 1990, 1467.

[14] LG Mainz, LG Köln DNotZ 1990, 567.

[15] OLG Stuttgart BWNotZ 1993, 148.

[16] *Ritzinger* BWNotZ 1990, 28; *Kniffka* ZfBR 1992, 198; *Koeble* Rechtshandbuch Immobilien Kap. 17 Rdnr. 115 g.

[17] In der schon zitierten Entscheidung BGHZ 99, 274 = NJW 1987, 904, ausdrücklich auch OLG Celle NJW-RR 1991, 667.

c) Der Verstoß gegen die MaBV

Neuerdings scheint in der Diskussion die ursprünglich als eher abwegig und unbeachtlich eingeschätzte[18] Argumentation, im Bauträgervertrag verstoße die Zwangsvollstreckungsunterwerfung ohne Nachweispflicht gegen die MaBV, weil sie der Ermächtigung gleichkomme, Vermögenswerte des Käufers zu verwenden (§ 3 Abs. 1 MaBV),[19] wieder an Boden zu gewinnen. Es ist aber offenkundig, daß es sich um eine eher mühsame Hilfskonstruktion handelt, doch noch mit aller Macht zur Verdammung der ungeliebten[20] Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag zu gelangen. Sicher ist jedenfalls, daß bei Schaffung der MaBV im Jahre 1974 ebensowenig daran gedacht wurde, die – auch damals fast lückenlos übliche – Zwangsvollstreckungsunterwerfung als Verfügungsermächtigung zu behandeln, wie bei den späteren Änderungen.[21] Sie ist in der Tat auch keine Verfügungsermächtigung und steht ihr auch nicht wirtschaftlich gleich.[22] Denn der Käufer kann die Vollstreckung abwehren, bevor sie effektiv wird, während § 3 MaBV nur einem ungesicherten definitiven Mittelabfluß vorbeugen will, der im Verkäuferkonkurs zu einer endgültigen Schädigung des Kaufers führen würde.

2. Die Benachteiligung des Käufers

Erweisen sich also vom System her die Angriffe auf die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag – sei es mit oder ohne „Nachweisverzicht" – als wirkungslos, so erscheint es modernen Usancen zufolge doch angebracht, sozusagen normunabhängig zu prüfen, ob die Unterwerfung aus Käufersicht nachteilig ist oder nicht. Dem Notar fällt eine solche Prüfung ohnehin zu, denn er muß sich gemäß § 17 Abs. 1 und Abs. 2 BeurkG darüber klar werden, ob er den Parteien die Aufnahme einer Unterwerfungsklausel in den Vertragstext und wenn ja mit welchem Inhalt vorschlagen soll.

a) Die Klauselklage

Unterzieht man die zitierte Rechtsprechung[23] einer näheren Prüfung, so drängt sich der Eindruck auf, die Gerichte glaubten, es gebe eine *Wahlmöglichkeit* zwischen Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht. Ich habe wiederholt dargelegt,[24] daß eine solche Wahlmöglichkeit aus kautelarjuristischer Sicht nicht besteht. Die Zwangsvollstreckung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO vom Nachweis einer Tatsache abhängig zu machen, hat nur Sinn, wenn es möglich erscheint, den Tatsacheneintritt (wenn er nicht offenkundig sein wird) durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Den Gläubiger auf die Klauselklage nach § 731 ZPO zu verweisen, ist hingegen sinnlos. Nach der bahnbrechenden, zur Vollstreckungsgegenklage ergangenen und bisher zu Recht unwidersprochenen neuen Rechtsprechung des BGH[25] steht auch für die spiegelbildliche Klauselklage fest, daß im Klauselprozeß weder über die Wirksamkeit des Titels noch über die nachzuweisenden Tatsachen, sondern sofort über den Anspruch des materiellen Rechts selbst prozessiert wird; bei Titeln ohne materielle Rechtskraft – wie der vollstreckbaren Urkunde – unterscheidet sich also der Klauselprozeß abgesehen von Marginalien[26] nicht von einer gewöhnlichen Leistungsklage. Da die Unterwerfungserklärung aber vortäuscht, es werde eine „sofortige" Zwangsvollstreckung stattfinden, begeht der Notar einen Kunstfehler, wenn er sie dennoch erklären läßt; denn eine solche Erklärung würde im Sinne des § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG „Irrtümer und Zweifel" erregen.

Da sich der Baufortschritt niemals durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisen läßt[27] – die den Nachweis ermöglichenden Schiedsgutachterklauseln sind von der Rechtsprechung verworfen worden[28] –, gibt es für den Bauträgervertrag nur die Alternative, auf die Unterwerfung ganz zu verzichten oder aber einen „Nachweisverzicht" vorzusehen; eine dritte Möglichkeit steht nicht zur Verfügung.

b) Beschränkter „Nachweisverzicht"

Ich habe freilich immer vorgetragen, daß es meiner Meinung nach unvertretbar ist, aus dem Umstand, daß der Baufortschritt nicht formgerecht nachweisbar ist, den Schluß zu ziehen, man könne den Käufer total auf Nachweise verzichten lassen.[29] Es gibt keinen vernünftigen Grund, nicht wenigstens die Eintragung der Vormerkung und ggf. die Erteilung erforderlicher behördlicher Genehmigungen, die sich leicht nachweisen lassen oder sogar – wie die Vormerkung – offenkundig sein werden, zur Vollstreckungsvoraussetzung zu erklären. Den praktischen Effekt sollte man aber nicht überschätzen: alle mir je bekannt gewordenen Streitigkeiten aus Bauträger-Unterwerfungsklauseln betreffen die Fälligkeit nach Baufortschritt, und zwar regelmäßig die Fälligkeit der letzten Rate, und in Bezug auf die letzte Rate geltend gemachte Zurückbehaltungsrechte. In der Praxis schreiten Bauträger nicht zur Vollstreckung, solange die Vormerkung nicht vertragsgemäß eingetragen ist, selbst wenn ein entsprechender „Verzicht" erklärt ist.

c) Die prozessuale Situation

Letztlich läuft alles auf die Frage hinaus, ob die nicht von umfassenden Nachweisen abhängige Unterwerfungserklärung den Käufer in eine unzumutbare oder zumindest gravierend nachteilige prozessuale Situation versetzt. Vergleichsgegenstand kann nur ein vom Gläubiger in Gang gesetztes Klageverfahren sein.

Klagt der Verkäufer den Restkaufpreis ein, so muß der Käufer (§§ 274 ff. ZPO) innerhalb einer Frist, die nicht mehr als zwei Wochen ausmachen darf, einen Rechtsanwalt mit seiner Verteidigung gegen den Anspruch beauftragen; dieser hat noch innerhalb der Frist zu erwidern und dabei seine Verteidi-

---

[18] *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531, 547.

[19] OLG Hamm DNotI-Report 1995, 70; *Ritzinger* BWNotZ 1990, 28 (dazu kritisch *Reithmann* BWNotZ 1990, 88); *Kniffka* ZfBR 1992, 198.

[20] *Stürner* JZ 1977, 638.

[21] Im MaBV-Kommentar von Marcks, der die Verordnung von Anfang an bis jetzt als zuständiger Referent im Bundesministerium für Wirtschaft betreut hat, wird die Frage gar nicht erörtert.

[22] *Basty* Der Bauträgervertrag Rdnr. 278.

[23] Z. B. OLG Hamm DNotI-Report 1995, 70.

[24] *Wolfsteiner* Die Vollstreckbare Urkunde § 17.7 in Verb. mit § 57; *Wolfsteiner* DNotZ. 1990, 531, MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 731 Rdnr. 18.

[25] BGHZ 118, 229 = DNotZ 1993, 235 (mit Zust. Anm. *Wolfsteiner*).

[26] Einzelheiten in MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 731 Rdnr. 18.

[27] S. zur Unmöglichkeit des Nachweises durch behördliche Abnahmescheine *Wolfsteiner* MittBayNot 1970, 9.

[28] BGHZ 115, 329 = NJW 1992, 433; OLG Düsseldorf BauR 1994, 182; OLG Köln DNotI-Report 1995, 70.

[29] *Wolfsteiner* Die vollstreckbare Urkunde § 14.24; *Kersten/Bühling/Wolfsteiner* § 21 I 3.

gungsmittel vorzubringen. Fristversäumnis kann zur – nicht mehr abänderbaren – rechtskräftigen Feststellung des Anspruchs und zur Verurteilung in die erheblichen Kosten führen. Ein vollstreckbares Versäumnisurteil kann bereits im frühen ersten Termin ergehen.

Liegt hingegen ein Unterwerfungstitel mit totalem „Nachweisverzicht" vor, so vertrete ich zwar, daß die Anhörung des Schuldners vor Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung unzulässig, der Schuldner also ganz auf das nachträgliche Gehör im Verfahren der Klauselbeschwerde nach § 54 BeurkG zu verweisen sei;[30] diese Auffassung ist aber streitig. Ist nur ein Teilverzicht erklärt, ist die *vorgängige*, keinem Anwaltszwang unterliegende Anhörung des Schuldners nach § 730 ZPO immer möglich; schon an dieser Stelle steht der Schuldner dann weit günstiger, als wenn er mit einer Klage überzogen wird. Sodann ist nach § 798 ZPO zwischen der Zustellung des Titels und dem Beginn der Zwangsvollstreckung eine Frist zu wahren, die ganz genau so lang ist wie die Mindest-Einlassungsfrist bei der Klage; man argumentiere nicht, wegen der Überlastung der Gerichte komme die Mindestfrist kaum je zur Anwendung – auch die Zwangsvollstreckung aus dem Unterwerfungstitel beginnt wegen Überlastung der Gerichtsvollzieher und Vollstreckungsgerichte kaum je am 15. Tag. Vor allem aber: Versäumt es der Schuldner, innerhalb der Wartefrist aktiv zu werden, erleidet er im Gegensatz zum unbarmherzig beschleunigten und mit dem Fallbeil der Rechtskraft endenden Klageverfahren – noch lange, ja im Prinzip überhaupt keinen endgültigen Vermögensverlust. Überdies kann er nicht nur Klauselbeschwerde ohne Anwaltszwang erheben, sondern gemäß § 769 Abs. 2 ZPO beim Vollstreckungsgericht auch für die Vollstreckungsgegenklage einen Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Anwaltszwang anbringen. Nur für die Vollstreckungsgegenklage selbst benötigt er – bei entsprechendem Streitwert – einen Anwalt. Bis der Schuldner erstmals Gelegenheit bekommt, rechtlich gehört zu werden, ist also auch das Kostenrisiko weit geringer als beim Klageverfahren.

Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung kann allerdings ein Problem darstellen. Die Neigung der Gerichte, die Einstellung anzuordnen, scheint sehr unterschiedlich zu sein, ebenso die Bereitschaft, ohne Sicherheitsleistung – die allerdings beim Streit um den Restkaufpreis auch segensreich sein kann, weil dann beide Parteien an einer schnellen Erledigung des Streits interessiert sind – einzustellen. Das sind aber keine Probleme der Zwangsvollstreckungsunterwerfung, sondern solche der Gerichtspraxis.

Insgesamt sollte klar geworden sein, daß keine Rede davon sein kann, die Unterwerfung stelle den Schuldner schlechter als den Beklagten im Zivilprozeß; das Gegenteil ist richtig. Die geringere Kostenlast kommt beiden Teilen zugute; überdies betätigt sich in der Praxis der Notar völlig kostenfrei als Schlichter, was dazu beiträgt, daß die ganz überwiegende Zahl von Streitfällen außergerichtlich beigelegt wird.

d) Die rechtspolitische Lage

Nicht unberechtigt – jedenfalls aus psychologischer Sicht – ist der Einwand einseitiger Vertragsgestaltung,[31] der sich daraus ergibt, daß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur die Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen des Kaufpreises, nicht aber des Bauträgers wegen seiner Herstellungs- und Eigentumsverschaffungspflichten ermöglicht. Diese Disparität wird der Gesetzgeber aber voraussichtlich noch im Jahre 1996 beseitigen.[32] Die Gesetzgebungsinitiative des Bundesrats möchte die justizentlastende Wirkung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung künftig auch für die ihr bisher versperrten Bereiche nutzen. Es wäre wenig hilfreich, würde die Judikative gleichzeitig dieses Institut in seinem – nach den Grundpfandrechten – zweitwichtigsten Anwendungsbereich verwerfen.

3. Das Verfahren

Bis zum schon erwähnten Urteil des VII. Zivilsenats des BGH vom 14.5.1992[33] war es weit überwiegende Meinung, die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unterfalle – obwohl kein Vertrag – dem AGBG und zwar im Falle eines Verstoßes mit denselben Nichtigkeitsfolgen wie Erklärungen materiellen Rechts;[34] die Gegenansicht[35] wurde nicht einmal der Diskussion gewürdigt. Nun ist aber klar geworden, daß die materiell-rechtliche Kategorie der Nichtigkeit sich nicht nahtlos mit der Rechtsnatur der vollstreckbaren Urkunde als Verfahrensgrundlage verträgt.[36]

a) Die Vollstreckungsgegenklage

Die Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aus einem notariellen Vollstreckungstitel nach § 767 ZPO ist der genannten Entscheidung zufolge ohne Rücksicht auf Fehler des Beurkundungs- oder Klauselerteilungsverfahrens schon dann zulässig, wenn der Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und mit der Vollstreckungsklausel versehen ist. Ist die Klage aber zulässig, so wird sofort über den Anspruch selbst prozessiert, ohne daß Einwendungen gegen den Titel überhaupt noch geprüft würden. Selbst wenn also in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ein AGB-Beschluß oder ein Verstoß gegen die MaBV zu erblicken wäre, könnte dies im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage keine Rolle mehr spielen. Dies werden auch die Gerichte der unteren Instanzen zur Kenntnis nehmen müssen.

b) Die Klauselbeschwerde

In der Klauselbeschwerde nach § 54 BeurkG ist die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels zu beachten. Der Prüfungsmaßstab der Klauselbeschwerde ist derselbe, den der Notar bei seiner Entscheidung über die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung anzuwenden hat.[37] Danach ist zu prüfen, ob ein wirksamer Titel vorliegt.[38] Geht man mit dem BGH

---

[30] MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 730 Rdnr. 3 mit Nachweisen zu den Gegenmeinungen.

[31] *Ritzinger* BWNotZ 1990, 25.

[32] 2. Zwangsvollstreckungsnovelle BT-Drucks. 13/341 vom 27.1.1995.

[33] BGHZ 118, 229 = DNotZ 1993, 235 (mit Zust. Anm. *Wolfsteiner*).

[34] Z.B. *Palandt-Heinrichs* AGBG § 1 Rdnr. 2 unter fragwürdiger Berufung auf BGH NJW 1987, 907; MünchKomm-BGB/*Kötz* AGBG § 1 Rdnr. 4; ausdrücklich zu den Rechtsfolgen *Münch* NJW 1991, 795 m.w.N.

[35] *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531, 547; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 794 Rdnr. 126.

[36] S. zur rechtsdogmatischen Begründung (die Zwangsvollstrekkung findet nicht aus der privaten Unterwerfungserklärung des Schuldners, sondern aus dem öffentlichen notariellen Vollstreckungstitel statt) *Wolfsteiner* DNotZ 1990, 531.

[37] Vgl. MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 797 Rdnr. 32.

[38] Vgl. MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner* § 797 Rdnr. 20.

davon aus, daß Titel in diesem Sinn eine wirksame notarielle Urkunde ist, die nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, kann ein Verstoß gegen das AGBG oder die MaBV nicht zur Unwirksamkeit des Titels und damit zum Erfolg der Klauselbeschwerde führen. Der Notar *muß* die Klausel erteilen, selbst wenn er später erkennt, daß er die Unterwerfungserklärung nicht hätte beurkunden dürfen. Die Lage ist nicht anders als bei einem gerichtlichen Urteil, aus dem auch dann vollstreckt werden muß, wenn nach seinem Erlaß offenkundig wird, daß es unter Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschriften erlassen worden war. Ob für den Fall der laesio enormis etwas anderes zu gelten hat, kann hier dahingestellt bleiben, denn ein umstrittener Verstoß gegen das AGBG oder die MaBV stellt keine solche dar. Ist die Klauselbeschwerde ohne Aussicht auf Erfolg, so bleibt der Schuldner auf die Vollstreckungsgegenklage verwiesen: dort muß er sich sofort dem Streit um die materielle Berechtigung des zur Vollstreckung stehenden Anspruchs stellen, ohne auf prozessuale Einwendungen zurückgreifen zu können. Daß das prozeßökonomisch ist und dennoch keine schützenswerten Interessen des Schuldners beeinträchtigt, liegt auf der Hand.

c) Das objektive Verfahren

Sollte in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung – entgegen der hier vertretenen Auffassung – in der Tat ein Verstoß gegen das AGBG liegen, so gibt es keine Einwände gegen das objektive Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG.

4. Zusammenfassung

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag verstößt nicht gegen das AGBG. Es ist zulässig, die Zwangsvollstreckung ohne Nachweis solcher Fälligkeitsvoraussetzungen zuzulassen, deren Eintritt sich nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachweisen läßt. Eine solche Zwangsvollstreckungsunterwerfung verstößt auch nicht gegen die MaBV. Selbst wenn der Notar mit der Beurkundung einer unzulässigen Unterwerfungserklärung seine Amtspflichten verletzt haben sollte, muß er die Vollstreckungsklausel erteilen. Daß die Unterwerfungserklärung unzulässig oder gar nichtig war, kann weder im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage noch im Verfahren der Klauselbeschwerde vorgebracht werden, wohl aber im objektiven Verfahren nach dem AGBG.

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 *(Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters bei Grundstücksverkauf durch Erbengemeinschaft)*

1. **Veräußert eine Erbengemeinschaft, an der ein Minderjähriger und ein alleinvertretungsberechtigter Elternteil beteiligt sind, ein Grundstück, so kann der Elternteil den Minderjährigen dabei vertreten. Der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es nicht.**
2. **Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ist allerdings ausgeschlossen, sofern im Kaufvertrag zugleich eine (Teil-) Erbauseinandersetzung am Veräußerungserlös enthalten ist.**

Thüringer Oberlandesgericht, Beschluß vom 27.6.1995 – 6 W 219/95 –, mitgeteilt von der Notarkammer Thüringen

Aus dem Tatbestand:

Der verstorbene K wurde ausweislich des vom Staatlichen Notariat erteilten Erbscheins zu je 1/4 von seiner Witwe, der Beteiligten zu 1, seinen beiden volljährigen Söhnen sowie seinem minderjährigen Sohn M, dem Beteiligten zu 2, beerbt. Gemäß dem Entwurf eines Überlassungsvertrages beabsichtigte die für den Beteiligten zu 2 allein sorgeberechtigte Beteiligte zu 1 zusammen mit ihren 3 Söhnen zunächst die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in der Form zu betreiben, daß die den wesentlichen Nachlaß darstellenden und im Eigentum der Erbengemeinschaft stehenden Grundstücke in Bruchteilseigentum zu je 1/3 den 3 Söhnen übertragen werden sollten. Von dieser ursprünglich beabsichtigten Erbauseinandersetzung haben die Miterben Abstand genommen, nachdem die beiden volljährigen Söhne die Auszahlung ihres Erbteils zum Erwerb einer Eigentumswohnung begehren. Auf die Mitteilung der Beteiligten zu 1 gegenüber dem Vormundschaftsgericht, die Nachlaßgrundstücke veräußern und sich mit den Miterben an dem Veräußerungserlös auseinandersetzen zu wollen, bestellte das Vormundschaftsgericht einen Ergänzungspfleger mit dem Wirkungskreis der Vertretung des minderjährigen im Rahmen der Erbauseinandersetzung nach seinem Vater.

Mit notariellem Kaufvertrag veräußerten die Beteiligten der Erbengemeinschaft – die Beteiligte zu 1 im eigenen Namen und namens des minderjährigen Beteiligten zu 2 handelnd – Nachlaßgrundstücke an X. Die Vertragsbeteiligten beantragten die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

Auf die Zwischenverfügungen der Rechtspflegerin, mit der sie die Vorlage einer Genehmigungserklärung des Ergänzungspflegers wegen der bestehenden Interessenkollision bei der Entscheidung über den Verkauf der Nachlaßgrundstücke verlangte, hat der Notar hiergegen namens der Vertragsbeteiligten Erinnerung erhoben. Die Rechtspflegerin hat der Erinnerung nicht abgeholfen und zugleich den Antrag auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Erklärungen der Beteiligten zu 1 namens des Beteiligten zu 2 im notariellen Kaufvertrag zurückgewiesen. Die Vormundschaftsrichterin hat die Sache nach Nichtabhilfe dem Landgericht zur Entscheidung über die als Beschwerde geltende Erinnerung vorgelegt.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen und die der vormals weiteren Beteiligten als unzulässig verworfen.

Gegen diesen Beschluß haben die Beteiligten zu 1 und 2 im Umfange der die Beschwerde zurückweisenden Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die gesetzliche Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 zum Abschluß des notariellen Kaufvertrages war entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanzen gegeben. Die der Beteiligten zu 1 für den Beteiligten zu 2 gemäß § 1629 Abs. 1 BGB im Rahmen des alleinigen Sorgerechts obliegende Alleinvertretungsmacht erfährt lediglich in den gesetzlich beschriebenen Ausnahmefällen ihre Einschränkung. Ein derartiger die Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 ausschließender Tatbestand liegt jedoch nicht vor.

a) Der Ausschlußtatbestand der §§ 1629 Abs. 2 i.V.m. 1795 Abs. 2, 181 BGB betrifft die gesetzliche Vertretungsmacht des Vertreters wegen der abstrakten Gefahr eines Interessenkonflikts in den Fällen eines sogenannten „Insichgeschäfts". Danach ist ein Vertretungsausschluß dann anzunehmen, wenn der Vertreter auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts tätig wird. Rechtsgeschäfte, bei denen der Vertreter und der Vertretene hingegen auf der selben Seite eines Rechtsgeschäfts stehen und der Vertreter zugleich im eigenen Namen sowie namens des Vertretenen rechtsgeschäftliche Erklärungen einem Dritten gegenüber abgibt, werden von dem Ausschlußtatbestand nicht erfaßt (vgl. *Palandt/Diederichsen,* BGB, 53. Aufl., Anm. 3 zu § 1795; MünchKomm-BGB/*Schramm*, 3. Aufl., Anm. 12 zu § 181). Bei dem zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vorgelegten notariellen Kaufvertrag über die Nachlaßgrundstücke haben die Beteiligten zu 1 und 2 rechtsgeschäftliche Erklärungen auf der Verkäuferseite gegenüber dem Erwerber abgegeben. Es liegen mithin parallele, die Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 nicht ausschließende Willenserklärungen der Beteiligten zu 1 und 2 vor, ohne daß zugleich rechtsgeschäftliche Folgen zwischen ihnen begründet werden.

b) Die Beteiligte zu 1 war auch nicht deswegen von der Vertretung des Beteiligten zu 2 bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages ausgeschlossen, weil die Miterben beabsichtigen, sich teilweise an dem Veräußerungserlös der Nachlaßgrundstücke auseinanderzusetzen. Den Vorinstanzen ist zwar zuzustimmen, daß der gesetzliche Vertreter von der Vertretung auch dann ausgeschlossen ist, wenn ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft vorliegt und der Vertretungsausschluß nur einen Teil des Rechtsgeschäfts erfaßt, die verschiedenen Teile aber so aufeinander bezogen sind, daß sie nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden (vgl. MünchKomm-BGB/*Schwab*, Anm. 12 zu § 1795; BGHZ 50, 8, 12 [= DNotZ 1968, 543]).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist jedoch der notarielle Kaufvertrag über einen Teil der Nachlaßgrundstücke nicht dadurch Teilakt einer Erbauseinandersetzungsvereinbarung zwischen den Miterben geworden, daß sie die Teilauseinandersetzung an dem Veräußerungserlös betreiben wollen. Insoweit haben die Vorinstanzen zwar zutreffend aus den außervertraglichen Erklärungen der Beteiligten zu 1 und ihren beiden volljährigen Söhnen auf die Absicht der Miterben zur Durchführung einer Teilerbauseinandersetzung geschlossen. Die Veräußerung eines Teils der Nachlaßgrundstücke soll jedoch lediglich die noch vorzunehmende Teilauseinandersetzung ermöglichen, ohne selbst schon Bestandteil der Erbauseinandersetzungsvereinbarung zu sein. Die beabsichtigte Art der Erbauseinandersetzung war lediglich Motiv für den notariellen Kaufvertrag, ist aber selbst nicht Vertragsinhalt geworden. Vielmehr bleibt die Erbengemeinschaft, da die Miterben nur gemeinschaftlich über den Veräußerungserlös verfügen können, an dem Veräußerungserlös als Surrogat des nachlaßbezogenen Grundstückskaufvertrages i.S.d.

§ 2041 BGB bestehen. Die Erbauseinandersetzung, an der der eigens dafür bestellte Ergänzungspfleger mitzuwirken hat, bleibt der noch vorzunehmenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Miterben vorbehalten.

c) Der Auffassung der Vorinstanzen, aufgrund des mit der Grundstücksveräußerung erfolgten Zwecks werde diese selbst bereits Teilakt der Erbauseinandersetzung, so daß die Beteiligte zu 1 wegen einer Interessenkollision i.S.d. § 181 BGB an der Vertretung des Beteiligten zu 2 ausgeschlossen sei, wird auch dem Gesetzeswortlaut und dem Normzweck des § 181 BGB nicht gerecht. § 181 BGB verfolgt den Zweck, die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts wegen der damit verbundenen abstrakten Gefahr eines Interessenkonflikts und einer etwaigen Schädigung eines Vertragsteils auszuschließen. Es kommt für die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die Art der Vornahme des Rechtsgeschäfts an, während die Feststellung eines konkreten Interessenkonflikts und insbesondere nachteiliger Wirkungen des Rechtsgeschäfts für den Vertretenen im Einzelfall unmaßgeblich ist. Vorausgesetzt ist vielmehr i.S.d. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine generell abstrakt faßbare, vom konkreten Einzelfall abstrahierbare Interessenkollision (vgl. *Schramm*, a.a.O., Anm. 12 zu § 181; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., Anm. 2 zu § 181). Indem die Vorinstanzen durch die Feststellung der Zielrichtung des notariellen Grundstückskaufvertrages eine einzelfallbezogene Betrachtung vornehmen und so zur Annahme einer vertretungsausschließenden Interessenkollision i.S.d. § 1795 Abs. 2 i.V.m. § 181 BGB gelangen, verkennen sie die gesetzlichen Voraussetzungen des § 181 BGB. Bei abstrakter, vom Einzelfall gelöster Betrachtung eines notariellen Grundstückskaufvertrages, an dem auf der Verkäuferseite der Vertreter im eigenen Namen und zugleich namens des Vertretenen mit einem Dritten kontrahiert, ist ein möglicher Interessengegensatz zwischen den Interessen des Vertretenen und des Vertreters nicht erkennbar. Einer sachgerechten Wahrung der Interessen des Vertretenen bei Abschluß eines notariellen Grundstückskaufvertrags im Einzelfall dient nicht die Regelung des § 181 BGB, sondern die des § 1821 BGB, indem der Gesetzgeber die Wirksamkeit derartiger Rechtsgeschäfte von einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wie vorliegend beantragt, abhängig macht.

3. Die Wirksamkeit der Erklärungen der Beteiligten zu 1 bei Abschluß des notariellen Kaufvertrag namens des Beteiligten zu 1 ist daher nicht von einer Genehmigung des für diesen Aufgabenbereich i.S.d. § 1630 Abs. 1 BGB nicht bestellten Ergänzungspflegers, sondern von der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung i.S.d. §§ 1821, 1828 BGB abhängig. Ob aber die Interessen des von der Beteiligten zu 1 vertretenen Beteiligten zu 2 bei Abschluß des Vertrages in sachgerechter und dem Wohl des Vertretenen gerechtwerdender Weise berücksichtigt wurde, ist durch die Vorinstanzen bisher nicht festgestellt worden. Das Gericht der weiteren Beschwerde ist gehindert, diese Feststellungen zu treffen, da es insoweit noch weiterer Ermittlungen, wie der Feststellung des Verkehrswertes der Grundstücke, bedarf. Die Entscheidung der Vorinstanzen war daher aufzuheben und zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

---

2. BGB §§ 313, 125, 139 *(Zur Formbedürftigkeit eines Fertighausvertrages)*

Die Formbedürftigkeit eines Fertighausvertrages kann sich aus einem Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag auch dann ergeben, wenn der Besteller später versucht hat, das Grundstück unmittelbar vom Grundstückseigentümer zu erwerben.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Urteil vom 10.3.1995 – 25 U 73/94 –

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beklagten hatten sich aufgrund eines Zeitungsinserates, in dem verschiedene Grundstücke angeboten wurden, an einen Verkaufsberater der Klägerin gewandt.

In den Verkaufsgesprächen wies der Berater darauf hin, die Klägerin könne den Beklagten nicht nur das Haus errichten, sondern auch das Grundstück zur Verfügung stellen.

Erst nachdem die Bebauungsmöglichkeiten des Grundstücks mit dem von den Beklagten favorisierten Haustyp im einzelnen besprochen waren und die Beklagten das Grundstück besichtigt hatten, unterzeichneten sie den Fertighausvertrag mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die geplante Baustelle. Gleichzeitig mit der Unterzeichnung ließen sie sich auch das Grundstück bei der Eigentümerin „reservieren". Nach der Behauptung der Klägerin hatten die Beklagten später versucht, das Grundstück unter Umgehung der Klägerin direkt von der Eigentümerin zu erwerben.

Die Klage auf Zahlung einer Vergütungspauschale aus dem Fertighausvertrag wurde abgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Fertighausvertrag ... ist gemäß §§ 125, 313 Satz 1 BGB nichtig.

Der Fertighausvertrag bildete zusammen mit dem in Aussicht genommenen Erwerb des Grundstücks nicht nur eine tatsächliche oder wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Einheit, sodaß nach Sinn und Zweck des § 313 Satz 1 BGB auch der Vertrag über die Errichtung des Fertighauses der notariellen Beurkundung bedurfte. Ein solch rechtlicher Zusammenhang ist gegeben, wenn der Fertighausvertrag nach dem Willen einer Partei mit dem Erwerb des Grundstücks „stehen und fallen" soll. Dabei genügt es, daß nur eine Partei einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner diesen anerkennt oder zumindest hinnimmt, unabhängig davon, ob an den beiden Rechtsgeschäften auch jeweils dieselben Vertragspartner beteiligt sind und ob die beiden Verträge in verschiedenen Urkunden niedergelegt werden (vgl. BGH NJW 1994, 721; NJW 1981, 274; NJW 1980, 830; DNotZ 1976, 683; OLG Hamm, MDR 1993, 537; NJW-RR 1989, 1366), wenngleich letzteres zunächst gegen einen rechtlichen Zusammenhang spricht.

Diese Vermutung ist hier aber widerlegt. Die Klägerin wußte, daß die Beklagten nicht nur wegen eines Hauses, sondern auch wegen eines Grundstücks zu ihr gekommen waren und beides erwerben wollten.

...

Hieraus wird deutlich, daß die Bestellung des Fertighauses und der Erwerb des Grundstücks für die Beklagten dergestalt eine Einheit bildete, daß der Fertighausvertrag mit dem Erwerb des Grundstücks stehen und fallen sollte. Dies war auch für den Verkaufsleiter, dessen Kenntnisse sich die Klägerin nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muß, erkennbar, zumal die Beklagten den Fertighausvertrag nicht bereits

anläßlich des ersten Besuchs, bei dem sie zwar den ihnen zusagenden Haustyp schon ausgesucht, sich aber noch nicht für eines der beiden damals im Gespräch befindlichen Grundstücke entschieden hatten, unterschrieben, sondern erst anläßlich des zweiten Besuches, nachdem auch die Grundstücksfrage für sie geklärt war.

Die Klägerin akzeptierte diesen Einheitswillen der Beklagten, indem sie mit Abschluß des Fertighausvertrages das Grundstück bei der Eigentümerin für die Beklagten „reservieren" ließ.

Dem Einheitswillen steht nicht entgegen, daß die Beklagten nach der Behauptung der Klägerin später versucht haben sollen, das Grundstück unter Umgehung der Klägerin direkt von der Eigentümerin zum Bau eines konventionellen Hauses zu erwerben. Denn entscheidungserheblich ist nicht die Bereitschaft der Beklagten zum isolierten Erwerb des Grundstücks, sondern nur die Bereitschaft zu einem isolierten Fertighausvertrag. Diese aber bestand, wie dargelegt, nicht.

Als einheitliches Rechtsgeschäft hätten beide Verträge, der Fertighausvertrag und der Grundstückskauf, der notariellen Beurkundung gemäß § 313 Satz 1 BGB bedurft. Dies ist nicht erfolgt, so daß der Fertighausvertrag gemäß §§ 125, 139 BGB unwirksam ist und die Klägerin hieraus keine Rechte gegen die Beklagten herleiten kann. Da auch keine andere Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Vergütungspauschale in Betracht kommt, ist die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

---

3. BGB § 505 Abs. 2 *(Bindung des Vorkaufsberechtigten an „lästige Regelung" im Kaufvertrag)*

Zur Bindung eines Vorkaufsberechtigten an die vom Verpflichteten mit dem Erstkäufer vereinbarte „Federführungsregelung" für die im Kaufvertrag übernommene Unterhaltung von Erschließungsanlagen.

BGH, Urt. vom 14.7.1995 – V ZR 31/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit Vertrag vom 29. März 1989 verkaufte die D. B. ihre Grundstücke des sogen. Euro-Industrieparks in M. zu einem Kaufpreis von 370.000.000 DM an die Klägerin. Der Kaufvertrag umfaßt zum einen 86 weitgehend bebaute Grundstücke, welche die D. B. in den sechziger Jahren unter Einräumung dinglicher Vorkaufsrechte durch Erbbaurechtsverträge vergeben hatte. Zum anderen wurden sämtliche Flächen des privaten Erschließungssystems für den Industriepark verkauft, die zu erhalten und zu unterhalten sich die D. B. gegenüber der Landeshauptstadt M. und den Erbbauberechtigten verpflichtet hatte. Diese Verpflichtungen übertrug die D. B. in dem Kaufvertrag auf die Käuferin.

Bei Abschluß des Kaufvertrages war damit zu rechnen, daß eine Vielzahl der Vorkaufsberechtigten ihr Vorkaufsrecht ausüben würden. Um dann noch eine ordnungsgemäße Erfüllung der im Kaufvertrag begründeten Pflichten der Käufer hinsichtlich des Infrastruktursystems zu gewährleisten, für welche die D. B. der Landeshauptstadt M. und den ihr Vorkaufsrecht nicht ausübenden Erbbauberechtigten weiterhin haftete, einigten sich die D. B. und die Klägerin darauf, daß die Klägerin federführend für alle Käufer (also für sich selbst, soweit Vorkaufsrechte nicht bestanden oder nicht ausgeübt wurden, und für die ihr Vorkaufsrecht ausübenden Erbbauberechtigten) die zur Erfüllung der entsprechenden Käuferpflichten erforderlichen Maßnahmen durchführen sollte.

Der Beklagte übte sein Vorkaufsrecht aus. Er macht geltend, daß die in dem Kaufvertrag zwischen der D. B. und der Klägerin getroffene Vereinbarung über die Federführung der Klägerin hinsichtlich des privaten Erschließungssystems für die Grundstücksflächen ihn nicht verpflichte. Sein dahingehender, im Wege der Widerklage erhobener Feststellungsantrag ist vom Landgericht abgewiesen worden. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht der Feststellungswiderklage nach dem Hauptantrag stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die zwischen der Verkäuferin und der Klägerin des Kaufvertrages getroffene Vereinbarung über die Federführung der Klägerin verpflichte den Beklagten nicht, weil mit dieser Regelung entgegen § 505 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung begründet werde, der nur der Beklagte, nicht jedoch die Klägerin unterliege. Dabei gehe es nicht um das Problem der Wesensfremdheit einer im Erstvertrag vereinbarten Regelung, sondern um eine schlichte Anwendung des § 505 Abs. 2 BGB. Der Vorkaufsberechtigte müsse sich danach keine schlechteren Bedingungen gefallen lassen als der Erstkäufer. Eine derartige Schlechterstellung des Vorkaufsberechtigten sei jedoch in dieser Regelung des Vertrages vom 29. März 1989 enthalten. Der Beklagte werde einer fremden Federführung unterworfen, der die Klägerin nicht unterliege. ...

II. Dies ist nicht frei von Rechtsfehlern.

1. (...)

2. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts wird gemäß § 505 Abs. 2 BGB zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu denselben Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Drittkäufer abgeschlossen worden ist. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich in der Regel nur dadurch, daß als Käufer anstelle des Erstkäufers der Berechtigte steht....

3. Der Beklagte ist nach dem Inhalt des durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts mit der D. B. zustande gekommenen Kaufvertrags auch an die getroffene Vereinbarung über die Federführung der Klägerin gebunden.

a) Das Berufungsgericht übersieht bei seiner Betrachtungsweise, daß hier dem Kaufvertrag der Klägerin mit der D. B. ein Auftragsverhältnis vorgeschaltet ist. Damit wird nach § 505 Abs. 2 BGB der Inhalt der Käuferpflichten auf die Erwerber übertragen, die Klägerin bleibt aber auch als Erstkäuferin der Federführungsregelung unterworfen. Wie die Revision zu Recht rügt, durfte sich das Berufungsgericht deshalb nicht mit der Feststellung begnügen, daß die Vorkaufsberechtigten im Gegensatz zur Erstkäuferin einer fremden Federführung unterworfen würden. Die möglicherweise andere wirtschaftliche Bedeutung dieser Käuferpflicht für die Klägerin ist in diesem Zusammenhang zunächst ohne Belang.

b) Das Berufungsgericht hat den Inhalt der Käuferpflichten nicht näher bestimmt. Insoweit sind diejenigen Rechte und Pflichten der Erstkäuferin, die Teil des Kaufvertrages über die dem Vorkaufsrecht des Beklagten unterliegenden Grundstücke sind, vom sonstigen Inhalt des Erstvertrages zu trennen. Da weitere Tatsachenfeststellungen hierzu nicht in Be-

tracht kommen, kann der Senat den Vertrag insoweit selbst auslegen (BGHZ 65, 107, 112). Diese am Wortlaut und am Zweck des Vertrages sowie an der Interessenlage der Beteiligten ausgerichtete Auslegung führt zu dem Ergebnis, daß die Klägerin eine vom kaufvertraglichen Austauschverhältnis ausgenommene, gesonderte Stellung als Federführende übernommen hat und mit der Organisation und Durchführung der im einzelnen angeführten Käuferpflichten beauftragt worden ist. Daneben hat sich die Klägerin in ihrer Stellung als Käuferin gegenüber der D. B. verpflichtet, die Aufgabenstellung, Funktion und Tätigkeit der Federführenden hinzunehmen. Diese Käuferpflicht besteht gemäß § 505 Abs. 2 BGB auch für den Beklagten aus seinem durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts mit der D. B. zustande gekommenen Kaufvertrag.

c) Entgegen der Auffassung der Revision enthält diese Regelung keinen Vertrag zu Lasten Dritter. Sie stellt sich weder als sogenannter Fremdkörper innerhalb des Kaufvertrages dar, noch ist sie aus sonstigen Gründen für den Beklagten unverbindlich.

aa) Die Begründung eines unmittelbaren Federführungsvertrages zwischen der Klägerin als Erstkäuferin und dem Beklagten in dem Kaufvertrag vom 29. März 1989 wäre als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam (vgl. BGHZ 61, 359, 361; 78, 369, 374 ff.).

Daß die Vertragschließenden den Willen hatten, eine solche – unzulässige – direkte Vertragsbeziehung zwischen der Erstkäuferin und den Vorkäufern zu begründen, läßt sich entgegen der Auffassung des Beklagten der Kaufvertragsurkunde nicht entnehmen. ...

bb) Diese Regelung stellt sich entgegen der Auffassung des Beklagten nicht als sogenannter Fremdkörper innerhalb des Kaufvertrages dar. Den Parteien steht es frei, verschiedene Rechtsgeschäfte in einer Urkunde zu vereinigen. In den Vertrag mit dem Erstkäufer können deshalb auch Bestimmungen aufgenommen werden, die nicht Teil des Kaufvertrages sind. Für die hier notwendige Abgrenzung bildet das für den Kaufvertrag als gegenseitigen Vertrag typische Abhängigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eine wesentliche Grundlage. Nach dem vom Senat entwickelten Fremdkörpergedanken sind insbesondere solche Bestimmungen des Erstvertrages für den eintretenden Berechtigten unverbindlich, die völlig außerhalb der typischen Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtung stehen und deshalb „wesensmäßig" nicht zum Kaufvertrag gehören (BGHZ 77, 359, 362 f. [= MittBayNot 1980, 196 = DNotZ 1981, 240]; BGHZ 102, 237, 241; BGH NJW-RR 1987, 396, 397; NJW 1987, 890; NJW 1992, 236 [= MittBayNot 1992, 37 = DNotZ 1992, 414]). Im Unterschied zu den bisher vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen haben vorliegend die Vertragsparteien selbst verschiedene in der Kaufvertragsurkunde enthaltene Regelungen gegenüber dem kaufvertraglichen Austauschverhältnis verselbständigt, denn die Klägerin soll unabhängig vom Erwerb der den Vorkaufsrechten unterliegenden Grundstücke im Verhältnis zur Verkäuferin zur Übernahme der Federführung verpflichtet sein. Hiergegen bestehen im Hinblick auf die Rechte der Vorkaufsberechtigten keine Bedenken. Der Vertrag über die Rechte und Pflichten aus der Stellung als Federführende unterscheidet sich nach Inhalt und Zweck von dem Kaufvertrag über die einzelnen Grundstücke des Euro-Industrieparks. Die Federführung verlangt im wesentlichen Verwaltungs- und Koordinierungsaufgaben. Wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt hat, hätten diese ohne weiteres zum Gegenstand eines rechtlich selbständigen Vertrages zwischen der D. B. und einem sonstigen Dritten gemacht werden können. Ein rechtlicher Zusammenhang mit dem Kaufvertrag wird erst durch die zusätzliche Vereinbarung hergestellt, daß die Stellung der Federführenden auch eine Käuferpflicht sein solle. Das durch das Vorkaufsrecht geschützte Interesse des Berechtigten, den Kaufgegenstand eben zu jenen Bedingungen zu erhalten, die der Verkäufer mit irgend einem Dritten ausgehandelt hat, wird aber erst durch die im Hinblick auf die Federführung bestimmten Käuferpflichten berührt, nicht jedoch dadurch, daß der Verkäufer mit dem Erstkäufer eine rechtlich selbständige weitere Vereinbarung getroffen hat, aus der den Erstkäufer unabhängig vom Erhalt des mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks weitere Rechte und Pflichten treffen sollen.

cc) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die streitige Regelung für diesen auch nicht nach dem Fremdkörpergedanken deshalb unverbindlich, weil sie ausschließlich wegen der drohenden Ausübung der Vorkaufsrechte in den Vertrag aufgenommen worden sei und deshalb insgesamt wesensgemäß nicht zum Kaufvertrag gehöre. Diese Beurteilung teilt der Senat nicht.

Wird eine Vertragsgestaltung nur wegen der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts gewählt, ohne daß sie im Rahmen des Erstvertrages irgendwie geartete Vorteile für den Erstkäufer oder den Vorkaufsverpflichteten mit sich bringt, kann das allerdings regelmäßig dafür sprechen, daß sie mit dem eigentlichen Kauf und dem damit beabsichtigten Erwerbsvorgang nichts mehr zu tun hat.

So liegt es hier indes nicht, denn das Interesse der Verkäuferin an der Federführungsregelung war nicht auf den Vorkaufsfall als solchen bezogen, sondern auf die Wahrung ihrer Belange gegenüber den Käufern für den Fall, daß über einzelne Grundstücke des Euro-Industrieparks selbständige Kaufverträge zustande kommen würden.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Verkäuferin aufgrund ihrer gegenüber der Landeshauptstadt M. und den Erbbauberechtigten, die ihr Vorkaufsrecht nicht ausübten, fortbestehenden Haftung ein nachvollziehbares Interesse an der Sicherung der einheitlichen Bewältigung der den Käufern im Hinblick auf das private Erschließungssystem des Euro-Industrieparks auferlegten Aufgaben. ...

Es mag sein, daß die kaufvertragliche Verpflichtung, sich der Federführung zu unterwerfen, den wirtschaftlichen Interessen der Erstkäuferin in höherem Maße Rechnung trägt und der Beklagte die Unterwerfung unter eine fremde Federführung als stärker belastend empfindet. Dies liegt jedoch im Risikobereich des Vorkaufsberechtigten. Das Vorkaufsrecht vermittelt nicht die Befugnis, zu bestimmten Konditionen zu erwerben. Es läßt vielmehr dem Verpflichteten völlig freie Hand, den Gegenstand zu den Bedingungen zu verkaufen, die er für angemessen und richtig hält (BGHZ 77, 359, 363 [= MittBayNot 1980, 196 = DNotZ 1981, 240]; BGH WM 1964, 231, 232 [= DNotZ 1965, 35]; WM 1969, 1176, 1178 [= DNotZ 1970, 105]). Der Vorkaufsverpflichtete kann deshalb den Vertrag mit dem Erstkäufer nach seinen Interessen gestalten und braucht keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob die vereinbarten Leistungen vom Standpunkt des Vorkaufsberechtigten vertretbar erscheinen. Sind die vereinbarten Bedingungen für den Vorkaufsberechtigten unangemessen oder lästig, bleibt ihm die Möglichkeit, von der Ausübung seines Vorkaufsrechts Abstand zu nehmen. Entschließt er sich dagegen – wie vorliegend – zum Kauf, muß er auch

ungünstige Bedingungen grundsätzlich hinnehmen. Diese sind für ihn nur dann ausnahmsweise unverbindlich, wenn keiner der Vertragspartner im Rahmen des Erstvertrages an der betreffenden Regelung ein legitimes Interesse hat und sich diese damit als Fremdkörper in dem Kaufvertrag darstellt oder wenn der Sinn nur in einer Benachteiligung des Vorkaufsberechtigten liegt und sie diesen deshalb nicht binden.

Beides ist hier nicht der Fall. Feststellungen, die die Schlußfolgerung erlauben würden, die D. B. hätte nur deshalb der Klägerin die Federführung übertragen, um den Beklagten an der Ausübung seines Vorkaufsrechts zu hindern, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. ...

---

4. EGBGB 1986 Art. 233 § 2 a Abs. 1, Abs. 6; SachenRBerG § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c, § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 *(Besitzschutz und Anspruch auf Sachenrechtsbereinigung einer Bäuerlichen Handelsgenossenschaft)*

1. **Einer Bäuerlichen Handelsgenossenschaft, die aufgrund der Zusage des Rats der Stadt, ihr die Rechtsträgerschaft zu übertragen, auf einem volkseigenen Grundstück mit Eigenmitteln ein Gebäude errichtet hat, steht ein Anspruch auf sachenrechtliche Bereinigung auch dann zu, wenn es zu dem Rechtsträgerwechsel nicht gekommen ist; bis zur Durchführung der Bereinigung ist sie zum Besitz des Grundstücks berechtigt.**
2. **Das einstweilige Recht einer Bäuerlichen Handelsgenossenschaft zum Besitz eines ehedem volkseigenen Grundstücks, auf dem sie aufgrund einer zugesagten Rechtsträgerschaft mit Eigenmitteln ein Gebäude errichtet hat, kann vom Grundeigentümer nicht durch einseitige Erklärung (Art. 233 § 2 a Abs. 6 Satz 4 EGBGB) beendet werden.**
3. **Ein Recht zum Besitz steht dem Nutzer nach Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) EGBGB auch dann zu, wenn er das Gebäude vermietet hat.**
4. **Der Vortrag, Eigentümer eines ehedem volkseigenen Grundstücks zu sein, kann im Prozeß der Behauptung einer Tatsache gleichstehen.**

BGH, Urt. v. 2.6.1995 – V ZR 304/93 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch von A. sind die Grundstücke Flur 5, Flurstück 170/1, 171/1, 171/2 und 173/2 als Volkseigentum in der Rechtsträgerschaft des Rats der Stadt A. eingetragen. Auf den Grundstücken sind Gebäude errichtet, die, jedenfalls zum Teil, von der Beklagten gewerblich vermietet sind.

Die Klägerin hat die Beklagte aufgrund Eigentums auf Räumung und Herausgabe der Grundstücke in Anspruch genommen. Die Beklagte ist der Behauptung, sie nutze das Grundstück Flurstück 170/1, entgegengetreten, im übrigen hat sie ein Recht zum Besitz geltend gemacht. Die Bäuerliche Handelsgenossenschaft, aus der sie hervorgegangen sei, habe im Jahre 1985 mit dem Rat der Stadt A. eine Vereinbarung über die Übernahme der Rechtsträgerschaft getroffen.

Das Kreisgericht hat die Beklagte zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks Flurstück 171/1 verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Bezirksgericht unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite der Klage voll stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung fort. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das Eigentum der Klägerin an den Grundstücken unstreitig ist. Soweit die Beklagte die Nutzung bestreite, sei ihr Vortrag unsubstantiiert. Dasselbe gelte, soweit sie sich auf ein vertragliches Nutzungsrecht berufe. Die Voraussetzungen eines Rechts zum Besitz nach Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a EGBGB habe die Beklagte nicht dargetan; die Klägerin dagegen habe behauptet, die Flächen seien ohne Baugenehmigung und ohne ihre Einwilligung bebaut worden.

Dies hält der Revision nicht stand.

II. 1. Ohne Erfolg macht allerdings die Revision geltend, die Klägerin habe ihr Eigentum nicht schlüssig dargelegt, da aus der Rechtsträgerschaft an früherem Volkseigentum nicht notwendig die Rechtsinhaberschaft an dem am 3. Oktober 1990 entstandenen Grundeigentum (§ 903 BGB) folge.

2. Die Feststellung, daß die Beklagte Besitzerin auch des Grundstücks Flurstück 170/1 und damit Schuldnerin eines Herausgabe- und Räumungsanspruchs ist, hält dagegen der Verfahrensrüge nicht stand. ...

III. Auch die Verneinung eines Rechts der Beklagten zum Besitz (§ 986 BGB) hat keinen Bestand.

1. Das Berufungsgericht verkennt die Voraussetzungen, unter denen Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a EGBGB dem Nutzer eines im Beitrittsgebiet gelegenen Grundstückes Besitzschutz einräumt. Es unterstellt, alternativ zu einer Bebauung durch die Beklagte, daß die Grundstücke von der Bäuerlichen Handelsgenossenschaft mit Gebäuden versehen worden waren, die Beklagte „Gesamtrechtsnachfolgerin" dieser Genossenschaft ist und die Grundstücke nutzt. Die zur Begründung des Moratoriums zusätzlich erforderliche Billigung der Bebauung durch staatliche oder gesellschaftliche Organe hat die Beklagte, was das Berufungsgericht übersieht, schlüssig dargetan. Nach dem Vortrag der Beklagten erfolgte die Vereinbarung über den Rechtsträgerwechsel im Jahre 1985 zum Zwecke der Bebauung der Grundstücke durch die Bäuerliche Handelsgenossenschaft. Trifft dies zu, wurden die Bauten mit Billigung einer staatlichen Stelle, nämlich des Rates der Stadt, erstellt. Dies erfolgte, was Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a EGBGB nach dem Gesetzeswortlaut weiter voraussetzt, entsprechend den Rechtsvorschriften der DDR. Die Übertragung der Rechtsträgerschaft an einem volkseigenen Grundstück auf eine sozialistische Genossenschaft war in § 2 Abs. 1 Buchst. c der Anordnung über die Rechtsträgerschaft an volkseigenen Grundstücken vom 7. Juli 1969 (GBl II, 433) vorgesehen; damit ist dem Erfordernis jedenfalls genügt. Daß es zur Übertragung der Rechtsträgerschaft vom Rat der Stadt auf die Handelsgenossenschaft nach den Vorschriften des § 3 Abs. 3 der Anordnung nicht mehr gekommen ist, steht dem Eingreifen des Moratoriums nicht entgegen. Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a EGBGB dient gerade der zeitweiligen Überbrückung sog. hängender Fälle bis zu deren Bereinigung durch ein besonderes Gesetz (Begr. des Reg.Entw. des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes vom 14. Juli 1992, BR-Drucks. 227/92, S. 234).

Die Vermietung der Flächen steht zu der vom Gesetz geforderten Eigennutzung nicht in Widerspruch. Die Erzielung von Mietzins ist eine Nutzung im Sinne der §§ 100, 99 Abs. 3 BGB. Sie steht anderen Nutzungen, wie dem Gebrauch der Sache oder der Gewinnung von Erzeugnissen oder anderer Ausbeute (§§ 100, 99 Abs. 1 BGB), auch bei der Anwendung des Moratoriums gleich (OLG Rostock, OLG-NL 1995, 41 und Nichtannahmebeschluß des Senats v. 20. Oktober 1994, V ZR 25/94, unveröffentlicht; ebenso OLG Naumburg DtZ 1993, 252; OLG Dresden VIZ 1994, 489; a. A. *Jäckle*, OV Spezial 20/93, S. 4). Eine Beschränkung des Moratoriums auf die höchstpersönliche Nutzung, die etwa daran anknüpfte, daß das Gesetz von der Nutzung durch den Berechtigten „selbst" ausgeht, würde dem Zweck der Regelung nicht gerecht. Dieser besteht darin, eine vorläufige Sicherung der Rechtsverhältnisse zu erreichen, die für eine Bereinigung durch sachenrechtliche Teilhabe des Nutzers an Grund und Boden oder am Gebäude in Frage kommen (BR-Drucks. 227/92, S. 234). Für eine Bereinigung unter diesem Gesichtspunkt ist der Umstand, daß der Berechtigte das Gebäude durch Vermietung nutzt, statt den Gebrauch selbst auszuüben, nicht ausschlaggebend. Dies ist durch das am 1. Oktober 1994 in Kraft getretene Sachenrechtsbereinigungsgesetz – SachenRBerG (Art. 1 des Sachenrechtsänderungsgesetzes v. 21. September 1994, BGBl I, 2457) bestätigt worden (vgl. § 9 SachenRBerG).

Revisionsrechtlich ist danach davon auszugehen, daß der Besitz der Beklagten bei Erlaß des Berufungsurteils am 25. November 1993 durch das Moratorium geschützt war. Dieses wirkte nach Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 2 EGBGB nämlich bis zur Bereinigung der Rechtsverhältnisse durch besonderes Gesetz, mithin bis 30. September 1994, fort.

2. Das danach begründete Recht zum Besitz besteht gemäß Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 3 EGBGB bis zur Bereinigung des Rechtsverhältnisses der Parteien nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz weiter. Auf der Grundlage ihres Vortrags steht der Beklagten gegen die Klägerin ein bereinigungsrechtlicher Anspruch nach § 4 SachenRBerG, auf den das Moratorium Bezug nimmt, in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c, § 3 Abs. 2 und § 7 SachenRBerG zu. §§ 4 Nr. 3, 7 Abs. 1 SachenRBerG sehen eine Bereinigung nach den Vorschriften über die Nutzung fremder Grundstücke durch den Bau oder den Erwerb von Gebäuden u.a. für den Fall der Nutzung der Gebäude für gewerbliche Zwecke vor. Eine solche Nutzung ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 SachenRBerG insbesondere gegeben, wenn Genossenschaften mit gewerblichem Geschäftsgegenstand Rechtsträgerschaften an Grundstücken übertragen worden sind, sie die Grundstücke bebaut und den Bau ganz oder überwiegend mit eigenen Mitteln finanziert haben. Die letzte Voraussetzung ist in das Gesetz aufgenommen worden, um die Fälle auszuscheiden, in denen den Genossenschaften nach § 3 Abs. 2 Buchst. c der Anordnung über die Rechtsträgerschaft an volkseigenen Grundstücken zugleich unbewegliche volkseigene Grundmittel (Gebäude und bauliche Anlagen) übertragen worden sind; in solchen Fällen liegt eine, den Bereinigungsanspruch rechtfertigende Investition der Genossenschaft nicht vor (*Czub* in *Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz*, SachenRBerG, § 7 Rdnrn. 5 bis 8). Der Vortrag der Beklagten genügt dieser Voraussetzung, denn aus dem behaupteten Zweck des Rechtsträgerwechsels folgt, daß der Genossenschaft keine volkseigenen Grundmittel übertragen werden sollten, diese vielmehr eigene bauliche Investitionen beabsichtigte. Das Ausbleiben des Rechtsträgerwechsels steht dem bereinigungsrechtlichen Anspruch der Beklagten nicht entgegen, denn die Bereinigung zur Absicherung baulicher Investitionen, die aufgrund von Rechtsträgerschaften vorgenommen wurden (§ 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SachenRBerG), soll nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SachenRBerG auch dann stattfinden, wenn die Absicherung nach den Rechtsvorschriften der DDR vorgesehen war, dann aber nicht erfolgt ist. Hiermit führt das Gesetz die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c SachenRBerG aufgenommenen „hängenden Fälle" (mit Billigung staatlicher Stellen von einem anderen als dem Eigentümer für bauliche Zwecke in Anspruch genommene Grundstücke) der allgemeinen bereinigungsrechtlichen Regelung zu.

3. Das Recht der Beklagten zum Besitz wurde nicht durch das Herausgabeverlangen der Klägerin nach Art. 233 § 2 a Abs. 6 Satz 4 EGBGB zum Erlöschen gebracht. Nach dieser Vorschrift kann das Moratorium ohne Einhaltung einer Frist durch einseitige Erklärung des Grundeigentümers beendet werden, wenn es sich um ein ehemals volkseigenes Grundstück handelt und seine Nutzung am 2. Oktober 1990 auf Rechtsträgerschaft beruhte (Satz 4 Fallgruppe c). Zwar zählte die Bäuerliche Handelsgenossenschaft nicht zu den Genossenschaften oder Betrieben, die in dieser Vorschrift von dem Lösungsrecht des Grundeigentümers ausgenommen sind, nämlich den landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften, volkseigenen Betrieben der Wohnungswirtschaft, Arbeiter-Wohnungsbaugenossenschaften oder gemeinnützigen Wohnungsgenossenschaften. Eine Ausdehnung der Befreiung von dem Lösungsrecht auf andere Genossenschaften ist auch nicht möglich, denn die Befreiung steht in innerem Zusammenhang zu dem durch Art. 233 § 2 b EGBGB geschaffenen Gebäudeeigentum ohne dingliches Nutzungsrecht (Gegenäußerung der Bundesregierung zu dem Vorschlag des Bundesrates, die Möglichkeit weiterer Ausnahmen von dem Lösungsrecht, etwa zugunsten der Konsumgenossenschaften, zu prüfen; BT-Drucks. 12/2695, S. 32). Zu den Gebäudeeigentümern nach dieser Vorschrift zählen die Nutzer von Gebäuden Bäuerlicher Handelsgenossenschaften nicht.

Für die Revision ist aber davon auszugehen, daß das Lösungsrecht des Grundeigentümers nach seiner Zweckbestimmung auf das Verhältnis der Parteien nicht anzuwenden ist. Nach dem Regelbild des DDR-Rechts war der Rechtsträgerwechsel ein Instrument, sozialistischen Genossenschaften volkseigene Grundstücke in Verbindung mit der Übertragung volkseigener unbeweglicher Grundmittel zur Verfügung zu stellen (vgl. oben zu 2). In diesem Falle nutzte die Genossenschaft im Rahmen einer ihr übertragenen staatlichen Aufgabe staatliches Vermögen (sog. Fondsbeteiligung; vgl. § 19 Abs. 3 ZGB), ohne eine Investition aus Eigenmitteln vorzunehmen. Eine Rechtfertigung für eine dingliche Teilhabe an der mit staatlichen Mitteln erfolgten baulichen Investition und damit für die einstweilige Einräumung von Besitzschutz bestand dann nicht. Auf diese Sachlage ist Art. 233 § 2 a Abs. 6 Satz 4 Buchst. c EGBGB zugeschnitten. Trat die Rechtsträgerschaft dagegen im Falle der Eigeninvestition der Genossenschaft an die Stelle der Verleihung eines Nutzungsrechtes (§ 1 des Gesetzes über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken v. 14. Dezember 1970, GBl I 372), lag ein bereinigungsbedürftiger Tatbestand vor, der eine einstweilige Aufrechterhaltung der Besitzverhältnisse gebot. Diese aus dem Gesetzeszweck hergeleitete Einschränkung des dem Grundstückseigentümer nach dem Gesetzeswortlaut eingeräumten Lösungsrechtes ist durch den Bereinigungsanspruch (s. oben 2) bestätigt worden, der der Genossenschaft, die aufgrund der Rechtsträgerschaft am Grundstück eine bauliche Investition vorgenommen hat, eingeräumt worden ist.

IV. 1. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, denn die Klägerin hat für den Besitz der Beklagten, die Beklagte für ihr Recht hierzu Beweis angetreten, der noch nicht erhoben ist. ...

2. Sollte sich bei der erneuten Verhandlung herausstellen, daß die Beklagte außerstande ist, die Grundstücke von ihrer Mieterin zurückzuerlangen, und hat sie ihr Unvermögen nicht nach §§ 989 ff BGB zu vertreten, wird der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, ihren Antrag auf die Abtretung des Herausgabeanspruchs umzustellen (BGHZ 53, 29).

---

5. BGB §§ 1149, 1229 *(Verfallabrede mit dinglich nicht gesicherten Gläubigern)*

Das Verbot einer Verfallabrede ist auf entsprechende Vereinbarungen mit dinglich (pfandrechtlich) nicht gesicherten Gläubigern (hier: Vereinbarung eines Bürgen mit dem Darlehensschuldner zur Übertragung eines Grundstücks unter bestimmten Voraussetzungen) auch analog nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 23.6.1995 – V ZR 265/93 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin erwarb auf Vermittlung der Beklagten Mitte 1990 ein bebautes Grundstück zum Preis von 240.000 DM. Sie bestritt die Notar-, Grundbuch- und Maklerkosten sowie einen Kaufpreisanteil von 13.000 DM aus Eigenmitteln. Der restliche Kaufpreis wurde durch Bankdarlehen finanziert, deren Tilgung über von der Klägerin zu diesem Zweck abgeschlossene Lebensversicherungsverträge erfolgen sollte. Die Darlehen wurden durch Grundschulden auf dem Kaufgrundstück und eine selbstschuldnerische, auf die Darlehenslaufzeit von fünf Jahren befristete Bürgschaft der Beklagten gesichert.

Mit notariellem Vertrag vom 10.5.1990 verpflichtete sich die Klägerin, der Beklagten das Eigentum an dem erworbenen Hausgrundstück unter anderem dann zu übertragen, falls sie mit zwei fälligen Zins- und Tilgungsraten oder Lebensversicherungsbeiträgen (Monatsbeiträgen) in Zahlungsverzug geraten sollte. Für diesen Fall war die Beklagte unwiderruflich bevollmächtigt, den Übertragungsvertrag unter Befreiung von § 181 BGB abzuschließen und die Auflassung zu erklären. Sie war dabei berechtigt und verpflichtet, die aufgrund des Finanzierungsplans zum Zeitpunkt des Übertragungsverlangens noch bestehenden Verbindlichkeiten in der Höhe zu übernehmen, wie sie bei einer vertragsgemäßen Zahlung gegenüber den Kreditgebern bestanden hätten. Die Übertragungsverpflichtung der Klägerin war auf die Laufzeit der Bürgschaft, nämlich fünf Jahre, beginnend ab dem 1.8.1990, befristet.

Im Verlaufe des Jahres 1991 geriet die Klägerin sowohl bei den Zinszahlungen als auch bei den Lebensversicherungsbeiträgen mit mehr als zwei Monatsraten in Verzug. Die Bank stellte daraufhin ihren Rückzahlungsanspruch fällig, forderte von der Beklagten als Bürgin 209.969,85 DM und erwirkte gegen sie einen Mahnbescheid. Nach Widerspruch wurde das Mahnverfahren nicht weiter betrieben; die Beklagte hat keine Zahlungen an die Darlehensgeber geleistet.

Am 3.7.1992 schloß die Beklagte im eigenen Namen und zugleich in Ausübung der ihr eingeräumten Vollmacht einen notariellen Übertragungsvertrag über das an Dritte vermietete Anwesen der Klägerin samt Auflassung ab. Die Eintragung des Eigentumswechsels wurde vom Grundbuchamt abgelehnt.

Die Klägerin hat primär beantragt, festzustellen, daß die notarielle Vereinbarung vom 10.5.1990 insoweit nichtig sei, als sie die Eigentumsumschreibung an einen bloßen Zahlungsverzug der Klägerin koppelt. Hilfsweise hat sie die Feststellung begehrt, daß die Eigentumsübertragung nur zur Sicherung für den Fall einer Erfüllung der Bürgschaftsschuld erfolgen könne. Äußerst hilfsweise hat sie beantragt, der Beklagten die Verwertung des Grundstücks zu untersagen, ohne daß sie als Bürgin Zahlungen an die Gläubigerbanken getätigt hat. Die Beklagte hat im Wege der Widerklage die Zustimmung der Klägerin zu ihrer (der Beklagten) Eintragung als Alleineigentümerin des Grundstücks begehrt.

Land- und Oberlandesgericht haben der Klage im Hauptantrag stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Revision führte zur Abweisung der Klage und zum Erfolg der Widerklage.

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist begründet.

I. Das Berufungsgericht meint, der Vertrag vom 10.5.1990 enthalte eine verbotene Verfallvereinbarung und sei deshalb nichtig. Es sei nicht nur eine Sicherungsübereignung, sondern eine endgültige Vollrechtsübertragung zum Zwecke der Befriedigung der Bürgin verabredet worden. Mit Ausnahme der Tatsache, daß nicht die abzulösende Forderung hypothekarisch gesichert gewesen sei, sondern nur die wirtschaftlich gleichen Forderungen der Banken, liege „exakt der Fall des § 1149 BGB" vor. Zwar habe der Gesetzgeber die Verfallabrede vor Fälligkeit der Forderung zum Zwecke der Befriedigung nur beim Hypothekengeschäft und dem Mobiliarpfand ausdrücklich untersagt. Diesem Verbot komme aber der Charakter eines allgemeinen Rechtssatzes zu. Die §§ 1149, 1229 BGB müßten deshalb auf entsprechende Vereinbarungen mit nicht grundpfandrechtlich gesicherten Gläubigern von Grundstückseigentümern analog angewendet werden, weil die Interessenlage der Beteiligten und der Grund der Mißbilligung identisch seien.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Nach § 1149 BGB kann der Grundstückseigentümer, solange nicht die durch die Hypothek gesicherte Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen. Dieses gesetzliche Verbot einer Verfallsabrede gilt entsprechend für eine Grundschuld oder Rentenschuld (§ 1192 BGB) sowie eine Reallast (§ 1107 BGB) und mit abweichendem Wortlaut, aber ohne sachliche Änderungen für das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1229 BGB) und an Rechten (§§ 1275, 1277 BGB).

Die Abrede, daß ein Pfand dem Gläubiger bei unterbliebener Rückzahlung der Forderung verfallen sein soll, war schon in den Partikularrechten wegen ihres häufig wucherischen Charakters verboten (KG HRR 1933, 198 m.w.N.; MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl., § 1149 Rdnr. 1). Die eigentümliche Gefahr einer solchen Vereinbarung liegt unter anderem darin, daß der Schuldner, um in der Gegenwart Kredit zu erhalten, in den Verlust der meist wertvolleren Pfandsache für den in der Zukunft liegenden und von ihm nicht ernst genommenen Fall der Zahlungsschwierigkeiten einwilligt in der trügerischen Hoffnung, er werde vor dem Verfallstag durch Zahlung das Pfand einlösen können (*Gaul*, AcP 168, 351, 374 m.w.N.). Die Verfallabrede eröffnet damit einen Weg zur Knebelung des unvorsichtigen oder in einer Notlage befindlichen Schuldners. Das Bürgerliche Gesetzbuch mißbilligt nach dem uneingeschränkten Wortlaut der Verbotsnorm der-

artige Verfallabreden bereits wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit. Für die Anwendbarkeit des Verbots ist es danach unerheblich, ob dem Gläubiger nur das Recht eingeräumt wurde, das Grundstück in Zahlung zu nehmen, oder ob er berechtigt sein soll, das Grundstück zu einem bestimmten Preis zu übernehmen und den etwaigen Überschuß herauszuzahlen (Motive zum Entwurf eines BGB, Band III, S. 820, 821; MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl. § 1149 Rdnr. 5; BGB-RGRK/*Mattern*, 12. Aufl., § 1149 Rdnr. 4; *Staudinger/Scherübl*, BGB; 12. Aufl., § 1149 Rdnr. 3). Eine unzulässige Verfallvereinbarung liegt nur dann vor, wenn das Recht dem Gläubiger vor Fälligkeit seiner Forderung eingeräumt wird und ihm gerade unter der Bedingung zustehen soll, daß er trotz Fälligkeit seiner Forderung nicht ordnungsgemäß befriedigt wird (RGZ 92, 101, 105; 130, 227, 228; RG JW 1935, 2886; RG SeuffArch 81 Nr. 8; BayObLG, Rpfleger 1993, 58, 59 m.w.N.). Die Eigentumsverschaffung muß ferner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers erfolgen und der Zwang zur Sachverwertung durch die vereinbarte Sachübertragung ersetzt werden (MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl., § 1149 Rdnr. 6 m.w.N.).

2. Offenbleiben kann, ob – wie die Revision meint – die Eigentumsübertragung gerade keine Befriedigung der Beklagten wegen ihrer Forderung aus der Bürgschaft bewirken sollte oder konnte. Die Anwendung des Verfallverbots scheitert nämlich jedenfalls unter einem anderen Gesichtspunkt.

Es mag sein, daß alle Eigentümer, die mit ihren Gläubigern eine Verfallabrede der vorliegenden Art treffen, sich der trügerischen Hoffnung hingeben, die von ihnen aufgenommenen Kredite würden nicht notleidend, weil sie ihre Pflichten erfüllen könnten und ihnen damit das Eigentum an der verfallbedrohten Sache erhalten bliebe. Richtig ist auch, daß der Gesetzgeber unter anderem vor diesem Hintergrund einer abstrakten Gefährlichkeit Verfallabreden der in § 1149 und § 1229 BGB genannten Art untersagt hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann dieses Verbot aber nicht losgelöst von der Hingabe eines dinglichen Sicherungsrechts als Schutznorm für jeden Eigentümer gegenüber seinen Gläubigern verstanden und ausgeweitet werden. Es würde dann nämlich auf Fälle angewendet, die dem im Gesetz entschiedenen gerade nicht rechtsähnlich sind, weil sie ihnen in einem maßgeblichen Punkt nicht gleichen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit den einschlägigen Bestimmungen die „lex commissoria" vom reinen Wucherschutz gelöst und so ausgestaltet, daß der Pfandschuldner vor Eintritt der Forderungsfälligkeit nicht auf die zu seinem Schutz gebotene Verwertung des Pfandes durch den Verfall „an Zahlungs Statt" verzichten kann. Hintergrund dieses Verbots ist mithin die Hingabe einer (dinglichen) Sicherheit und die Vorstellung, der „Verpfänder" werde dann ausreichend geschützt, wenn der Pfandgläubiger bei Fälligkeit der gesicherten Forderung gezwungen ist, den Pfandgegenstand im Wege der gesetzlich vorgesehenen Verwertungsmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen. Die vertragliche Umwandlung in ein Verfallpfand sollte ausgeschlossen werden (vgl. Motive zum Entwurf des BGB, Band III. S. 680, 681; *Raape*, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung, 1913, S. 30; MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl., § 1149 Rdnr. 3; *Staudinger/Wiegand*, BGB, 12. Aufl., § 1229 Rdnr. 2). Die §§ 1149, 1229 BGB sind somit eine Sonderregelung über die Realisierung einer dinglichen Sicherheit, d. h. eine charakteristische Voraussetzung des Verfallverbots ist unter anderem die Abrede des Verfalls einer Sicherheit in ihrer Eigenschaft als Sicherheit (vgl. auch Raape a. a. O., S. 45 ff.). Nicht aber bedeutet das Verbot die generelle Anerkennung einer besonderen Schutzwürdigkeit des Sacheigentümers. So hat das Reichsgericht die Rechtslage vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches schon dahin beschrieben, daß das Verbot der Verfallabrede ganz überwiegend dem Sachenrecht zugehöre und die „Art der Realisierung des Pfandrechts regele" (RGZ 4, 51, 53). Die Auffassung des Berufungsgerichts und einige Stimmen in Rechtsprechung (LG Stuttgart, BW NotZ 1976, 86, 87) und Literatur (vgl. MünchKomm-BGB/*Eickmann*, 2. Aufl., § 1149 Rdnr. 12; *Palandt/Bassenge*, BGB, 54. Aufl., § 1149 Rdnr. 1; *Soergel/Konzen*, BGB, 12. Aufl., § 1149 Rdnr. 4) vernachlässigen zu Unrecht diesen wesentlichen gesetzgeberischen Hintergrund. Sie verwischen damit in einem grundsätzlich auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit aufbauenden Rechtssystem auch den Unterschied zu einer anderen gesetzlichen Regelung: Jeder Schuldner kann für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, nicht nur eine Geldzahlung, sondern auch jede andere Leistung (§ 342 BGB) als Vertragsstrafe versprechen oder den Verlust eigener Rechte vereinbaren (vgl. Senatsurt. v. 22.1.1993, NJW-RR 1993, 464, 465). Auch in diesen Fällen ist das Versprechen bedingt durch die nicht ordnungsgemäße Erfüllung einer Verbindlichkeit, und es besteht die Gefahr einer Schädigung des unvorsichtigen oder in einer Notlage befindlichen Schuldners. Das Gesetz gewährt insoweit aber nur Schutz durch die Möglichkeit einer Herabsetzung der Vertragsstrafe (§ 343 BGB) oder durch die Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Das Verbot der Verfallabrede ist deshalb auf entsprechende Vereinbarungen mit pfandrechtlich nicht gesicherten Gläubigern unanwendbar (so auch *Raape* a. a. O., S. 50; *Erman/Räfle*, BGB, 9. Aufl., § 1149 Rdnr. 2).

...

III. ...

IV. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Aufgrund der wirksamen Vereinbarung vom 10.5.1990 ist die Klägerin zur Übertragung des Volleigentums an dem Grundstück auf die Beklagte verpflichtet. Den nach dem Inhalt der Vereinbarung vorausgesetzten Zahlungsverzug mit zwei Monatsraten der Kreditzinsen und der Lebensversicherungsprämien hat das Berufungsgericht bindend festgestellt (§ 561 Abs. 2 ZPO). Damit besteht der von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Zustimmung zur Grundbucheintragung der Beklagten. Die mit der Klage geltend gemachten Anträge sind demgegenüber unbegründet. Das Berufungsgericht hat die Vereinbarung der Parteien aufgrund deren übereinstimmenden Prozeßvortrags mit dem Landgericht dahin ausgelegt, daß diese nicht auf die Begründung von Sicherungseigentum, sondern auf die endgültige Vollrechtsübertragung gerichtet war. Dies wird von den Parteien hingenommen und läßt auch keine Rechtsfehler erkennen. Damit sind auch die Klagehilfsanträge abzuweisen.

6. BGB § 366; AGBG § 3 *(Ablösung einer Grundschuld, die Darlehensforderungen gegen mehrere Personen sichert)*

Die Tilgungsbestimmung des Grundstückseigentümers ist auch dann maßgebend, wenn die Grundschuld mehrere Forderungen sichert und wenn sich diese gegen verschiedene Schuldner richten. Sie braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, sondern kann sich auch stillschweigend aus den Umständen des Einzelfalles, insbesondere aus der Interessenlage ergeben.

BGH, Urteil vom 27.6.1995 – XI ZR 213/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin fordert von der Beklagten die Rückzahlung eines restlichen Darlehensbetrages in Höhe von 170.709,91 DM.

Die Klägerin gewährte der Beklagten im Jahre 1978 ein Darlehen in Höhe von 200.000 DM und im Jahre 1982 ein weiteres in Höhe von 110.000 DM. Die beiden Darlehen wurden durch zwei Grundschulden in Höhe von 200.000 DM und 100.000 DM auf dem der Beklagten gehörenden Einfamilienwohnhaus in S. gesichert. Für die Grundschuld über 200.000 DM wurde als Sicherungszweck vereinbart, daß sie zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche gegen die Beklagte dienen sollte. Für die im Februar 1982 bestellte Grundschuld über 100.000 DM wurde der Sicherungszweck auf alle bestehenden und künftigen Ansprüche gegen den Ehemann der Beklagten erweitert. Dieser ist Immobilienkaufmann und hat bei der Klägerin ebenfalls erhebliche Schulden.

In der Folgezeit wurden hinsichtlich des Darlehens über 200.000 DM mehrfach neue Vereinbarungen getroffen. Insbesondere wurde 1983 der vorher als Bürge haftende Ehemann der Beklagten neben dieser als Darlehensnehmer mitverpflichtet.

Bei der Rückzahlung der Kredite geriet die Beklagte anschließend in Schwierigkeiten. Am 30.9.1989 waren die Darlehensschulden der Beklagten auf 200.269 DM und 184.268 DM angewachsen. Es kam zur Veräußerung des Einfamilienhauses der Beklagten, auf dem die oben genannten Grundschulden lasteten. Die als Treuhänderin eingeschaltete Kreissparkasse (KSK) O. stellte der Klägerin aus dem Verkaufserlös einen Betrag von 333.300 DM zur Verfügung. Diesen verwendete die Klägerin dazu, den Restsaldo aus dem Darlehen von 200.000 DM zu tilgen. Mit einem weiteren Teilbetrag in Höhe von 119.670,49 DM deckte sie Schulden des Ehemanns der Beklagten ab. Zur Verminderung der weiteren Schulden der Beklagten aus dem Darlehen von ursprünglich 110.000 DM verblieb aus dem Erlös nur ein Betrag in Höhe von 13.360,41 DM. Die danach von ihr mit 170.907,91 DM errechnete Restforderung macht die Klägerin mit der Klage geltend.

Die Beklagte ist der Ansicht, daß die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, den Erlös aus der Veräußerung des Hauses teilweise zur Tilgung von Schulden ihres Ehemannes zu verwenden.

Das Landgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen und die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 51.237,42 DM nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Revision hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, den Betrag von 119.670,49 DM zur Tilgung der Darlehensschulden der Beklagten zu verwenden. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Aus der Abwicklung des Treuhandauftrages durch die KSK O. lasse sich eine Zweckbindung des an die Klägerin überwiesenen Verkaufserlöses nicht ableiten. Zwar habe das veräußerte Eigenheim im Alleineigentum der Beklagten gestanden. Daraus ergebe sich jedoch nicht zwingend, daß die Verwertung des Veräußerungserlöses ausschließlich zugunsten der Beklagten habe vorgenommen werden dürfen. Seit Jahren hätten auch erhebliche Forderungen der Klägerin gegen den Ehemann der Beklagten bestanden, die ebenfalls im Rahmen einer einvernehmlichen Gesamtbetrachtung hätten abgewickelt werden sollen. Im übrigen sei spätestens 1983 auch eine ausdrückliche Verbindung zwischen den Grundschulden und dem Ehemann der Beklagten als Kreditnehmer der Klägerin hergestellt worden.

Es könne offenbleiben, ob die in der Grundschuldbestellung der Beklagten vom 8.2.1982 enthaltene erweiterte Zweckbestimmung als Überraschungsklausel nach § 3 AGBG unwirksam sei. Denn ein im Jahre 1982 möglicherweise zu bejahender überraschender Charakter der Einbeziehung auch des Kreditverhältnisses der Klägerin zum Ehemann der Beklagten habe spätestens seit Herbst 1983 nicht mehr bestanden. In diesem Zeitpunkt sei das auf fünf Jahre befristet gewesene Darlehen über 200.000 DM ausgelaufen und neu konditioniert worden. Dabei sei nunmehr ausdrücklich auch der Ehemann der Beklagten als Darlehensnehmer aufgetreten. Die von beiden Eheleuten unterzeichnete Urkunde nehme ausdrücklich auf die beiden Grundschulden Bezug. Dasselbe habe sich im September 1984 und im April 1986 wiederholt. Unter diesen Umständen könne nicht mehr von einer im Sinne der Rechtsprechung zur Zweckerklärung bei Sicherungsgrundschulden überraschenden Haftungserweiterung gesprochen werden.

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei berechtigt, den Erlös aus der Veräußerung des Grundstücks der Beklagten teilweise zur Tilgung von Schulden des Ehemannes der Beklagten zu verwenden, wird durch die bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen.

1. Selbst wenn man die Erstreckung der Haftung der Grundschulden auf Ansprüche gegen den Ehemann der Beklagten als wirksam ansähe, berechtigt das die Klägerin nicht, einseitig zu bestimmen, auf welche der gesicherten Forderungen der Erlös zu verrechnen war.

a) Das Recht zu bestimmen, welche von mehreren gesicherten Forderungen getilgt werden soll, steht grundsätzlich nicht dem Gläubiger und Sicherungsnehmer, sondern dem Schuldner zu (vgl. § 366 Abs. 1 BGB). Sind die Parteien sich bei der Leistung über die Anrechnung einig, so gilt ihr übereinstimmender Wille. Eine Anrechnungsabrede schließt das Bestimmungsrecht des Schuldners aus (vgl. BGH, NJW 1984, 2404). Den Zweckvereinbarungen zwischen der Klägerin und der Beklagten, in denen ebenfalls geregelt werden konnte, wie Zahlungen des Sicherungsgebers oder des persönlichen Schuldners zu verrechnen sind (vgl. *Staudinger/Scherübl*, BGB, 11. Aufl., § 1199 Rdnr. 22; *Palandt/Bassenge*, BGB, 54. Aufl., § 1191 Rdnr. 17), lassen sich diesbezügliche Vereinbarungen der Parteien nicht entnehmen. Die Zweckbestimmungen bezeichnen nur die gesicherten Forderungen. Sie räumen der Klägerin nicht das Recht ein, unter den verschiedenen gesicherten Schuldverhältnissen dasjenige zu bestimmen, auf das eine von der Beklagten als Eigentümerin geleistete Zahlung zu verrechnen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 1036, 1037).

b) Ob die von der Klägerin vorgenommene Verrechnung zwischen den Parteien nachträglich stillschweigend vereinbart worden ist, bedarf noch der Klärung. Eine solche stillschweigende Abrede kann auch dadurch getroffen werden, daß der Schuldner eine Anrechnungserklärung des Gläubigers widerspruchslos hinnimmt (vgl. MünchKomm/*Heinrichs* 3. Aufl., § 366 BGB Rdnr. 7). ...

c) Kann eine Verrechnungsvereinbarung nicht festgestellt werden, wäre zu prüfen, ob die Beklagte mit der Überweisung des Erlöses durch eine stillschweigende Tilgungsbestimmung die gegen sie bestehenden Darlehensforderungen der Klägerin bezahlt hat. Die Tilgungsbestimmung braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden, sondern kann sich auch konkludent aus den Umständen des Einzelfalles, insbesondere aus der Interessenlage ergeben (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 562, 565 und BGH, WM 1991, 195, 196). Die Tilgungsbestimmung der Beklagten als persönliche Schuldnerin und Sicherungsgeberin ist auch dann maßgebend, wenn die Grundschuld mehrere Forderungen sichert und wenn sich diese gegen verschiedene Schuldner richten (BGH, NJW-RR 1989, 1036, 1037). Es liegt nahe, daß die Beklagte mit der Überweisung des Erlöses aus dem Verkauf des ihr allein gehörenden Hauses an die Klägerin ihre im Zusammenhang mit dem Erwerb des Hauses begründeten Darlehensverbindlichkeiten bei der Klägerin tilgen wollte und nicht damit nicht zusammenhängende Schulden ihres Ehemannes. Der Umstand, daß auf dem Überweisungsträger der als Treuhänderin eingeschalteten KSK O. ausdrücklich vermerkt war „Ablösung/Eheleute H. und I. Z., P.weg ..." spricht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht für eine andere Tilgungsbestimmung der Beklagten. Der Ehemann der Beklagten war seit den vertraglichen Änderungen im Herbst 1983 neben der Beklagten Mitverpflichteter des Darlehens über 200.000 DM.

2. Auch die Überlegungen, mit denen das Berufungsgericht die in der Grundschuldbestellung der Beklagten vom 8.2.1982 enthaltene erweiterte Zweckbestimmung (zusätzliche Absicherung aller Ansprüche aus der Geschäftsbeziehung der Klägerin mit dem Ehemann der Beklagten) für wirksam hält, sind nicht frei von Rechtsfehlern und lassen wesentliche Gesichtspunkte außer Betracht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die formularmäßige Erweiterung der dinglichen Haftung des Sicherungsgebers für alle bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten eines Dritten grundsätzlich überraschend und wird daher gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil. Das gilt auch dann, wenn der Dritte der Ehegatte des Sicherungsgebers ist. Der überraschende Charakter entfällt nur dann, wenn der Sicherungsgeber und der Dritte persönlich und wirtschaftlich so eng verbunden sind, daß das Risiko künftiger, von der Grundschuldbestellung erfaßter Verbindlichkeiten für den Sicherungsgeber berechenbar und vermeidbar ist, wenn im Rahmen von Verhandlungen auf die Erweiterung der dinglichen Haftung hingewiesen worden ist, oder wenn der Sicherungsgeber ein mit Kreditgeschäften vertrautes Unternehmen ist (vgl. Senatsurteil, NJW 1994, 2145 m.w.N. [= MittBayNot 1994, 315]). Diese Voraussetzungen sind hier ersichtlich nicht gegeben.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nicht angenommen werden, der Überraschungseffekt der erweiterten Zweckvereinbarung entfalle ausnahmsweise, weil unter Berücksichtigung der Einbeziehung der Beklagten in die gesamten geschäftlichen Aktivitäten ihres Ehemannes von einer besonders engen persönlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit der Beklagten als Sicherungsgeberin mit ihrem Ehemann auszugehen sei. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß ausreichende tatsächliche Feststellungen für eine solche Schlußfolgerung fehlen. Hierfür reicht der Umstand allein nicht aus, daß die Beklagte seit Anfang 1983 zur alleinvertretungsbefugten Geschäftsführerin einer von mehreren von ihrem Ehemann gegründeten Gesellschaften bestellt ist.

Durch die nachträglichen Vereinbarungen vom Herbst 1983 wurde der bisher als Bürge für das Darlehen über 200.000 DM haftende Ehemann der Beklagten neben der Beklagten Mitverpflichteter aus dem Darlehensvertrag. Die aus diesem Anlaß wieder mitvereinbarte Zweckvereinbarung vom Februar 1982 verlor deshalb nicht ihren überraschenden Charakter. Eine solche dem Sicherungsgeber ein unkalkulierbares Risiko aufbürdende Ausweitung des Sicherungszwecks der Grundschuld liegt außerhalb des durch den Anlaß dieses Geschäfts bestimmten Rahmens (vgl. dazu BGHZ 103, 72, 80 [= DNotZ 1988, 492]; 106, 19, 23 [= MittBayNot 1989, 207 = DNotZ 1989, 609]). Das gilt ebenso für die die Darlehensbedingungen neu festlegenden Vereinbarungen vom September 1984 und vom April 1986.

Die Klägerin hat allerdings behauptet, daß sie bei den Vereinbarungen im Februar 1982 ausdrücklich auf die Erweiterung der Zweckbestimmung der Grundschuld hingewiesen habe. Die Beklagte hat dies jedoch bestritten. Das Berufungsgericht hat eine Beweisaufnahme insoweit zu Unrecht nicht für erforderlich gehalten.

---

7. WEG §§ 10, 23 Abs. 4 *(Zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschluß)*

1. **Der in einer Gemeinschaftsordnung festgelegte Kostenverteilungsschlüssel kann, wenn die Gemeinschaftsordnung nichts anderes vorsieht, selbst bei einer auf Dauer nicht fertiggestellten Wohnanlage nur durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geändert werden.**
2. **Der Anfechtung eines gleichwohl gefaßten Mehrheitsbeschlusses durch einen Gemeinschafter kann nicht entgegengehalten werden, daß der Anfechtende nach Treu und Glauben verpflichtet sei, einer Änderung des Verteilungsschlüssels zuzustimmen.**

BGH, Beschl. vom 13.7.1995 – V ZB 6/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 bis 6 sind die Mit- und teilweise Sondereigentümer einer Terrassenwohnanlage, mit deren Bau 1979 begonnen, die aber wegen Vermögensverfalls des Bauträgers nur zu 54,1% fertiggestellt wurde; der hangabwärts gelegene Teil ist nicht erstellt worden.

Nach der Teilungserklärung haben sich die Eigentümer im Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile an der Aufbringung der Mittel und an den Kosten zu beteiligen.

Die Miteigentümer verhandeln über den Abschluß eines Vertrages, in dem u.a. die nicht bebaute Grundstücksfläche abgetrennt und als neues Flurstück auf die Beteiligte zu 2 eingetragen werden soll. Der Teil der fertiggestellten Wohnanlage auf dem verbleibenden Grundstück soll dann entsprechend der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit durch die Wohnungseigentümer neu aufgeteilt werden. Der Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 1 soll sich danach von bisher 46/1000 auf 64/1000 erhöhen.

In einer Eigentümerversammlung, an der die Beteiligten zu 1 nicht teilnahmen, faßten die übrigen Miteigentümer einstimmig folgenden Beschluß:

„Zur Finanzierung der Instandsetzungsarbeiten wird eine Sonderumlage zur Erhöhung der Instandhaltungsrückstellung in Höhe von 310.000 DM erhoben. Die Verteilung erfolgt nach den im Entwurf des Grundstückstauschvertrages ermittelten Miteigentumsanteilen."

Den Antrag der Beteiligten zu 1, diesen Beschluß für ungültig zu erklären, hat das Amtsgericht zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht den auf der Wohnungseigentümerversammlung gefaßten Beschluß für ungültig erklärt. Das Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2, 6 und 7, mit der diese die Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts erstreben, zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23. Juni 1993 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

1. Landgericht und Oberlandesgericht haben den Beschluß der Wohnungseigentümerversammlung zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels der Gemeinschaftsordnung für ungültig gehalten, da die Abänderung nicht durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer erfolgt ist. Eine grobe Unbilligkeit des Kostenverteilungsschlüssels führe nur dazu, daß jeder Wohnungseigentümer einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch gegen die anderen Miteigentümer auf Zustimmung zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels habe. Eine eventuelle Änderung entfalte jedoch erst ab Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung über diesen Anspruch ihre Wirkung.

2. Dagegen bestehen keine Bedenken.

a) Zwar ist anerkannt, daß ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung (OLG Düsseldorf, NJW 1985, 2837, 2838; OLG Karlsruhe WuM 1987, 236; BayObLG NJW-RR 1987, 714 ff; KG ZMR 1992, 509, 510) oder der gesetzlichen Kostenverteilung gemäß § 16 Abs. 2 WEG (BayObLG NJW-RR 1992, 342, 343) bestehen kann, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an ihm als grob unbillig und damit als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen.

b) Die Rechtsprechung vertritt dabei jedoch, soweit ersichtlich, einhellig die Auffassung, daß nur ein Anspruch auf Änderung bestehe, diese danach erst mit der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung vollzogen sei (OLG Düsseldorf NJW 1985, 2837, 2838; BayObLG NJW-RR 1987, 714, 716; 1992, 342, 343; KG NJW-RR 1991, 1169, 1170; KG ZMR 1992, 509, 510). Begründet wird dies mit dem Interesse an einer klaren Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem die neue Regelung gilt (BayObLG NJW-RR 1987, 714, 716). Konsequent wird deshalb die einredeweise Geltendmachung eines Änderungsanspruchs im Beschlußanfechtungsverfahren nicht zugelassen, weil die Gemeinschaftsordnung gelte, solange sie nicht durch Vereinbarung oder durch eine die Zustimmung Einzelner ersetzende gerichtliche Entscheidung wirksam abgeändert sei (BayObLG DWE 1985, 56, 57; BayObLG NJW-RR 1990, 1483; KG ZMR 1992, 509, 510).

Die Literatur ist dem überwiegend ohne vertiefte Auseinandersetzung gefolgt (*Palandt/Bassenge*, a.a.O., § 10 WEG Rdnr. 20, 21; *Weitnauer*, a.a.O., § 10 Rdnr. 17 d und § 16 Rdnr. 13 f.; *Bärmann/Pick*, WEG, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 18; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 2. Aufl. Rdnr. 24; RGRK-BGB/*Augustin*, 12. Aufl., § 10 Rdnr. 21; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG, Rdnr. 10; *Steiger*, Rpfleger 1985, 474, 477; a.A. z.B. *Röll*, der für den hier vorliegenden Fall einer „steckengebliebenen" Anlage die Neuregelung des Kostenverteilungsschlüssel für eine Frage der ordnungsgemäßen Verwaltung hält (*Röll*, DNotZ 1982, 334, 339).

c) Dies ist nicht anders zu beurteilen, wenn der den Mehrheitsbeschluß angreifende Miteigentümer nach Treu und Glauben verpflichtet wäre, an einer Abänderung des Kostenverteilungsschlüssels mitzuwirken. Die Änderung der Gemeinschaftsordnung kann, wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat, grundsätzlich nur im Wege der Vereinbarung erfolgen (BGHZ 95, 137, 139 [= MittBayNot 1985, 260 = DNotZ 1986, 83]; Senat, Beschl. v. 16. September 1994, zum Abdruck in BGHZ 127, 99 vorgesehen; vgl. auch *Weitnauer* WE 95, 163 ff). Verweigert ein Miteigentümer seine Zustimmung, kann sie nur durch Richterspruch ersetzt werden. Selbst wenn danach ein Mitwirkungsanspruch besteht, kann er im Verfahren der Beschlußanfechtung nicht im Wege der Einrede geltend gemacht werden; denn die in der Gemeinschaftsordnung getroffene Regelung gilt, solange sie nicht durch eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer oder durch Ersetzung der Zustimmung durch Richterspruch, abgeändert ist (*Weitnauer* a.a.O.; BayObLG WE 1991, 288 m.N.). Soweit für den Anspruch auf Änderung des Gründungsaktes der unbillige Verteilungsschlüssel für einen längeren Zeitraum weiter zur Anwendung kommen müßte, ließe sich dem durch die Möglichkeit einer vorläufigen Regelung durch einstweilige Anordnung abhelfen (§ 44 Abs. 3 WEG; vgl. z.B. auch BayObLG NJW-RR 1992, 342, 343).

---

8. BGB § 1105 *(Bestimmtheit einer Reallast)*

Eine bestimmbare Leistung liegt vor bei Übernahme einer persönlichen Pflegepflicht, „soweit sie den Übernehmern unter Berücksichtigung ihrer beruflichen und familiären Verhältnisse, insbesondere unter Berücksichtigung der Betreuung von Kindern der Übernehmer und nach deren körperlichen Fähigkeiten und ihrem Vermögen zur Pflege nach ihrer Ausbildung und ihren Kenntnissen zumutbar ist"; eine Reallast mit diesem Inhalt ist deshalb eintragbar.

BGH, Beschluß vom 13.7.1995 – V ZB 43/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag verpflichtete sich die Beteiligte zu 1, den Beteiligten zu 2 und 3, ihrem Sohn und ihrer Schwiegertochter, das Eigentum an den oben genannten Grundstücken zu übertragen, und erklärte die Auflassung. Die Übernehmer verpflichteten sich ihrerseits „persönlich" und zur Eintragung als Reallast, die Übergeberin bis zu deren Tod nach „folgender Maßgabe" zu pflegen, wobei u.a. vereinbart ist:

„Die Pflegepflicht der Übernehmer besteht insoweit, als die Pflege den Übernehmern unter Berücksichtigung ihrer beruflichen und familiären Verhältnisse, insbesondere unter Berücksichtigung der Betreuung von Kindern der Übernehmer und nach deren körperlichen Fähigkeiten und ihrem Vermögen zur Pflege nach ihrer Ausbildung und ihren Kenntnissen zumutbar ist."

Die Eintragung der Auflassung sowie der Reallast wurde bewilligt. Den Eintragungsantrag hat das Grundbuch u. a. deshalb beanstandet, weil die als Reallast vereinbarte Pflegeverpflichtung nicht hinreichend bestimmbar sei, soweit darauf abgestellt werde, ob den Übernehmern die Pflegeverpflichtung zumutbar sei. Die „Beschwerde" ist erfolglos geblieben. Das Oberlandesgericht hält die weitere Beschwerde für begründet. Es sieht sich aber durch den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 22. Juli 1993, DNotZ 1994, 180 an einer Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Die statthafte Vorlage führte zum Erfolg der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, der sachliche Bestimmtheitsgrundsatz für die Eintragung einer Reallast nach § 1105 BGB erfordere es nicht, daß bei der Übernahme einer Pflegeverpflichtung – soweit sie dem Übernehmer zumutbar sei –, in der Eintragungsbewilligung Umstände anzugeben seien, die für die Zumutbarkeit maßgebend sein sollten.

Demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht in dem angeführten Beschluß den Standpunkt vetreten, die Einschränkung der Pflegeverpflichtung durch den Zumutbarkeitszusatz ermögliche insbesondere nachrangigen Berechtigten keinen zuverlässigen Überblick über den jetzigen und künftigen Umfang der Leistung, die durch das dingliche Recht gesichert werden solle. Ohne nähere Angaben, auf welche Umstände abzustellen sei, liege eine bestimmbare Leistung nicht vor, so daß eine Reallast mit diesem Inhalt nicht eingetragen werden könne.

Die beiden Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, ob eine Reallast für eine Pflegeverpflichtung hinreichend bestimmt und damit eintragbar ist, wenn die Leistungsverpflichtung davon abhängen soll, ob die Pflege dem Übernehmer zumutbar ist. Dies trägt die Vorlage. (...)

Zu Recht hat das vorlegende Oberlandesgericht dabei den Einwand des Notars, daß hier eine Abweichung nicht vorliegen könne, da im Fall des Bayerischen Obersten Landesgerichts der Verpflichtete die Pflegeleistung nicht, wie hier, in eigener Person erbringen müsse, als unerheblich erachtet. Zwar führt das Bayerische Oberste Landesgericht für seine Fallgestaltung aus, daß bei der Beurteilung der Zumutbarkeit „insbesondere" auf die finanziellen Verhältnisse des Verpflichteten abzustellen sei. Aus dem vorangestellten Leitsatz ergibt sich aber ebenso wie aus den Gründen des Beschlusses, daß das Bayerische Oberste Landesgericht die zu erbringende Leistung generell als nicht mehr ausreichend bestimmt ansieht – und nicht nur für den konkreten Fall –, wenn sie durch eine Zumutbarkeitsklausel eingeschränkt wird, ohne daß in der Klausel nähere Angaben zu den Zumutbarkeitskriterien gemacht werden.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO); sie ist auch begründet.

Es geht hier nur noch um die Entscheidung, ob das Grundbuchamt die Eintragung der Reallast nach § 1105 BGB von der gemachten Auflage abhängig machen kann. Der Senat teilt die Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts, daß der Bestimmtheitsgrundsatz für die einzutragende Reallast gewahrt ist.

1. Die hier vereinbarte Pflege, die die Übernehmer nur persönlich erbringen sollen, kann für die Berechtigte durch Eintragung einer Reallast nach § 1105 BGB dinglich gesichert werden. Denn auch für eine unvertretbare Leistung oder eine persönliche Dienstleistung kann eine Reallast bestellt werden (MünchKomm-BGB/*Joost*, 2. Aufl. § 1105 Fußn. 25; *Staudinger/Amann*, BGB, 13. Aufl. § 1105 Rdnr. 8; a. M. noch *Staudinger/Dittmann*, BGB, 11. Aufl. § 1105 Rdnr. 11 und ihm folgend BGB-RGRK/*Rothe*, 12. Aufl. § 1105 Rdnr. 12). Entscheidend ist lediglich, daß die Reallast den Wert einer Leistung verkörpert, die dem Berechtigten bei Nichtleistung des Übernehmers die Möglichkeit bietet, durch Verwertung des Grundstücks den Gegenwert in Geld zu erlangen (vgl. MünchKomm-BGB/*Joost* a.a.O. Rdnr. 8 i.V.m. 5 und Rdnr. 17 i.V.m. Fußn. 18).

2. a) Für die Eintragung einer Reallast nach § 1105 BGB genügt nach der ständigen Rechtsprechung des beschließenden Senats, daß die Höhe der Leistung bestimmbar ist (z. B. BGHZ 22, 54, 58 [= DNotZ 1957, 200]; BGHR BGB § 1105 Wertsicherung 1, vgl. dazu auch BGB-RGRK/*Rothe* 12. Aufl. § 1105 Rdnr. 12). Dabei bedeutet der Bestimmtheitsgrundsatz nicht, daß der Umfang der tatsächlichen Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne weiteres ersichtlich sein müsse (BGHZ 35, 22, 26 – für eine Hypothek – [= DNotZ 1961, 404]). Es genügt, wenn Art, Gegenstand und Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sind, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und mindestens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind (BGHZ 35, 22, 26 und BGHR BGB § 1108 Abs. 1 Altenteil 2 m.w.N.). Dabei steht dem Bestimmtheitsgrundsatz nach der Rechtsprechung des Senats zur Reallast nicht einmal entgegen, daß ein Dritter die Umstände, aus denen sich die tatsächliche Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt ergibt, nicht feststellen kann. Entscheidend ist, daß die höchstmögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar ist und daß der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden kann (BGHZ 35, 22, 26/27).

Das ist hier der Fall.

b) Die höchstmögliche Leistung läßt sich, wie das vorlegende Oberlandesgericht zutreffend ausführt, bei voller Pflegebedürftigkeit an den Kosten einer bezahlten Pflegekraft orientieren. Tritt der Pflegefall oder der Fall der Unzumutbarkeit bei Pflegebedürftigkeit nicht ein, kann der Wert der Leistung gegen Null tendieren.

Damit läßt sich allerdings die jeweilige Belastung ohne Prüfung außerhalb des Grundbuchs liegender Umstände nicht feststellen. Insoweit hat der Senat jedoch genügen lassen, daß erst durch eine richterliche Entscheidung bestimmte Umstände klargestellt werden können (BGHZ 35, S. 26 – für die

Vereinbarung eines Zinszuschlages im Verzugsfall [= DNotZ 1961, 404]). Dies wäre bei einer Pflegeverpflichtung schon im Blick auf die Frage von Art und Ausmaß der jeweiligen Pflegebedürftigkeit, worauf das vorlegende Oberlandesgericht zutreffend hinweist, häufig der Fall. Es kann deshalb kein entscheidender Unterschied darin liegen, ob der Richter nur das Maß der Pflegebedürftigkeit und den dazu erforderlichen Aufwand oder auch die Zumutbarkeit noch feststellen muß. Dabei ist zu berücksichtigen, daß jede persönlich zu erbringende Leistung schon allgemein ihre Schranke an der Zumutbarkeit findet. Es tritt damit durch den ausdrücklichen vertraglichen Hinweis auf die Zumutbarkeitsschranke keine entscheidende Veränderung einer ohnehin gegebenen Rechtslage ein. In beiden Fällen wäre die Frage letztlich in einem gerichtlichen Verfahren abschließend zu entscheiden.

Nichts anderes kann dann aber gelten, wenn die Parteien bereits einige Kriterien, an denen sich die Zumutbarkeit orientieren soll, in dem Vertrag festlegen. Dies präzisiert die allgemein anzustellenden Zumutbarkeitsüberlegungen nur und gibt dem Richter schon einige Prüfungsmaßstäbe an die Hand; damit wird der Zumutbarkeitsbegriff aber weder eingeengt noch weniger bestimmt ausgestaltet.

Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat, haben die Beteiligten hier festgelegt, daß der Umfang der Betreuung sich auch danach zu bemessen hat, ob die Verpflichteten zu diesen Diensten nach ihren Fähigkeiten – was ohnehin selbstverständlich ist – imstande sind, des weiteren aber auch, daß der Umfang der übernommenen Verpflichtung ihre eigenen beruflichen und familiären Interessen nicht außer acht lassen dürfe. Damit verschiebt sich höchstens der vom Richter anzuwendende Beurteilungsmaßstab bei der Frage der Zumutbarkeit etwas zugunsten der Verpflichteten. Ein grundlegender Unterschied gegenüber einer ohne Klausel übernommenen – und allgemein für ausreichend gehaltenen – generellen Pflegeverpflichtung liegt darin nicht.

Danach kann das Grundbuchamt die Eintragung nicht von der Darlegung zusätzlicher Kriterien – die zudem ihrerseits allenfalls weitere Anhaltspunkte für eine richterliche Bewertung bieten könnten – abhängig machen.

---

9. BGB § 1026; WEG § 31 *(Teilung eines mit einem Dauerwohnrecht belasteten Grundstücks)*

1. **§ 1026 BGB ist auf das Dauerwohnrecht entsprechend anwendbar.**
2. **Zu den Voraussetzungen, unter denen ein Dauerwohnrecht nach Teilung des belasteten Grundstücks ohne Bewilligung des Berechtigten gelöscht werden kann.**

BayObLG, Beschluß vom 14.6.1995 – 2 Z BR 29/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind als Eigentümer der Grundstücke Flst. 1270/5 (Wohnhaus, Nebengebäude, Garten zu 491 m²) und Flst. 1270/24 (Bauplatz zu 579 m²) im Grundbuch eingetragen. Diese Grundstücke sind am 28.5.1991 durch Teilung des ursprünglichen Grundstücks Flst. 1270/5 (Grünland) entstanden. Auf dem Grundstück Flst. 1270/5 steht nach dem Sachvortrag der Beteiligten zu 1 ein Wohnhaus. Am 2.7.1961 ist im Grundbuch des ursprünglichen Grundstücks ein Dauerwohnrecht an der Wohnung im Erdgeschoß „gemäß Eintragungsbewilligung vom 2.5.1961" eingetragen worden; das Recht steht nunmehr der Beteiligten zu 2 zu. Der „Vertrag über die Bestellung des Dauerwohnrechts", in dem auch dessen Eintragung bewilligt ist, bestimmt, daß der Wohnungsberechtigte die gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen des Grundstücks, insbesondere auch Hofraum und Garten, mitbenützen darf.

Die Beteiligten zu 1 haben beantragt, das Dauerwohnrecht an dem Grundstück Flst. 1270/24 zu löschen. Sie meinen, daß die Eintragung insoweit gegenstandslos und das Grundbuch unrichtig sei, da sich das Haus auf dem Restgrundstück Flst. 1270/5 befinde und das andere Grundstück unbebautes Grünland sei. Das Mitbenutzungsrecht am Garten sei nicht Inhalt des Dauerwohnrechts und nicht im Grundbuch eingetragen.

Das Grundbuchamt hat den Löschungsantrag zurückgewiesen. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Mit dem Dauerwohnrecht (§ 31 WEG) wurde das Grundstück Flst. 1270/5 in seinem früheren Umfang belastet. Die Teilung eines Grundstücks darf Rechte, mit denen dieses belastet ist, nicht beeinträchtigen; die Rechte bestehen nunmehr an den verselbständigten Teilen als (Gesamt-)Belastung fort (*Palandt/Bassenge*, BGB, 54. Aufl., § 890 Rdnr. 15; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 7 Rdnr. 13; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 668). Deshalb müssen auch die Berechtigten der Teilung nicht zustimmen (*Haegele/Schöner/Stöber* Rdnr. 670).

(1) Eine Ausnahme vom Fortbestehen der Belastung gilt gemäß §§ 1026, 1090 Abs. 1 BGB für Dienstbarkeiten einschließlich des Wohnungsrechts des § 1093 BGB. § 1026 BGB ist auf das Dauerwohnrecht des § 31 WEG entsprechend anwendbar; bei diesem Recht handelt es sich um ein dienstbarkeitsähnliches Recht (BayObLGZ 1957, 102/112; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 1, BGB-RGRK-*Augustin* Rdnr. 18, jeweils vor § 31 WEG). Wie das Landgericht zutreffend ausführt, liegen die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1026 BGB indessen nicht vor.

In Abschnitt IV Nr. 2 des Vertrags über die Bestellung des Dauerwohnrechts ist bestimmt, daß der Berechtigte den Hofraum und den Garten mitbenützen darf. Da das Dauerwohnrecht nach § 31 Abs. 1 Satz 2 WEG auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks erstreckt werden kann, sofern die Wohnung wirtschaftlich die Hauptsache bleibt, regelt diese Vertragsbestimmung den dinglichen Inhalt des Dauerwohnrechts und ist auch als Teil der Eintragungsbewilligung anzusehen; durch die zulässige Bezugnahme darauf im Eintragungsvermerk (§ 32 Abs. 2 Satz 1 WEG) ist diese Regelung in gleicher Weise Inhalt des Grundbuchs geworden, wie wenn sie im Grundbuch selbst verlautbart wäre (vgl. BayObLGZ 1986, 513/516 f. m.w.N. [= MittBayNot 1987, 91 = DNotZ 1987, 621]; *Palandt/Bassenge*, BGB, § 874 Rdnr. 1). Damit gehören auch Grundstücksflächen außerhalb des Gebäudes zum rechtsgeschäftlich bestimmten Ausübungsbereich des Dauerwohnrechts. Deshalb läßt sich dessen Erlöschen auf dem Grundstück Flst. 1270/24 nicht damit begründen, daß sich darauf keine Bauwerke befinden und daß es im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs als

„Bauplatz" beschrieben ist. Im übrigen nimmt der Beschrieb nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil (*Demharter*, GBO, § 2 Rdnr. 26). Außerdem werden, wie ausgeführt, durch die Teilung des Grundstücks und durch eine Änderung der Wirtschaftsart die an dem Grundstück bestehenden dinglichen Rechte nicht beeinträchtigt.

(2) Die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 15.3.1957 (BayObLGZ 1957, 102 ff. = NJW 1957, 1840), auf die sich die Beteiligten zu 1 berufen, betraf einen anderen Sachverhalt. Dort ging es nicht um die reale Teilung eines Grundstücks, sondern um dessen Aufteilung in Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG. Die an dem Grundstück zuvor bestellten Dauerwohnrechte waren auch nicht auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks erstreckt worden; in dem Beschluß ist vielmehr nur das von § 31 Abs. 1 Satz 2 WEG unabhängige Mitbenutzungsrecht des Wohnberechtigten nach § 33 Abs. 3 WEG behandelt.

b) Die Beteiligten zu 1 hätten im übrigen auch nicht in der erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO den Nachweis geführt, daß sich das Gebäude mit der Wohnung, an der der Beteiligten zu 2 das Dauerwohnrecht zusteht, nicht auch auf dem neu gebildeten Grundstück Flst. 1270/24 befindet. Der Nachweis kann zwar durch eine auf den Inhalt des Liegenschaftskatasters gestützte amtliche Bescheinigung des Vermessungsamts geführt werden. Diesen Anforderungen wird aber der von den Beteiligten zu 1 nur in unbeglaubigter Photokopie vorgelegte Kartenausschnitt nicht gerecht (vgl. BayObLGZ 1988, 102/108 [= DNotZ 1989, 164]; 1991, 139/144).

---

10. BauGB § 19; AbmG Art. 7 *(Teilungsgenehmigung auch bei „Grenzbegradigung" erforderlich)*

1. **Die vorgezogene Abmarkung einer neu gebildeten Grundstücksgrenze wird erst durch Eintragung der zugrundeliegenden Rechtsänderung im Grundbuch rechtlich wirksam.**
2. **Eine Teilungsgenehmigung ist unabhängig von der Größe des abzuschreibenden Grundstücksteils erforderlich.**
3. **Wird die Grundstücksgrenze zwischen zwei Grundstücken einem Grenzüberbau durch einen Zaun angepaßt, hat dies die Teilung des Grundstücks zur Folge, von dem aus überbaut wurde.**

BayObLG, Beschluß vom 6.7.1995 – 2 Z BR 43/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Eigentümer des angrenzenden Grundstücks sind die Beteiligten zu 2.

Durch notarielle Urkunde tauschten die Beteiligten zu 1 eine aus ihrem Grundstück weggemessene Teilfläche von 70 m² gegen eine aus dem Grundstück der Beteiligten zu 2 weggemessene Teilfläche von 0,4 m²; die Beteiligten erklärten die Auflassung dieser Teilflächen, für die Zuflurstücke gebildet wurden.

Die Beteiligten haben unter Vorlage u.a. eines Veränderungsnachweises und eines Zeugnisses des Landratsamts, daß für die Teilung des Grundstücks der Beteiligten zu 1 eine Genehmigung nicht erforderlich sei, den Vollzug der Auflassungen beantragt. Das Grundbuchamt hat den Antrag beanstandet und für die Teilung des Grundstücks der Beteiligten zu 2 eine Teilungsgenehmigung nach dem Baugesetzbuch verlangt. Das Landgericht hat die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde. Sie blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Der im Zusammenhang mit dem Grundstückstausch erklärten Auflassung einer Teilfläche von 0,4 m² aus dem Grundstück der Beteiligten zu 2 liegt eine Teilung dieses Grundstücks im Sinn des § 19 Abs. 2 BauGB zugrunde. Diese bedarf unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 BauGB zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der gemäß § 19 Abs. 3 BauGB zuständigen Behörde, sofern die Genehmigung nicht gemäß § 19 Abs. 4 BauGB entbehrlich ist. Das Grundbuchamt darf aufgrund einer danach genehmigungsbedürftigen Teilung eine Eintragung in das Grundbuch erst vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid oder ein gleichstehendes Zeugnis im Sinn des § 23 Abs. 2 BauGB vorgelegt ist (§ 23 Abs. 1 BauGB). Dabei hat das Grundbuchamt selbständig und eigenverantwortlich zu prüfen, ob ein genehmigungspflichtiger Vorgang vorliegt (BayObLG Rpfleger 1988, 408; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 7 Rdnr. 8).

b) Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen ohne Rechtsfehler die Vorlage einer Teilungsgenehmigung verlangt, der ein Zeugnis nach § 23 Abs. 2 Satz 1 BauGB gleichsteht (§ 23 Abs. 2 Satz 2 BauGB). Die gesetzlichen Vorschriften machen die Genehmigungsbedürftigkeit nicht davon abhängig, daß der im Weg der Teilung abzuschreibende Grundstücksteil oder das Restgrundstück eine bestimmte Größe überschreiten. Allein im Hinblick auf die geringe Größe des abzuschreibenden Grundstücksteils durfte das Grundbuchamt daher auf die Vorlage einer Teilungsgenehmigung nicht verzichten.

c) Die Beteiligten meinen, der Normzweck des § 19 BauGB verbiete hier eine Anwendung der Vorschrift. Denn das Vermessungsamt habe anläßlich der Vermessung des aus dem Grundstück der Beteiligten zu 1 abzuschreibenden Grundstücksteils gemäß Art. 5 Abmarkungsgesetz (AbmG) die Grundstücksgrenze ermittelt. Durch die dadurch notwendig gewordene Eigentumsübertragung sei nur eine formelle Teilung ausgelöst worden. Es sei lediglich die schon lange bestehende Wirklichkeit mit den Vermessungsgrenzen in Einklang gebracht worden.

Diese Ausführungen sind nicht geeignet, die Entscheidungen der Vorinstanzen in Frage zu stellen. Art. 5 AbmG betrifft nur die Abmarkung der Grundstücksgrenze. Zweck der Abmarkung ist es, die Grenze eines Grundstücks durch Marken (Grenzzeichen) örtlich erkennbar zu machen (Art. 1 Abs. 1 AbmG). Dabei handelt es sich um die Grenzen eines Grundbuchgrundstücks, die in der Regel auch Eigentumsgrenzen darstellen (*Simmerding*, Bayer. Abmarkungsgesetz 2. Aufl., Art. 1 Rdnr. 3). Der Vorgang der Abmarkung besteht darin, die Grenze durch Grenzzeichen kenntlich zu machen (*Simmerding*, Art. 1 Rdnr. 7). Dieser Vorgang kann in keinem Fall eine Grundstücksteilung herbeiführen. Eine solche kann jedoch Anlaß für eine Abmarkung der neuen Grundstücksgrenze sein. Im vorliegenden Fall wurde die bestehende

Grenze nicht abgemarkt, also kenntlich gemacht, sondern verändert. Der Vortrag der Beteiligten, die Vermessungsgrenzen seien mit der Wirklichkeit in Einklang gebracht worden, bedeutet, daß die Beteiligten zu 1 bisher einen Teil des Grundstücks der Beteiligten zu 2 als Teil ihres Grundstücks im Zusammenhang mit einem Zaunüberbau in Anspruch genommen haben und nunmehr entsprechend diesem tatsächlichen Zustand die rechtliche Grundstücksgrenze festgelegt wurde. Dies konnte aber nur durch eine Veränderung der bestehenden Grenze, nicht lediglich durch deren Abmarkung geschehen. Dieser Vorgang hat eine Abschreibung eines entsprechenden Grundstücksteils zur Voraussetzung, die sich als Teilung des Grundstücks darstellt (vgl. § 2 Abs. 3 GBO). Die Beteiligten haben dem dadurch Rechnung getragen, daß sie den Grundstücksteil von den Beteiligten zu 2 an die Beteiligten zu 1 aufgelassen haben. Abgemarkt wurde hier nicht die bestehende Grundstücksgrenze, sondern die als Folge des Grundstückstauschs neu zu bildende Grundstücksgrenze im Sinn einer vorgezogenen Abmarkung gemäß Art. 7 Abs. 2 AbmG, die keine Rechtsänderung bewirkt.

Die so abgemarkte Grenze wird erst durch die Eintragung der mit dem Tauschvertrag erklärten Auflassung in das Grundbuch rechtlich wirksam (*Simmerding*, Art. 7 Rdnr. 3).

---

11. BGB §§ 140, 1094, 1098; GBO § 53 Abs. 1 *(Amtslöschung bei Widerspruch zwischen Eintragungsbewilligung und Eintragungsvermerk)*

1. **Die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit Bezugnahme auf eine Urkunde, in der eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs aus einem persönlichen Vorkaufsrecht bewilligt ist, ist ihrem Inhalt nach unzulässig und von Amts wegen zu löschen.**
2. **Die Umdeutung einer inhaltlich unzulässigen oder einer unrichtigen Grundbucheintragung in eine wirksame Eintragung kommt jedenfalls dann nicht in Frage, wenn es an einem nichtigen Rechtsgeschäft fehlt und der Mangel der Eintragung nur auf einer Diskrepanz zwischen materiellem Rechtsgeschäft und Eintragungsvermerk beruhen.**

BayObLG, Beschluß vom 27.7.1995 – 2 Z BR 39/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist laut Erbschein des Amtsgerichts A. Alleinerbe von H., die als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist. An dem Grundstück ist seit dem 3.10.1950 ein „Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für die Stadt S. (= Beteiligte zu 2) gemäß Bewilligung vom 17.12.1949" eingetragen. In Abschnitt VIII der notariellen Urkunde vom 17.12.1949, in der die Beteiligte zu 2 das Grundstück an H. und deren Schwester verkaufte, räumten diese für sich und alle Nachfolger im Eigentum des erworbenen Grundstücks der Beteiligten zu 2 für alle Verkaufsfälle das persönliche Vorkaufsrecht ein. Weiter wurde bestimmt:

Liegt der Kaufpreis (= des Vertrags, der den Vorkaufsfall auslöst) über dem von zwei amtlichen Schätzern der Beteiligten zu 2 festgestellten Wert, so hat die Beteiligte zu 2 als Kaufpreis den Schätzungswert zu bezahlen.

In Abschnitt X der Urkunde bewilligten und beantragten die Käufer, eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 2 auf Übertragung des Eigentums gemäß Abschnitt VIII in das Grundbuch einzutragen.

Im Zusammenhang mit dem Verkauf des Grundstücks hat der Beteiligte zu 1 angeregt, die Eintragung des Vorkaufsrechts als inhaltlich unzulässig zu löschen. Ein dingliches Vorkaufsrecht könne nur dergestalt bestellt werden, daß durch seine Ausübung der Kaufvertrag zu genau den Bestimmungen zustandekomme, wie sie zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten vereinbart worden seien. Ein von diesem Vertrag abweichender Kaufpreis könne nicht vereinbart werden. Hilfsweise hat der Beteiligte zu 1 angeregt, von Amts wegen einen Widerspruch gegen das Vorkaufsrecht einzutragen.

Das Grundbuchamt hat die Anregungen mit Beschluß vom 30.11.1994 abgelehnt, das Landgericht das dagegen gerichtete Rechtsmittel mit Beschluß vom 14.3.1995 zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 1 hat weitere Beschwerde eingelegt.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Aus den Gründen:

1. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Eintragung des Vorkaufsrechts ist gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen, da sie ihrem Inhalt nach unzulässig ist. Sie leidet an einem unauflösbaren Widerspruch.

a) Eine Eintragung ist unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn sie ein Recht mit einem nicht zulässigen (rechtlich ausgeschlossenen) Inhalt verlautbart. Inhaltlich unzulässig ist auch eine in sich widersprüchliche Eintragung, deren Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann (BayObLGZ 1987, 390/393 [= MittBayNot 1988, 35 = DNotZ 1988, 316]; BayObLG Rpfleger 1989, 361 f.; OLG Hamm Rpfleger 1989, 448; *Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 53 Rdnr. 42, 46 und 49, jeweils mit weiteren Nachw.; *Meikel/Streck*, GBR, 7. Aufl., Rdnr. 110, KEHE/*Eickmann*, GBR, 4. Aufl. Rdnr. 18, jeweils zu § 53). Die inhaltliche Unzulässigkeit kann sich dabei auch aus der Eintragungsbewilligung ergeben, soweit im Eintragungsvermerk gemäß § 874 BGB auf sie Bezug genommen ist; dadurch wird die Eintragungsbewilligung Inhalt der Eintragung selbst. Rechtlich erheblich ist die Eintragungsbewilligung aber nur, soweit die Bezugnahme zulässig ist, also nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts (BayObLGZ 1986, 513/516 f. [= MittBayNot 1987, 91 = DNotZ 1987, 621]; BayObLG NJW-RR 1989, 907 f.; OLG Düsseldorf OLGZ 1983, 352 f.; OLG Hamm Rpfleger 1989, 448; *Demharter* Rdnr. 42, *Meikel/Streck*, GBR, 7. Aufl., Rdnr. 92, jeweils zu § 53). Im übrigen hat der Inhalt der Eintragungsbewilligung und der Urkunde, in der sie enthalten ist, bei der Würdigung der Grundbucheintragung außer Betracht zu bleiben.

Daraus folgt für den vorliegenden Fall: In Abschnitt X der in Bezug genommenen Urkunde vom 17.12.1949 ist eine „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 2 auf Übertragung des Eigentums gemäß vorstehender Ziffer VIII" bewilligt. Damit ist die bewilligte Eintragung als Auflassungsvormerkung gekennzeichnet; da es hier um die Bestimmung des einzutragenden Rechts selbst und nicht um die nähere Ausgestaltung seines Inhalts geht, ist diese Bewilli-

gung insoweit nicht Gegenstand der Bezugnahme und nicht Inhalt der Grundbucheintragung geworden (vgl. BayObLGZ 1986, 513/516 f.; RG DNotV 1932, 721 f..). Der vom Landgericht angenommene Widerspruch zwischen Eintragungsvermerk und Eintragungsbewilligung besteht hier nicht.

b) Dieser ergibt sich jedoch aus folgendem: Gemäß § 874 BGB ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts eines Vorkaufsrechts die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig. Gemäß der hier in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung soll jedoch der „Anspruch der Beteiligten zu 2 auf Übertragung des Eigentums gemäß vorstehender Ziffer VIII" gesichert werden; nach Abschnitt VIII handelt es sich hierbei um den (bedingten) Anspruch aus einem der Beteiligten zu 2 vertraglich eingeräumten persönlichen Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 504 ff. BGB. Durch diese doppelte Bezugnahme leidet die Eintragung insgesamt an einem unauflöslichen Widerspruch, denn die inhaltliche Ausgestaltung eines Vorkaufsrechts, wie es im Grundbuch selbst verlautbart ist, mit einem zu sichernden Anspruch ergibt keinen Sinn; einem dinglichen Vorkaufsrecht nach den §§ 1094 ff. BGB kann kein zu sichernder Anspruch zugrunde liegen. Dies ist nur bei einer Vormerkung rechtlich möglich. Der Widerspruch zwischen Eintragungsvermerk und Eintragungsbewilligung macht aber entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht die Bezugnahme unbeachtlich oder unzulässig, sondern die Eintragung selbst; die inhaltliche Unzulässigkeit kann sich gerade aus diesem Widerspruch ergeben (vgl. *Demharter* § 53 Rdnr. 49 a.E.). Die vom Landgericht herangezogenen Entscheidungen betreffen Fälle der gemäß § 874 BGB unzulässigen Bezugnahme, z.B. auf die Art des Rechts, den Belastungsgegenstand oder die Person des Berechtigten. Darum geht es hier nicht; hier ist es vielmehr so, daß im Eintragungsvermerk Bezug genommen ist auf Bestimmungen der Eintragungsbewilligung, die grundsätzlich Gegenstand einer Bezugnahme sein können (vgl. § 885 Abs. 2 BGB), im Zusammenhang mit dem im Grundbuch verlautbarten Recht aber etwas rechtlich Unmögliches zum Inhalt haben.

c) Darauf, daß ein Kaufpreis, der unter Umständen niedriger ist als der zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten vereinbarte Kaufpreis (sog. „limitierter Kaufpreis") nicht zulässigerweise als Inhalt eines dinglichen Vorkaufsrechts vereinbart werden kann (vgl. BGH, WPM 1966, 891 f.; BayObLGZ 11, 573/576; KG KGJ 43, A 223 ff.; *Soergel/Stürner*, BGB 12. Aufl., § 1094 Rdnr. 2; *Staudinger/Mayer-Maly*, BGB, 12. Aufl., § 1098 Rdnr. 5), kommt es nicht mehr an. Das gleiche gilt für die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts über die Unrichtigkeit des Grundbuchs, wobei das Landgericht nur die hier gemäß 1098 Abs. 3, § 1059 a Nr. 2 BGB grundsätzlich gegebene Übertragbarkeit des Vorkaufsrechts (vgl. BayObLG RdL 1981, 286; BayObLG, MittBayNot 1991, 79/80) übersehen hat

d) Bei der Eindeutigkeit des Eintragungsvermerks im Grundbuch selbst kann der inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragung insgesamt auch nicht durch zulässige Auslegung begegnet werden. Auch die Umdeutung der inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragung entsprechend § 140 BGB in die wirksame und richtige Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 kommt nicht in Betracht. Dabei kann offen bleiben, ob und mit welchen Rechtswirkungen § 140 BGB überhaupt entsprechend auf Grundbucheintragungen anzuwenden ist (vgl. einerseits OLG Jena JW 1929, 3319: MünchKomm/*Wacke*, BGB, 2. Aufl., § 873 Rdnr. 55; *KEHE/Ertl*, Einl. C 31; andererseits BayObLGZ 30, 239/240; *Staudinger/Dilcher* § 140 Rdnr. 7 und *Staudinger/Mayer-Maly*, Rdnr. 11 vor § 1094; MünchKomm/*Westermann*, § 1094 Rdnr. 6). Denn die Umdeutung setzt gemäß § 140 BGB in jedem Fall ein nichtiges Rechtsgeschäft voraus. Daran fehlt es aber, da die Rechtsvorgänger des Beteiligten zu 1 hier eine Auflassungsvormerkung gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam bewilligt haben. Es klaffen nur materielles Rechtsgeschäft sowie Eintragungsbewilligung einerseits und der Eintragungsvermerk andererseits auseinander.

---

12. BGB §§ 1115, 1184 *(Bestimmtheit der Angabe des Zinsbeginns bei Grundpfandrechten)*

Bei einer verzinslichen Hypothek muß der Zeitpunkt, ab dem die Geldsumme zu verzinsen ist, in der Eintragungsbewilligung in bestimmbarer Weise angegeben werden. Die Bestimmung muß dabei anhand der Eintragungsunterlagen und der jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen möglich sein. Die Angabe, die Geldsumme sei ab dem Tag der Auszahlung des Darlehens zu verzinsen, ist danach nicht ausreichend bestimmbar. Dies gilt auch für die Sicherungshypothek.

BayObLG, Beschluß vom 24.8.1995 – 2 Z BR 74/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und *Georg Meier-Kraut*, Notar in Rotthalmünster

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin eines Grundstücks, das die Beteiligten zu 2 kaufen wollten. Gemäß notarieller Urkunde vom 14.10.1994 gewährte der Beteiligte zu 3 den Beteiligten zu 2 zum Kauf des Grundstücks ein mit 8% jährlich zu verzinsendes Darlehen bis zur Höhe von 400 000 DM. Die Verzinsung beginnt nach der Urkunde für die einzelnen ausgezahlten Teilbeträge jeweils ab dem Tag der Auszahlung. Zur Sicherung der Darlehensforderung bestellten die Beteiligten zu 2 an dem Grundstück der Beteiligten zu 1 eine Sicherungshypothek in Höhe von 400 000 DM mit den in dem Darlehensvertrag genannten Zins- und Zahlungsbedingungen; ferner bewilligte sie die Eintragung in das Grundbuch.

Zu notarieller Urkunde vom 20.10.1994 ließ die Beteiligte zu 1 das Grundstück an die Beteiligten zu 2 auf und bewilligte die Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 31.1.1995 den Antrag auf Eintragung der Auflassung und der Sicherungshypothek beanstandet, weil der Zeitpunkt des Zinsbeginns der Darlehensforderung nicht ausreichend bestimmt sei. Hiergegen haben die Beteiligten Erinnerung eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

a) Bei einer Hypothek zur Sicherung einer verzinslichen Forderung gehört zum Inhalt des einzutragenden dinglichen Rechts außer dem Zinssatz auch der Zeitpunkt des Beginns der Verzinsung. Dieser kann grundsätzlich auch vor der Eintragung der Hypothek im Grundbuch liegen. Während der Zinssatz gemäß § 1115 Abs. 1 BGB im Eintragungsvermerk selbst anzugeben ist, kann im übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874 BGB). Der Inhalt

eines dinglichen Rechts muß bestimmt oder wenigstens eindeutig bestimmbar sein. Der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz verlangt daher klare und eindeutige Erklärungen zum Inhalt und Umfang eines einzutragenden dinglichen Rechts (*Demharter*, GBO, Anh. zu § 13 Rdnr. 5 m.w.N.). Dies gilt bei Eintragung einer Hypothek auch für die Angaben zum Anfangszeitpunkt der Verzinsung in der Eintragungsbewilligung (vgl. BGH FGPrax 1995, 21/22). Soweit der maßgebende Zeitpunkt nicht kalendermäßig bestimmt ist, muß er jedenfalls bestimmbar sein. Die Bestimmung muß dabei anhand der Eintragungsbewilligung in Verbindung mit den jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen möglich sein (OLG Stuttgart BWNotZ 1974, 38; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 44 Rdnr. 46). Soll bei der Hypothek die Verzinsung für einzelne Teilbeträge ab deren Auszahlung beginnen, ist der Anfangszeitpunkt nicht eindeutig bestimmbar (*Demharter*, a.a.O.). Dies gilt selbst dann, wenn in der Eintragungsbewilligung die Zeitpunkte für die einzelnen Teilauszahlungen angegeben sind. Denn in diesem Fall besteht die Möglichkeit, daß diese nicht eingehalten werden und sich dann der Zinsbeginn nach dem Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung richtet. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat eine Erklärung in der Eintragungsbewilligung, daß das Darlehen „von der Auszahlung an" zu verzinsen ist, jedenfalls nicht als ausreichend bestimmt für die Eintragung einer Unterwerfungsklausel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO angesehen (OLG Stuttgart BWNotZ 1974, 38). In dem entschiedenen Fall war die Hypothek allerdings ohne die Unterwerfungsklausel eingetragen worden. Das Kammergericht hat im Jahr 1930 entschieden (KG HRR 1930 Nr. 1457), dem Bestimmtheitsgrundsatz sei genügt, wenn der Zinsbeginn objektiv, wenn auch nicht allein anhand der Eintragungsunterlagen bestimmbar sei; diese Voraussetzung erfülle die Angabe, daß die Zinsen vom Tag der Auszahlung des Darlehens, also vom Zeitpunkt der Begründung der Darlehensforderung, zu laufen beginnen sollen; denn dieser Zeitpunkt sei nach objektiven Merkmalen zweifelsfrei festzustellen, mag das Darlehen ganz oder in Teilbeträgen gegeben, mag es bar ausgezahlt oder durch Verrechnung oder durch Überweisung an einen Dritten gewährt worden sein. Dieser Ansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

b) Ob Inhalt und Umfang des eingetragenen dinglichen Rechts ausreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind, ist entscheidend unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, ob ein nachrangig Berechtigter bereits bei Bestellung des Rechts zu seinen Gunsten in der Lage ist, den Umfang der seinem Recht vorgehenden Rechte abzuschätzen (vgl. BayObLG DNotZ 1994, 180/181 [= MittBayNot 1993, 370] für die Bestimmung der durch eine Reallast gesicherten Leistung). Die Bestimmung muß daher anhand der Eintragungsunterlagen oder außerhalb dieser liegender Umstände vorgenommen werden können, sofern auf sie in den Eintragungsunterlagen verwiesen wird und sie im Einzelfall nachprüfbar sind (BayObLG a.a.O m.w.N.). Bei Beurteilung der Frage, ob der Umfang eines dinglichen Rechts, dessen Eintragung beantragt ist, ausreichend bestimmbar ist, müssen die gleichen Grundsätze gelten, wie bei der Auslegung des Umfangs eines im Grundbuch eingetragenen Rechts. Dabei dürfen nach allgemeiner Meinung außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 113, 374/378 [= MittBayNot 1991, 116]; BayObLG DNotZ 1989, 568; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28). Die Angabe in der Eintragungsbewilligung, daß die Verzinsung bei der Hypothek mit dem Zeitpunkt der Hingabe des Darlehens beginnt, ermöglicht einem nachrangig Berechtigten nicht, den Umfang des ihm vorgehenden Rechts abzuschätzen. Der für den Zinsbeginn maßgebende Zeitpunkt mag objektiv feststellbar sein. Diese Feststellung kann aber ein nachrangig Berechtigter nicht treffen. Hierauf kommt es aber entscheidend an. Der Zeitpunkt, mit dem die Verzinsung beginnt, ist damit bei einer Hypothek nicht ausreichend bestimmt oder bestimmbar bezeichnet, wenn die Verzinsung vom Tag der Auszahlung des Darlehens an zu leisten ist (*Demharter*, Anh. zu § 44 Rdnr. 46; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1957). Erforderlich ist vielmehr, daß sich der Zeitpunkt des Zinsbeginns aus den Eintragungsunterlagen in Verbindung mit jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen bestimmen läßt (*Demharter*, a.a.O.; OLG Stuttgart BWNotZ 1974, 38; *Soergel/Konzen*, BGB, 12. Aufl., § 1115 Rdnr 20, wo allerdings im Widerspruch dazu die Angabe eines Zinsbeginns mit dem Tag der Auszahlung des Darlehens als ausreichend angesehen wird). Offenbleiben kann, ob das von den Beteiligten erstrebte Ergebnis durch eine aufschiebende Bedingung für den Beginn der Verzinsung erreicht werden könnte (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O. Fn. 84). Denn dies ist ersichtlich nicht gewollt.

c) Für die Sicherungshypothek gemäß § 1184 BGB gilt insoweit nichts besonderes (*Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 2099). Diese unterscheidet sich von der Verkehrshypothek im wesentlichen durch ihre strengere Akzessorietät. Das Recht des Gläubigers aus der Hypothek bestimmt sich ausschließlich nach der Forderung. Dies entbindet nicht davon, den Umfang des dinglichen Rechts bestimmt zu bezeichnen, mag auch das dingliche Recht wegen der Abhängigkeit von der Forderung in seinem Umfang im Einzelfall hinter der Grundbucheintragung zurückbleiben. Insoweit gilt hinsichtlich der Zinsen nichts anderes als für die Hauptsache, nämlich den Geldbetrag der Forderung im Sinn des § 1115 Abs. 1 BGB.

---

13. GBO §§ 18, 28 *(Bestimmtheit der Grundstücksbezeichnung in Löschungsbewilligung)*

1. **Eine Zwischenverfügung ohne Fristsetzung ist unzulässig.**
2. **Eine Bewilligung der Löschung einer Grundschuld, die das belastete Grundstück bezeichnet mit dem Zusatz: „überhaupt allerorts", enthält keine den grundbuchrechtlichen Vorschriften entsprechende Bezeichnung der weiteren betroffenen Grundstücke (Bestätigung von BayObLGZ 1961, 103).**

BayObLG, Beschluß vom 24.8.1995 – 2 Z BR 83/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eheleute. Sie sind im Grundbuch als Miteigentümer einer Wohnung sowie eines Garagengrundstücks und als Mitberechtigte eines Miteigentumsanteils an einem diesem und anderen Grundstücken dienenden Wegegrundstück eingetragen. Grundstück und Miteigentumsanteil sind auf demselben Grundbuchblatt gebucht. Die Eigentumswohnung ist im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Die Eigentumswohnung und der übrige Grundbesitz sind im Grundbuch jeweils mit zwei Grundschulden zugunsten der

Beteiligten zu 4 belastet. Die Mithaft des Grundstücks samt Miteigentumsanteil ist unter Angabe der Grundbuchstelle im Wohnungsgrundbuch vermerkt, die Mithaft der Eigentumswohnung im Grundstücksgrundbuch.

Durch notarielle Urkunde vom 30.11.1994 ließen die Beteiligten zu 1 und 2 ihren Grundbesitz der Beteiligten zu 3, ihrer Tochter, auf. Nach der Urkunde soll der Grundbesitz lastenfrei übergehen. Die Beteiligte zu 4 bewilligte die Löschung der beiden Grundschulden; in der Löschungsbewilligung ist als Grundbuchstelle das Grundstücksgrundbuch mit dem Zusatz „überhaupt allerorts" angegeben.

Auf den Antrag, die Auflassung und die Löschung der Grundschulden einzutragen, hat das Grundbuchamt zunächst durch Schreiben vom 13.3.1995 die Vorlage einer Löschungsbewilligung auch hinsichtlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Grundschulden verlangt. Nachdem der Urkundsnotar dies abgelehnt hatte, hat das Grundbuchamt das Verlangen zum Inhalt einer Zwischenverfügung vom 2.5.1995 gemacht. Die Beschwerde der Beteiligten hiergegen hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Das Schreiben des Grundbuchamts vom 13.3.1995 erfüllt nicht die an eine Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 GBO zu stellenden Anforderungen, weil eine Fristsetzung fehlt. Das Schreiben stellt sich damit als eine unzulässige Zwischenverfügung dar (*Demharter*, GBO, 21. Aufl., § 18 Rdnr. 1 mit Rechtsprechungsnachweisen). Das Grundbuchamt hat aber sodann am 2.5.1995 eine ordnungsmäßige Zwischenverfügung erlassen, die Gegenstand der Beschwerdeverfahren geworden ist.

Der Senat legt die Zwischenverfügung dahin aus, daß nicht eine neue Löschungsbewilligung hinsichtlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Grundschulden verlangt wird, was nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein könnte (vgl. *Demharter*, § 18 Rdnr. 12 mit Rechtsprechungsnachweisen), sondern die Ergänzung der vorgelegten Löschungsbewilligung dadurch, daß die weiteren Grundbuchstellen, an denen die Rechte gelöscht werden sollen, gemäß § 28 GBO bezeichnet werden.

2. ...

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

a) Gemäß § 28 Satz 1 GBO ist in der Eintragungsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen. Durch die Bestimmung soll der Bedeutung des Grundbuchs für den Grundstücksverkehr Rechnung getragen und sichergestellt werden, daß Eintragungen bei dem richtigen Grundstück vorgenommen werden. Die Vorschrift verlangt daher eine eindeutige und zweifelsfreie Bezeichnung des von einer Eintragung betroffenen Grundstücks (allgemeine Meinung; vgl. z. B. *Demharter*, § 28 Rdnr. 1 mit Rechtsprechungsnachweisen). Andererseits darf § 28 Satz 1 GBO nicht formalistisch überspannt werden. Die Eintragungsbewilligung ist auch im Hinblick auf § 28 GBO auslegungsfähig (BGHZ 90, 323/327; BayObLGZ 1974, 112/115; *Demharter*, § 28 Rdnr. 14).

b) Nach diesen Grundsätzen muß, wenn ein Grundpfandrecht als Gesamtrecht an mehreren Grundstücken lastet und überall gelöscht werden soll, jedes betroffene Grundstück nach Maßgabe des § 28 GBO in der Löschungsbewilligung bezeichnet werden. Ob dies ohne jede Ausnahme gilt, kann offenbleiben. Jedenfalls genügt es nicht, wenn wie hier nur eine Grundbuchstelle angegeben wird und die Löschungsbewilligung im übrigen nur den Zusatz enthält, daß die beiden Rechte „überhaupt allerorts" gelöscht werden sollen, nicht aber auch einen Hinweis darauf, daß es sich um Gesamtrechte handelt und die Rechte an allen in den Mithaftvermerken genannten Stellen gelöscht werden sollen. Dies hat der Senat mit ausführlicher Begründung am 10.3.1961 (BayObLGZ 1961, 103 [= DNotZ 1961, 591]) so entschieden. Daran hält er fest. Der Zusatz in der Löschungsbewilligung enthält keine ausreichend bestimmte Bezeichnung der anderen in Betracht kommenden Grundstücke, die mit dem Gesamtrecht noch belastet sind. Die für die Auslegung maßgebende nächstliegende Bedeutung des Zusatzes „allerorts" (vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 m.w.N.), ist insbesondere nicht, daß das Recht außer an der ausdrücklich angegebenen Grundbuchstelle nur an der dort im Mithaftvermerk genannten Stelle gelöscht werden soll (a.M. *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 28 Rdnr. 49; *Hieber*, DNotZ 1961, 576). Vielmehr soll das Recht ohne eine solche Einschränkung an jeder betroffenen Stelle gelöscht werden. Auch wenn dabei in der Regel keine weiteren als die in den Mithaftvermerken genannten Grundbuchstellen in Betracht kommen werden, kann doch nicht davon ausgegangen werden, daß ausschließlich diese Stellen in Betracht kommen. Der Senat hat seinerzeit darauf hingewiesen, daß Mithaftvermerke versehentlich unterblieben sein können. Der Hinweis von *Teubner* (DNotZ 1976, 748/750), es könne nichts gelöscht werden, was nicht eingetragen ist, liegt neben der Sache. Es soll nämlich nicht der Mithaftvermerk gelöscht werden, sondern das Grundpfandrecht, das an dem Grundstück eingetragen ist, das in dem versehentlich unterbliebenen Mithaftvermerk hätte genannt werden müssen.

c) Der Rechtsprechung des Senats haben sich das Oberlandesgericht Neustadt (Rpfleger 1962, 345) und das Oberlandesgericht Köln (Rpfleger 1976, 402) angeschlossen, ebenso ein Teil des Schrifttums (*Demharter*, § 28 Rdnr. 8, 14; KEHE/*Ertl*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 28 Rdnr. 11; *Haegele*, Rpfleger 1962, 21 und 347; *Bauer*, Rpfleger 1963, 43). Für übertrieben formalistisch halten die Auffassung außer *Meikel/Lichtenberger* a.a.O. *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 133 und 2752, *Hieber*, DNotZ 1961, 576 und *Teubner*, DNotZ 1976, 748. Mit den Einwendungen dieser Autoren, insbesondere denen *Hiebers*, haben sich das Oberlandesgericht Neustadt und das Oberlandesgericht Köln sowie *Haegele* in seinen Anmerkungen zu den Entscheidungen der beiden Oberlandesgerichte auseinandergesetzt und diese zu Recht als nicht stichhaltig angesehen. Von ausschlaggebender Bedeutung ist für den Senat, worauf auch *Haegele* in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Oberlandesgerichts Neustadt (Rpfleger 1962, 347) hinweist, daß es dem die Löschung bewilligenden Grundpfandrechtsgläubiger ohne weiteres zuzumuten ist, die betroffenen Grundstücke in der von § 28 GBO vorgeschriebenen Form zu bezeichnen. Im vorliegenden Fall hätte statt des unbestimmten Zusatzes „allerorts" nur die im Überlassungsvertrag enthaltene zweite Grundbuchstelle angegeben werden müssen. Damit wird nichts verlangt, was unzumutbar oder mit übertriebenem Aufwand verbunden wäre. Inwiefern damit die Praxis „überfordert" wäre (vgl. *Teubner* a.a.O. S. 750), ist nicht erkennbar. Es sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Bezeichnung der betroffenen Grundstücke zu verweigern.

---

14. BGB § 883 Abs. 1, ErbbauVO § 9 a Abs. 1, Abs. 3 *(Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses)*

1. **Der Bestimmtheitsgrundsatz gilt auch für die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Bestellung einer Reallast für den erhöhten Erbbauzins, der auf Grund einer Anpassungsvereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem zu zahlen ist.**
2. **Bei einem Wohnzwecken dienenden Erbbaurecht ist der Anspruch auf Eintragung der künftigen Erbbauzinsreallast hinreichend bestimmbar, wenn die Erhöhung des Erbbauzinses nach der vertraglichen Vereinbarung von einer wesentlichen Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, die sich aus Änderung der Lebenshaltungskosten sowie der Löhne und Gehälter ergibt, abhängig ist; im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz bedarf es wegen der gesetzlichen Regelung in § 9 a Abs. 1 S. 5 ErbbauVO keiner vertraglichen Abrede, in welchen zeitlichen Abständen ein Erhöhungsverlangen frühestens geltend gemacht werden darf.**

OLG Hamm, Beschluß vom 28.4.1995 – 15 W 374/94 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter* Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Zu Gunsten der Beteiligten zu 2) ist ein Erbbaurecht an dem Grundstück der Beteiligten zu 1) bestellt.

Die Beteiligten zu 2) haben beim Grundbuchamt beantragt und bewilligt, an bereitester Stelle im Erbbaugrundbuch zu Gunsten der Eigentümerin des Grundstücks eine Vormerkung zur Sicherung ihres Anspruchs auf Eintragung einer Reallast des Inhalts einzutragen, daß die Erbbauberechtigten von einem bestimmten Zeitpunkt an einen gemäß der im Erbbaurechtsvertrag getroffenen Vereinbarung neu festgesetzten Erbbauzins zu zahlen haben. Die Beteiligte zu 1) hat dazu mit notariell beglaubigtem Schreiben ihres Vertreters ihre Zustimmung erteilt.

Im Erbbaurechtsvertrag ist vereinbart:

„Bei einer wesentlichen Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere auch bei einer Währungsänderung, soll eine den veränderten Verhältnissen entsprechende Neufestsetzung der Höhe des von den Erbbauberechtigten zu entrichtenden Erbbauzinses durch Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten erfolgen.

Unter einer wesentlichen Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse sind insbesondere wesentliche Änderungen der Lebenshaltungskosten, der Grundstücks- und Baupreise sowie der Löhne und Gehälter zu verstehen.

Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, so soll über die Höhe des in Zukunft zu entrichtenden Erbbauzinses das in § 7 bestimmte Verfahren angewendet werden. Auch hierfür gilt der besondere Schiedsvertrag."

In § 7 Abs. 2 des Vertrages ist festgelegt, daß jede Partei einen Schiedsgutachter benennen kann. Einigen sich die beiden Schiedsgutachter nicht, so hat ein von der Industrie- und Handelskammer in Arnsberg oder der Landwirtschaftskammer in Münster erwählter Sachverständige zu entscheiden.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat den Eintragungsantrag durch Beschluß vom 14.12.1992 zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für eine Erbbauzinserhöhung sowie der Erhöhungsbetrag seien im Vertrag nicht eindeutig bestimmbar festgelegt. Die Anpassungsvereinbarung sei außerdem nach § 3 Währungsgesetz nicht genehmigungsfähig. Gegen diesen Beschluß hat die Beteiligte zu 1 Erinnerung eingelegt, der Rechtspfleger und Richter des Amtsgerichts nicht abgeholfen haben.

Das Landgericht hat die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß hat die Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde eingelegt. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Sachentscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landgericht verneint die Eintragungsfähigkeit der beantragten Vormerkung. Der zu sichernde Anspruch sei nicht genügend bestimmt. Die Regelung in § 11 Abs. 2 Erbbaurechtsvertrag enthalte keine genügend genauen Maßstäbe, aus denen sich das Ob und der Umfang einer Erhöhung des Erbbauzinses ergäben. Ein nachrangiger Grundpfandgläubiger könne nicht mit genügender Sicherheit feststellen, in welchem Umfang ihm Belastungen vorgehen könnten. Diese rechtliche Würdigung trifft nicht zu.

Nach § 883 BGB kann zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs, auch zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, zulässig. Der künftige Anspruch muß aber nach Inhalt und Gegenstand genügend bestimmbar sein. Unter diesen Voraussetzungen kann eine Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Reallast des Inhalts, daß ein neu festgesetzter Erbbauzins zu entrichten sei, eingetragen werden (BGHZ 22, 220, 224 f. [= DNotZ 1957, 300]; 61, 209, 211 [= MittBayNot 1973, 354 = DNotZ 1974, 90]; OLG Hamm, OLGZ 67, 450, 453 [= DNotZ 1968, 244]). Wann ein solcher Anspruch noch genügend bestimmbar ist, kann nur nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden (BGHZ 61, 209, 211).

In der Literatur wird gefordert, daß sowohl die Voraussetzungen für eine Anpassung des Erbbauzinses als auch deren Höhe bestimmbar sein müssen (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rz. 1833; MünchKomm-BGB/*von Oefele*, Rz. 49 zu § 9 Erbbauverordnung; *Soergel-Stürner*, BGB, Rz. 10 zu § 9 Erbbauverordnung; *Ingenstau*, Erbbaurecht, Rz. 69 zu § 9; *von Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rz. 183). In der obergerichtlichen Rechtsprechung sind überwiegend Entscheidungen zu der Frage ergangen, unter welchen Umständen der Umfang der Anpassung des Erbbauzinses noch genügend bestimmbar ist (vgl. BGHZ 22, 220 ff.; OLG Hamm, OLGZ 67, 450 ff.; OLG Düsseldorf, OLGZ 69, 221 ff. [= DNotZ 1969, 297]; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, MittBayNot 1971, 85; BayObLGZ 69, 97 ff. = DNotZ 1969, 492]; OLG Düsseldorf, DNotZ 1976, 539 ff.; BGHZ 61, 209 ff.; Kammergericht, Rechtspfleger 1976, 244 f. [= MittBayNot 1976, 135]; OLG Celle, Niedersächsische Rechtspflege 1985, 71 f.). Mit der fehlenden Bestimmbarkeit der Anpassungszeit hat sich jedoch das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1970, 60) auseinandergesetzt. Es hat eine genügende Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs und damit die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung verneint, wenn jederzeit bei einer Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse eine Anpassung des Erbbauzinses verlangt werden kann. Das Kammergericht hat hingegen in seiner später ergangenen Entscheidung (a.a.O) die Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs auch dann bejaht, wenn der ursprüngliche Erbbauzins auf Verlangen eines Vertragspartners bei einer Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse jederzeit angemessen zu ändern ist, soweit dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht unbillig ist. Es hat seine abweichende Auffassung mit dem Hinweis auf § 9 a

Abs. 3 Erbbaurechtsverordnung begründet. § 9 a Erbbaurechtsverordnung ist durch das Gesetz zur Änderung der Erbbaurechtsverordnung vom 8.1.1974 in die Erbbauverordnung aufgenommen worden. Mit Rücksicht auf die neu entstandene Rechtslage hat das Kammergericht auch eine Vorlagepflicht nach § 79 Abs. 2 GBO wegen Abweichung von der Ansicht des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts verneint.

Unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Schrifttum geht der Senat im vorliegenden Fall von einer hinreichenden Bestimmbarkeit des durch die beantragte Vormerkung zu sichernden Anspruchs aus. Dabei kommt der Eintragung der Vormerkung nach Auffassung des Senats nur für den Fall eine Bedeutung zu, daß sich der Erbbauzins auf Grund der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen erhöht.

Ist in einer Anpassungsvereinbarung die Erhöhung des Erbbauzinses wie hier an eine wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, die vertraglich durch eine wesentliche Änderung der Lebenshaltungskosten sowie der Löhne und Gehälter definiert ist, geknüpft und dient das Erbbaurecht Wohnzwecken, liegt eine genügende Bestimmbarkeit der Voraussetzungen und des Umfangs des Anspruchs auf Eintragung einer Reallast des Inhalts, daß ein nach der Anpassungsvereinbarung erhöhter Erbbauzins zu zahlen ist, vor. Dies folgt aus § 9 a Abs. 3 Erbbaurechtsverordnung. Diese Vorschrift will die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zugunsten von Erbbauzinsreallasten, die nach § 9 a Abs. 1 Erbbaurechtsverordnung begründet werden können, sichern (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 74, 75 [= DNotZ 1987, 360]). Die Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in § 9 a Abs. 1 Erbbaurechtsverordnung wird durch die Entwicklung der Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse bewirkt. Dabei ist einerseits auf die Entwicklung der Lebenshaltungskosten eines Vier-Personen-Arbeitnehmerhaushalts mittleren Einkommens und andererseits auf die Entwicklung der Bruttoeinkünfte der Industriearbeiter sowie der Angestellten in Industrie und Handel abzustellen. Diese beiden Kriterien, die sich der Höhe nach aus den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Indexzahlen ergeben, sind mit gleichem Gewicht heranzuziehen. Der aus ihrer Summe gebildete Mittelwert bestimmt die Grenze des vertraglichen Erhöhungsanspruchs (vgl. *Räfle*, Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Erbbaurecht, WM 1982, 1038, 1045 m.w.N.). Eine Anknüpfung an die Entwicklung der Mietzinsen kommt hingegen nicht in Betracht, da das Gesetz einerseits gerade keine Anknüpfung an sachspezifische Kriterien (auch nicht an die Entwicklung der Baugrundstückspreise) vorsieht, und andererseits diese bei den Lebenshaltungskosten bereits berücksichtigt werden (BGHZ 75, 279, 285 f. [= DNotZ 1980, 312]).

Aus Sinn und Zweck des § 9 a Erbbaurechtsverordnung, einer übermäßigen Anhebung von Erbbauzinsen entgegenzuwirken, folgt auch, daß eine Erhöhungsvereinbarung aufgrund einer Anpassungsklausel, die keine Frist für den frühesten Zeitpunkt einer Erhöhung des Erbbauzinses vorsieht, für die Zeit vor Ablauf der dreijährigen Sperrfrist nach Abschluß des Vertrages und alsdann vor Ablauf von 3 Jahren seit der letzten Erhöhung nach der zwingenden Vorschrift des § 9 a Abs. 1 Satz 5 Erbbaurechtsverordnung keinen Anspruch auf einen erhöhten Erbbauzins begründet (vgl. BGH, NJW 1983, 986, 988 [= DNotZ 1983, 557]). Ist jedoch ein solcher Anspruch vor Ablauf der Dreijahresfrist nicht begründet, ist auch der Anspruch auf Eintragung einer erhöhten Erbbauzinsreallast nicht gegeben. Insoweit beschränkt die gesetzliche Anpassungszeit des § 9 a Abs. 1 Satz 5 Erbbaurechtsverordnung die vertragliche Anpassungsvereinbarung. Der Bestimmbarkeit des durch die Vormerkung zu sichernden Anspruches steht also nicht entgegen, daß die Anpassungsvereinbarung keine Regelung darüber enthält, nach Ablauf welcher Zeit eine Erhöhung des Erbbauzinses jeweils vorgenommen werden darf.

Die Bestimmbarkeit des Anspruchs auf Bestellung der nach der Anpassungsvereinbarung erhöhten Erbbauzinsreallast ist hier gegeben. Im vorliegenden Fall dient das Erbbaurecht Wohnzwecken.

Die Anpassung des Erbbauzinses nach § 11 Abs. 2 des Erbbaurechtsvertrages ist an eine wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse geknüpft. Diese wird in dem Vertrag durch eine wesentliche Änderung der Lebenshaltungskosten, der Grundstücks- und Baupreise sowie der Löhne und Gehälter definiert, Der Senat sieht es als unschädlich an, daß die Grundstücks- und Baupreise in der Anpassungsvereinbarung als ein Bewertungsfaktor aufgeführt sind. Denn die Vertragsparteien bzw. die von ihnen benannten Schiedsgutachter oder der von der IHK Arnsberg bzw. der Landwirtschaftskammer Münster bestimmte Sachverständige können die Grundstücks- und Baupreise bei den Lebenshaltungskosten, zu denen auch die Mietzinsen gehören, gebührend berücksichtigen und eine unzulässige Doppelverwertung vermeiden.

Der Bestimmbarkeit des zu sichernden Rechts steht auch nicht entgegen, daß die Vertragsparteien sich grundsätzlich frei über eine Erhöhung des Erbbauzinses einigen können. Dem Interesse der nachrangigen Grundpfandgläubiger ist dadurch Genüge getan, daß die einzutragende Vormerkung nur eine Anpassung des Erbbauzinses nach § 11 Abs. 2 des Vertrages unter Berücksichtigung des § 9 a Abs. 1 Satz 5 Erbbaurechtsverordnung sichert. Entspricht der von den Vertragsparteien neu vereinbarte Erbbauzins nicht diesen Bestimmungen, ist die entsprechende Erbbauzinsreallast nicht durch die eingetragene Vormerkung gesichert (*Ingenstau*, Kommentar zum Erbbaurecht, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 69).

Schließlich ist die vorliegende Anpassungsvereinbarung auch nicht wegen fehlender Genehmigung der Bundesbank nach § 3 Währungsgesetz unwirksam. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts bedarf es zur Wirksamkeit der Anpassungsvereinbarung nicht der Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf die genannte Bestimmung. Eine solche wäre nur erforderlich, wenn die Anpassungsvereinbarung der Genehmigung der Bundesbank unterläge. Das ist hier jedoch nicht der Fall.

§ 3 Währungsgesetz unterwirft nur Gleitklauseln dem Genehmigungserfordernis, die die Höhe der Geldschuld an einen außerhalb des Schuldverhältnisses liegenden Maßstab binden und bei einer Änderung der Bezugsgröße eine automatische Anpassung vorsehen. § 3 Währungsgesetz ist als Einschränkung der Vertragsfreiheit restriktiv auszulegen. Deshalb sind Leistungsvorbehaltsklauseln genehmigungsfrei. Ein Leistungsvorbehalt liegt vor, wenn die Höhe der Geldschuld bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen durch die Parteien oder einen Dritten neu festgesetzt werden soll. Im Gegensatz zu einer genehmigungsbedürftigen Gleitklausel ist hier für die Parteien oder den Dritten ein (begrenzter) Ermessungsspielraum gegeben (vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, 54. Aufl., Rz. 18, 22, 26 zu § 245 BGB m.w.N.; *Räfle*, Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Erbbaurecht, WM 1982, 1038, 1042). Im vorliegenden Fall ist es den Parteien bzw. den Schiedsgutachtern/dem Sachverständigen ein Ermessensspielraum bei der Bewertung der Änderung der

Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse durch das Merkmal der Wesentlichkeit der Veränderung dieser Verhältnisse sowie des Einflusses des einzelnen Verhältnisses auf das Gesamtergebnis gegeben. Die Parteien können auch eine dem Umfange nach unter der Höchstgrenze des § 9 a Erbbaurechtsverordnung bleibende Anpassung vereinbaren. Eine automatische Anpassung an einen bestimmten Index ist gerade nicht vereinbart. Somit bedarf die vorliegende Klausel keiner Genehmigung durch die Bundesbank.

Andere Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich.

---

15. VZOG § 8 *(Verfügungsberechtigung nach § 8 VZOG)*

Die Verfügungsberechtigung des § 8 VZOG erfaßt auch unentgeltliche Verfügungen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

Thüringer Oberlandesgericht, Beschluß vom 12.10.95 – 6 W 390/95 – mitgeteilt von Notar *Peter Schüßler*, Mellrichstadt

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 26.09.1994 bestellte die Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 an einer näher bezeichneten Teilfläche von 5.000 qm des vorbezeichneten Grundstücks ein Erbbaurecht für die Dauer von 33 Jahren. Die Beteiligte zu 2 soll dort Tennisplätze und zugehörige bauliche Anlagen errichten. Ein Erbbauzins soll nicht gezahlt werden. Das Grundbuchamt des Amtsgerichts Meiningen hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen, da die Befugnis der Stadt gemäß § 8 VZOG, über das Grundstück zu verfügen, nur entgeltliche Verfügungen erfasse.

Der hiergegen namens beider Beteiligten eingelegten Erinnerung des Urkundsnotars wurde nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Das hiergegen eingelegte Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel auch begründet, weshalb die angefochtenen Entscheidungen aufzuheben und das Verfahren an das Grundbuchamt zurückzuverweisen ist. Die Eintragungsvoraussetzungen liegen vor. Grundsätzlich ist ein Recht an einem Grundstück nur im Grundbuch einzutragen, wenn derjenige, der durch dieses Recht betroffen wird, die Eintragung bewilligt. Im Falle der Bestellung eines Erbbaurechts bedeutet dies in der Regel, daß der Bestellende als Eigentümer verfügungsbefugt durch das Grundbuch verlautbart werden muß. § 8 Abs. 1 VZOG beinhaltet eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung des Bewilligenden. In Fällen der Eintragung von Volkseigentum wird – je nach früherem Rechtsträger – kommunalen Gebietskörperschaften, den Ländern, der Treuhandanstalt oder dem Bund die Verfügungsbefugnis über das Grundstück eingeräumt. § 8 Abs. 4 und 5 VZOG regeln in solchen Fällen die Sicherung des materiell tatsächlich Berechtigten.

a) Zu Recht sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß dem Grundbuchamt eine umfassende Prüfung der Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1 obliegt (*Horber/Demharter*, 21. Aufl., § 19 GBO, Rdnr. 59). Dabei sind nicht nur sich aus dem Grundbuch unmittelbar ergebende, sondern auch sonstige dem Grundbuchamt positiv bekannte Verfügungsbeschränkungen zu beachten. Zwar ist bei eintragungsfähigen Verfügungsbeschränkungen, z. B. der des nichtbefreiten Vorerben gemäß § 2113 BGB zunächst das Grundbuch maßgebend (*Horber/Demharter*, a. a. O.). Darüber hinaus hat das Grundbuchamt aber auch alle sonstigen, ihm bekannten Verfügungsbeschränkungen zu beachten, da es nicht bewußt daran mitwirken darf, durch eine Eintragung das Grundbuch unrichtig zu machen.

Wäre also eine nach den Vorschriften des Vermögensgesetzes verfügungsberechtigte Körperschaft in ihrer Verfügungsmacht auf entgeltliche Verfügungen beschränkt, hätte das Grundbuchamt dies zu prüfen und die Eintragung unentgeltlicher oder nicht gleichwertiger Verfügungen ähnlich der Verfügung eines Vorerben gem. § 2113 BGB abzulehnen.

b) Indes haben Amts- und Landgericht bei zutreffender Beurteilung der Prüfungskompetenz und -pflicht des Grundbuchamtes die Bedeutung des § 8 VZOG verkannt. Die Vorschrift gestattet nämlich nicht nur entgeltliche Verfügungen.

aa) § 8 Abs. 1 VZOG regelt lediglich die Verfügungsbefugnis, ohne nach der Art der Verfügung zu differenzieren. Von dem Begriff der Verfügungsbefugnis erfaßt werden damit die vollständige oder teilweise Eigentumsübertragung, die Begründung, Bestellung und Übertragung von dinglichen Rechten sowie die Vermietung und Verpachtung volkseigener Grundstücke (*Rädler/Raupach/Bezzenberger*, Vermögen in der ehemaligen DDR, § 8 VZOG, Rdnr. 10; *Schmidt-Räntsch*, Rechtshandbuch Vermögen in der ehemaligen DDR, § 8 VZOG, Rdnr. 6).

bb) ...

cc) Etwas anderes ergibt sich im Falle der Verfügung über ehemaliges volkseigenes Vermögen auch nicht aus § 8 Abs. 4 und 5 VZOG. Zwar dienen diese Vorschriften, worauf auch die Vorinstanzen zutreffend hingewiesen haben, der Sicherung des noch nicht ermittelten Eigentümers der in Rede stehenden Grundstücke. Nach § 8 Abs. 4 Satz 2 VZOG steht dem eigentlich materiell Berechtigten das Surrogat der zu seinen Lasten vorgenommenen Verfügung zu. Er hat also Anspruch auf den durch die Verfügung erzielten Erlös, mindestens jedoch auf den Verkehrswert (*Rädler/Raupach*, a. a. O., Rdnr. 17).

Aus der ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung in § 8 Abs. 4 Satz 2 VZOG, daß die verfügende Stelle „den Erlös, mindestens aber den Wert" an den Berechtigten auszukehren hat, folgt aber nach Auffassung des Senats, daß von einer Verfügungsbeschränkung auf entgeltliche oder gar wertentsprechende Verfügungen nicht ausgegangen werden kann. Die Verpflichtung, mindestens den Verkehrswert zu zahlen, sichert den Zuordnungs- bzw. Restitutionsberechtigten nämlich gerade für die Fälle, in denen der Erlös den Verkehrswert nicht erreicht oder es keinen Erlös gibt, wie z. B. bei einer Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft o. ä. (*Schmidt-Räntsch*, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen der ehemaligen DDR, § 8 VZOG Rdnr. 18, 23). Verfügungen, zu denen § 8 Abs. 1 VZOG ermächtigt, sind also auch unentgeltliche (so auch BG Dresden Rechtspfleger, 1993, 190, 191; *Böhringer*, Besonderheiten des Liegenschaftsrechts in den neuen Bundesländern, Rdnr. 325).

c) Schließlich steht der Eintragung auch nicht der Grundsatz der Voreintragung gemäß § 39 Abs. 1 GBO entgegen. § 8

VZOG erfaßt nämlich gerade den Fall, daß der materiell Berechtigte noch nicht feststeht, so daß auch seine Voreintragung anstelle des noch verlautbarten Volkseigentums nicht erfolgen kann. Die Verfügungsbefugnis nach § 8 VZOG macht daher auch die Voreintragung des Betroffenen entbehrlich.

---

16. EGBGB Art. 164 *(Grundbuchfähigkeit einer forstwirtschaftlichen „Körperschaft")*

Bei der Eintragung eines dem landesrechtlichen Vorbehalt des Art. 164 EGBGB unterfallenden Verbandes ins Grundbuch sind an den Nachweis der Grundbuchfähigkeit keine überzogenen Maßstäbe anzulegen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Würzburg, Beschluß vom 31.5.1995 – 3 T 1321/94 –, mitgeteilt von *Dr. Christof Münch*, Notar in Kitzingen

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Beteiligten zu 1 verkauften mit notarieller Urkunde an die „Körperschaft Kleinschönbach" näher bezeichnete Miteigentumsanteile an Grundstücken bzw. Anteile an der „Körperschaft Kleinschönbach". Das Grundbuchamt verlangte nach mehrfachen Beanstandungen zuletzt u.a. die Vorlage eines Nachweises, daß es sich bei der Körperschaft Kleinschönbach um eine selbständige Rechtspersönlichkeit handle. Die Antragsteller legten daraufhin die „Chronik des verwüsteten Dörfleins Kleinschönbach, verfertigt von dem Körperschaftsmitgliede, langjährigem Schriftführer und Ausschußmitgliede Oberlehrer Johann Arnholdt" aus dem Jahre 1929 vor. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Rechtspflegerin und Grundbuchrichterin haben der Erinnerung nicht abgeholfen, sondern die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die im Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 13.04.1971 (BayObLGZ 71/125 ff. [= MittBayNot 1971, 248 = DNotZ 1971, 622]) und im Beschluß der Kammer vom 28.04.1985 (3 T 719/85) enthaltenen grundsätzlichen Ausführungen, denen sich die Kammer vollinhaltlich anschließt, führen im vorliegenden Fall dazu, daß die Körperschaft Kleinschönbach als Rechtspersönlichkeit eigener Art anzusehen und damit grundbuchfähig ist.

Das Bayerische Oberste Landesgerichts hat in seiner Entscheidung im Hinblick auf die schwierige Rechtslage festgestellt, „daß eine nicht allzu beengte Handhabung bei Vollzug einer Eintragungsbewilligung angebracht erscheint, wenn es sich um ein im Rechtsverkehr selten auftretendes Gemeinschaftsverhältnis handelt, dessen Entstehung schon mehr als 100 Jahre zurückliegt und dessen gesetzlicher Inhalt aufgrund landesrechtlicher Vorschriften von den üblichen Gemeinschaftsverhältnissen nicht unerheblich abweicht, dessen Kennzeichnung und Inhalt aber dem Grundbuchamt aus der bereits vorliegenden Eintragung und den örtlichen Gegebenheiten hinreichend bekannt ist" (BayObLGZ 71/141 a.E.).

Aus folgenden Erwägungen ergibt sich, daß die Körperschaft Kleinschönbach eine derartige Rechtspersönlichkeit bildet: Nach Art. 164 EGBGB sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden Realgemeinden und ähnliche Verbände, deren Mitglieder als solche zur Nutzung an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken berechtigt sind, in Kraft geblieben. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Realgemeinden oder sonstigen Verbände juristische Personen sind oder nicht und ob die Berechtigung der Mitglieder an Grundbesitz geknüpft ist oder nicht. Die Gesamtheit der Nutzungsberechtigten kann auch eine juristische Person, eine Realgemeinde im engeren Sinne, bilden (vgl. BayOLGZ 71/135). Diese Bestimmung trug der damaligen Situation Rechnung; denn es bestanden zahlreiche Wald-, Weide-, Mühlen- und ähnliche Verbände, deren Entstehung und juristische Natur nur schwer zu ermitteln waren und deren Mitgliedern herkömmlich ein zumeist nach einem bestimmten Bezug- und Nutzungsquantum ausgedrücktes Anteilsrecht an den Nutzungen zustand (vgl. 3 T 719/85 mit Bezug auf *Henle*, Die Anlegung des Grundbuchs in den Landesteilen rechts des Rheins, 2. Aufl. 1902, S. 40, 100).

Die Körperschaft Kleinschönbach ist ein solcher ähnlicher Verband, eine privatrechtliche Vereinigung der ehemaligen Forstberechtigten. Ihnen als Gesamteinheit der Berechtigten sind die Waldgrundstücke als gemeinsames Eigentum überlassen worden, nicht jedoch den einzelnen Berechtigten anteilsmäßig (in Bruchteilen); den einzelnen Berechtigten stehen nur Nutzungsanteile zu (BayObLG a.a.O.).

Bei der Anlegung des Grundbuches in den Jahren 1905 und 1906 ist das königliche Amtsgericht Wiesentheid erkennbar davon ausgegangen, daß es sich bei der Körperschaft Kleinschönbach um eine selbstständige Rechtspersönlichkeit handelt. In den Niederschriften des Königlichen Amtsgerichts Wiesentheid über die Anlegung des Grundbuchs (ab dem 28.03.1905) ist zur Frage der Rechtsnatur der Körperschaft aufgrund umfassender Recherchen des Anlegungsbeamten und aufgrund der Erklärungen der Mitglieder der Körperschaft im Protokoll vom 30.01.1906 festgestellt worden: „Die Körperschaft Kleinschönbach ist durch Vereinigung der Bürger der im Jahre 1469 zerstörten politischen Gemeinde Kleinschönbach entstanden und bezweckt die Verwaltung und nutzbringende Verwertung des ziemlich umfangreichen, in der Vormerkung vom 20.11.1905 näher bezeichneten Grundbesitzes. Die Körperschaft besitzt keine Statuten. Die Geschäfte derselben besorgt aufgrund Herkommens ein alle drei Jahre neu zu errichtender Vorstand. Das Eigentum an dem gesamten Grundbesitz steht und stand bisher uns, der Gesamtheit, das ist dem Verbande, der Körperschaft Kleinschönbach zu. Den einzelnen Beteiligten stehen lediglich bestimmte, weiter unten aufgeführte Nutzanteile zu. Die Nutzanteile sind nicht an den Besitz bestimmter Grundstücke gebunden, sondern frei veräußerlich und teilbar. Die Nutzungen bestehen in der Zuteilung eines gewissen Quantums Scheit- und Wellenholzes und Streu. Die Aufsicht über die Waldungen führt die Königliche Forstbehörde zu Oberschwarzach".

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat am 20.12.1907 (BayObLGZ 8/570) im wesentlichen dazu ausgeführt, daß bei einer sich aus einer Marktgenossenschaft herleitenden Realgemeinde, die den Gegenstand der Anteilsberechtigung bildenden Grundstücke nicht im Miteigentum der Beteiligten stehen, sondern der Realgemeinde als Körperschaft gehören. Dieser Auffassung liegt auch der Begriff der Körperschaftswaldung im Sinne des Art. 18 BayFoG 1852 zugrunde. Maß-

gebend hierbei ist, ob die Waldungen bisher als Körperschaftswaldungen unter der Oberaufsicht des Forstamtes bewirtschaftet wurden oder ob den Beteiligten hierbei wie Eigentümern von Privatwaldungen freie Hand gelassen wurde (vgl. BayObLGZ 71/132).

Die geschichtliche Entwicklung des Dörfleins Kleinschönbach spricht für die Annahme eines solchen Körperschaftswaldes. Aus einer im Staatsarchiv Würzburg aufbewahrten Urkunde aus dem Jahre 1731 ist u.a. folgendes ersichtlich: „Kleinschönbach wurde erstmals im Jahre 1381 mit dem Namen "Kleynenschönbach" genannt, war ein kleiner Weyler von 17 Hofstätten und von Jakob Teufel einem Bürger aus Kitzingen, zu dem Kloster Ebrach gestiftet worden, dahin es noch dato Lehen, Zins, Güld, Handlohn und Zehendbar ist. ... Die Markung dieses öden Orts ist nicht allein von der Prichsenstädter Markung richtig mit Steinen abgesondert, sondern auch um und um gegen alle dessen Nachbarn und Anstößer in inhalts ihrer Grenzen und Markungsbesitzung ordentlich vermarkt. So formieren auch diejenigen Bürger, welche Teil an diesen Kleinschönbacher Gütern haben, miteinander eine besondere Gemeinde, haben ein ordentliches Siebenergericht, wählen jährlich ihren Gemeindeschuldheißen, welcher bei Abtretung seines Amtes Gefälle halben, seine Jahresrechnung erlegen und öffentlich ablesen muß, haben solches auch von alters und bißhero ohne Beisein eines Kastners verrichtet."

Durch die vorgelegte Chronik, verfertigt von dem Körperschaftsmitglied Johann Arnholdt im Jahre 1929, die auf weitere urkundliche Erwähnungen der Gemeinde Kleinschönbach Bezug nimmt, ist nach Auffassung der Kammer ausreichend der Beweis dafür geführt worden, daß die Körperschaft Kleinschönbach nach Zerstörung des Dorfes als selbständiger Verband innerhalb der Gemeinde Prichsenstadt im Sinne des Art. 164 EGBGB existiert hat. Das gemeinschaftliche Eigentum der ehemaligen Dorfgemeinschaft blieb bestehen. Daran änderte auch der Wegzug der überlebenden Bevölkerung nach Prichsenstadt nichts. Vielmehr bildeten die ehemaligen Bewohner Kleinschönbachs auch in Prichsenstadt eine besondere Gemeinde und damit eine eigene Rechtspersönlichkeit. Dies wird dadurch bestätigt, daß sie bis zur Aufhebung durch bezirksamtliche Verfügung am 30.6.1900 ihr eigenes Siebenergericht hatten und einen eigenen Gemeindeschultheißen wählten und sich dadurch von den anderen Prichsenstädter Bürgern absonderten.

---

17. BGB § 885 *(Vormerkbarkeit trotz ausstehender aufsichtlicher Genehmigung)*

Das Ausstehen einer für die Wirksamkeit eines Vertrages erforderlichen aufsichtlichen Genehmigung berührt die Vormerkungsfähigkeit des Anpruches nicht.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Schwerin, Beschluß vom 11.4.1995 – 5 T 52/95 –, mitgeteilt von der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 28. März 1994 veräußerte die Gemeinde ... das verfahrensgegenständliche Grundstück an die weiteren Beteiligten zu 1. und 2. Im Verfahren um die Eintragung einer Auflassungsvormerkung hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung die Vorlage einer Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde nach § 57 Kommunalverfassung gefordert.

Hiergegen wendet sich die Erinnerung.

Die nunmehr als Beschwerde zu wertende Erinnerung ist zulässig und auch in der Sache begründet.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes ist eine Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht erforderlich.

Zwar bestimmt die Vorschrift, daß die Gemeinde im Falle der Veräußerung des Grundstücks der aufsichtsrechtlichen Genehmigung bedarf. Dies heißt jedoch nicht notwendig, daß diese Genehmigung bereits bei der Eintragung einer Vormerkung vorliegen muß. Die Frage ist vielmehr nach dem mit der Genehmigungsbedürftigkeit verfolgten Zweck zu entscheiden (*Hägele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Auflage, Rdnr. 3807, MünchKomm-BGB, § 885 Rdnr. 23). Da sich die Kommunalaufsicht vorliegend auf bloße Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt, hindert das Ausstehen der behördlichen Genehmigung die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Erwerbers nicht. Es ist kein gewichtiges öffentliches Interesse ersichtlich, das die Ausübung der Rechtskontrolle in einem bestimmten Verfahrensstadium vorschreibt. Maßgebend ist allein, daß die Rechtmäßigkeit der Verwaltung sichergestellt ist. Dies kann auch im Rahmen des Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäftes geschehen, da die von den Erwerbern beanspruchte Rechtsänderung trotz der eingetragenen Vormerkung genehmigungspflichtig bleibt. Der Zweck der Genehmigungsbedürftigkeit wird daher durch die Vormerkung nicht vereitelt, weil die Behörde die Genehmigung bis zur Eintragung des vorgemerkten Rechts noch versagen kann, womit dann die Vormerkung erlischt (so auch OLG Rostock, Beschluß vom 15.2.1995 – 3 W 11/95 –).

Bis zur Erteilung bzw. Verweigerung der aufsichtsrechtlichen Genehmigung ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam. Ein solcher Anspruch ist vormerkungsfähig, soweit für den Verpflichteten bereits eine rechtliche Bindung besteht, die dieser nicht einseitig beseitigen kann (vgl. *Demharter*, GBO, 21. Auflage, Anhang zu § 44 Rdnr. 94). Die erforderliche Bindung ist hier bereits mit Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages eingetreten, der zu seiner Realisierung allein noch der kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigung bedarf.

18. GG Art. 6 Abs. 2 Satz 1, 103 Abs. 1; BGB § 1747 Abs. 2 Sätze 1 und 2 *(Beteiligung des Vaters an der Adoption seines nichtehelichen Kindes)*

1. **Väter nichtehelicher Kinder sind unabhängig davon, ob sie mit der Mutter des Kindes zusammenleben oder mit dieser gemeinsam die Erziehungsaufgaben wahrnehmen, Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Der Gesetzgeber ist aber befugt, bei der Ausgestaltung der konkreten Rechte beider Elternteile die unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen.**
2. **Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, daß für die Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter oder deren Ehemann weder die Einwilligung des Vaters noch eine Abwägung mit dessen Belangen vorgesehen ist.**
3. **Dem Vater muß im Verfahren über die Adoption des nichtehelichen Kindes rechtliches Gehör durch das Vormundschaftsgericht gewährt werden. Die Belehrung durch das Jugendamt nach § 51 Abs. 3 SGB VIII reicht hierfür nicht aus.**

Beschluß des BVerfG vom 7.3.1995 – 1 BvR 790/91 – u.a.

A.

Die Verfassungsbeschwerden betreffen Adoptionen minderjähriger nichtehelicher Kinder durch die Mutter allein oder durch die Mutter und ihren Ehemann gegen den Willen des leiblichen Vaters. Sie richten sich mittelbar gegen § 1747 Abs. 2 BGB, soweit danach eine Einwilligung des Vaters für die Annahme des nichtehelichen Kindes nicht erforderlich ist.

...

b) In die Annahme müssen unter anderem bei einem ehelichen Kind die Eltern, bei einem nichtehelichen Kind die Mutter einwilligen (§ 1747 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB), und zwar unabhängig davon, ob ihnen die elterliche Sorge über das Kind zusteht.

Eine Einwilligung des Vaters in die Adoption seines nichtehelichen Kindes ist demgegenüber nicht vorgesehen. Nach § 1747 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Annahme eines nichtehelichen Kindes durch Dritte allerdings dann nicht auszusprechen, wenn der Vater die Ehelicherklärung oder die Adoption des Kindes beantragt hat; das gilt aber nicht, wenn die Mutter ihr nichteheliches Kind annimmt.

c) Nach § 51 Abs. 3 SGB VIII (KJHG) hat das Jugendamt den Vater des nichtehelichen Kindes bei der Wahrnehmung seiner Rechte aus § 1747 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB zu beraten. Die Beratung soll so rechtzeitig erfolgen, daß der Vater über die Ausübung seiner Rechte entscheiden kann, bevor das Kind in Adoptionspflege gegeben wird, spätestens jedoch vor der Anhörung des Jugendamtes im Adoptionsverfahren oder vor der Abgabe einer gutachtlichen Äußerung durch das Jugendamt.

Eine Beteiligung des Vaters am Adoptionsverfahren selbst ist nicht ausdrücklich vorgesehen. ...

C.

Die Verfassungsbeschwerden sind im wesentlichen begründet; ...

I. ...

3. § 1747 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB verstößt, soweit er in den Ausgangsverfahren entscheidungserheblich war, gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

a) Die Adoption des nichtehelichen Kindes durch die Mutter oder deren Ehemann führt zum völligen Verlust der Vaterstellung mit allen Rechten und Pflichten. Insbesondere verliert der leibliche Vater auch die rechtliche Möglichkeit, eine Umgangsregelung zu beantragen und eine persönliche Beziehung zu seinem Kind aufrechtzuerhalten oder wieder zu beleben. Dieser Verlust wird weder von seiner Einwilligung abhängig gemacht noch von einer Prüfung, ob der Adoption Belange des Vaters entgegenstehen, insbesondere, ob sie eine bestehende Vater-Kind-Beziehung zerstört.

aa) Bei einer Adoption des Kindes durch seine Mutter hat der Vater nach § 1747 Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz BGB nicht einmal das Recht, dem Adoptionsbegehren einen eigenen Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption entgegenzusetzen. Er hat also keinerlei rechtlich abgesicherte Möglichkeit, eine Adoption durch die Mutter zu verhindern. Falls er am Adoptionsverfahren beteiligt wird, kann er allenfalls geltend machen, die Annahme durch die Mutter sei nach § 1741 Abs. 1 BGB unzulässig, weil sie nicht dem Wohl des Kindes diene.

Es kommt hinzu, daß die Stellung des Vaters im Adoptionsverfahren unklar ist. Da ihm keine materiellen Rechte eingeräumt sind, ergibt sich aus dem Gesetz nicht eindeutig, ob er Verfahrensbeteiligter ist. Zudem wurde die Vorschrift, die das Vormundschaftsgericht ausdrücklich zu seiner Anhörung verpflichtete, durch das Adoptionsgesetz wieder aufgehoben. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber die Anhörung des Vaters bei einer Adoption des nichtehelichen Kindes durch die Mutter nicht generell für erforderlich hielt, sondern es der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts überlassen wollte, ob es im Interesse des Kindes den Vater anhört (vgl. BT-Drucks. 7/3061, S. 58).

bb) Bei einer Annahme des Kindes durch den Ehemann der Mutter ist § 1747 Abs. 2 Satz 1 erster Halbsatz BGB zwar anwendbar. Die darin vorgesehene Möglichkeit, die beantragte Adoption des Kindes durch einen eigenen Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption zu verhindern, ist aber bei einer Adoption des Kindes durch den Stiefvater nicht geeignet, das Elternrecht des Vaters zu wahren. Denn in solchen Fällen wird der Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption in aller Regel keine Aussicht auf Erfolg haben. Mit einer Einwilligung der Mutter kann nicht gerechnet werden, da sie das Kind gemeinsam mit ihrem Ehemann erziehen will und dessen Antrag befürwortet. Eine Ersetzung ihrer Einwilligung ist nur auf Antrag des Kindes möglich, kann vom Vater also nicht herbeigeführt werden. Zudem wird eine Adoption durch ihn in diesen Fällen nicht dem Kindeswohl dienen, weil das Kind dadurch aus seiner gewohnten Umgebung herausgerissen und von seiner Mutter getrennt würde, die es vorher betreut und erzogen hat. Dem Vater stehen daher auch bei der Adoption durch den Ehemann der Mutter praktisch keine Möglichkeiten zur Verfügung, mit denen er die Annahme verhindern oder auch nur eine Abwägung mit seinen Belangen herbeiführen könnte. Es kann deshalb hier dahingestellt bleiben, ob in anderen Fällen der Fremdadoption die in § 1747 Abs. 2 Satz 2 erster Halbsatz BGB vorgesehenen Möglichkeiten dem Elternrecht des Vaters hinreichend Rechnung tragen.

...

II.

1. Die angegriffenen Beschlüsse verletzen die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Sie beruhen auf der verfassungswidrigen Regelung in § 1747 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB. Die Vormundschaftsgerichte sind

jeweils davon ausgegangen, daß der entgegenstehende Wille des Vaters die Annahme nicht hindere. Sie haben auch keine Abwägung zwischen den Belangen des Vaters und dem Interesse des Kindes an der Adoption vorgenommen.

2. Die Beschlüsse des Amtsgerichts verletzen den Beschwerdeführer darüber hinaus in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör.

a) Art. 103 Abs. 1 GG ist auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu beachten. Das gilt unabhängig davon, ob die Anhörung im Gesetz vorgesehen ist und ob das Verfahren vom Verhandlungs- oder vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird; ebensowenig kommt es auf eine förmliche Beteiligtenstellung an. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht vielmehr jedem zu, dem gegenüber die gerichtliche Entscheidung materiell-rechtlich wirkt und der deshalb von dem Verfahren rechtlich unmittelbar betroffen wird (vgl. BVerfGE 89, 381 [390] m.w.N.).

Danach ist der Vater des nichtehelichen Kindes am Adoptionsverfahren zu beteiligen. Er ist von der Entscheidung in seinem Elternrecht betroffen, unabhängig davon, ob ihm der Gesetzgeber materielle Rechte in bezug auf die Adoption eingeräumt hat. Denn er verliert durch die Adoption seine Stellung als Vater mit allen Rechten und Pflichten. Insbesondere wird ihm auch die rechtliche Möglichkeit genommen, eine Umgangsregelung zu beantragen oder nach § 1711 Abs. 3 i.V.m. § 1634 Abs. 3 BGB Auskunft über das Kind zu verlangen.

Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wird nicht schon dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß das Jugendamt nach § 51 Abs. 3 SGB VIII verpflichtet ist, den Vater über seine Rechte aus § 1747 Abs. 2 BGB zu belehren. Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet den Anspruch auf rechtliches Gehör „vor Gericht". Danach muß den vom gerichtlichen Verfahren materiell Betroffenen Gelegenheit gegeben werden, sich zu dem der gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zu dem hierauf bezogenen Vortrag anderer Verfahrensbeteiligter zu äußern. Die Belehrung des Vaters durch das Jugendamt nach § 51 Abs. 3 SGB VIII kann die Anhörung durch das Gericht nicht ersetzen. Abgesehen davon, daß das Jugendamt nur zu einer Beratung des Vaters bei der Wahrnehmung seiner Rechte nach § 1747 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB verpflichtet ist, nicht aber zu seiner umfassenden Anhörung, ist nicht gewährleistet, daß die Äußerung des Vaters dem Gericht vollständig und frei von Wertungen übermittelt wird. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, daß das Jugendamt in aller Regel am Adoptionsverfahren – wie auch in den Ausgangsverfahren – in mehreren Funktionen beteiligt ist und deshalb die Anhörung durch ein neutrales Gericht nicht ersetzen kann (vgl. BVerfGE 83, 24 [36]).

b) ...

D.

Der festgestellte Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hat zur Folge, daß § 1747 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB für mit diesem Grundrecht unvereinbar zu erklären ist. Der Gesetzgeber hat die Verfassungswidrigkeit spätestens bis zum Ende dieser Legislaturperiode zu beseitigen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung sind Verfahren über die Adoption eines nichtehelichen/Kindes durch die Mutter oder deren Ehemann auszusetzen, sofern der Vater nicht in die Adoption einwilligt. Die Rechtskraft der angegriffenen Beschlüsse ist insoweit aufzuheben, als sie einer erneuten Prüfung und Entscheidung entgegensteht.

I.

1. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, so ist sie grundsätzlich für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 Satz 1, § 78 Satz 1 BVerfGG). Etwas anderes gilt jedoch, wenn der verfassungswidrige Teil der Norm nicht klar abgrenzbar ist, wenn die Verfassungswidrigkeit darin besteht, daß eine Personen- oder Fallgruppe nicht einbezogen worden ist, oder wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen (vgl. BVerfGE 90, 263 [276]).

Danach scheidet eine Nichtigerklärung hier schon deshalb aus, weil die Verfassungswidrigkeit der Regelung darin besteht, daß dem Vater bei der Adoption des nichtehelichen Kindes nur unzureichende Rechte eingeräumt worden sind. Außerdem stehen dem Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten offen, die Verfassungswidrigkeit zu beseitigen. So kann er für die Adoption des nichtehelichen Kindes die Einwilligung des Vaters vorsehen und den unterschiedlichen sozialen Gegebenheiten durch eine differenzierende Ausgestaltung der Regelung über die Ersetzung der Einwilligung Rechnung tragen. Das Elternrecht schließt aber auch eine Regelung nicht von vornherein aus, die dem Vater ein Widerspruchsrecht gibt, das nur unter bestimmten Voraussetzungen überwunden werden kann.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Rechtslage unverzüglich mit der Verfassung in Einklang zu bringen. Wegen des engen Zusammenhangs der erforderlichen Neuregelung mit der Reform des Kindschaftsrechts erscheint es sachgerecht, ihm hierfür höchstens bis zum Ende der Legislaturperiode Zeit zu gewähren (vgl. BVerfGE 90, 263 [277]).

2. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung sind gerichtliche Verfahren auszusetzen, soweit die Entscheidung von dem für verfassungswidrig erklärten Teil der Vorschrift abhängt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist hier nicht geboten und bei Abwägung aller Umstände nicht gerechtfertigt.

...

---

19. BGB §§ 242, 328 Abs. 1 und 2, 1593, 1601 *(Unterhaltsanspruch eines durch heterologe Insemination gezeugten Kindes – I)*

1. Eine Vereinbarung zwischen Eheleuten, mit welcher der Ehemann sein Einverständnis zu einer heterologen Insemination erteilt, enthält regelmäßig zugleich einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten des aus der heterologen Insemination hervorgehenden Kindes, aus dem sich für den Ehemann dem Kind gegenüber die Pflicht ergibt, für dessen Unterhalt wie ein ehelicher Vater zu sorgen.

2. Bis die zur Schwangerschaft führende Insemination durchgeführt worden ist, kann der Ehemann seine Zustimmung seiner Ehefrau gegenüber im Grundsatz frei widerrufen und auf diese Weise die mit der Zustimmung verbundene Vereinbarung kündigen. Danach kann er sich dagegen weder durch eine einseitige Erklärung noch durch eine Vereinbarung mit seiner Ehefrau von seinen dem Kind gegenüber übernommenen Verpflichtungen lösen.

3. **Die vertraglich übernommene Unterhaltspflicht des Ehemannes endet – anders als die gesetzliche Unterhaltspflicht – nicht ohne weiteres, wenn in einem Statusverfahren die Nichtehelichkeit des Kindes rechtskräftig festgestellt worden ist.**

4. **Ist die Nichtehelichkeit des Kindes festgestellt, so kommt grundsätzlich eine Anpassung der vertraglichen Unterhaltspflicht an die veränderten Verhältnisse nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Der Ehemann kann eine solche Anpassung aber jedenfalls dann nicht verlangen, wenn er selbst die Ehelichkeitsanfechtungsklage erhoben und auf diese Weise gezielt die Veränderungen herbeigeführt hat, aus denen er Rechte herleiten will.**

BGH, Urteil vom 3.5.1995 – XII ZR 29/94 – mitgeteilt von *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Notar in Regen

---

20. BGB §§ 242, 328 Abs. 1 und 2, 1593, 1601 *(Unterhaltsanspruch eines durch heterologe Insemination gezeugten Kindes – II)*

1. **Eheleute, die eine heterologe Insemination vereinbaren, lassen sich erkennbar von der Vorstellung leiten, die persönlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen dem Ehemann und dem aus der heterologen Insemination hervorgehenden Kind würden sich so entwickeln, als sei der Ehemann der biologische Vater. Diese Vorstellung der Eheleute ist Geschäftsgrundlage ihrer Vereinbarung.**

2. **Diese Geschäftsgrundlage entfällt nicht schon dann, wenn die Ehe scheitert und das Kind deshalb nicht in einer Hausgemeinschaft mit dem Ehemann aufwächst. Sie entfällt aber regelmäßig durch das rechtskräftige Statusurteil, mit dem die Nichtehelichkeit des Kindes festgestellt wird.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 3.5.1995 – XII ZR 89/94 – mitgeteilt von *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Notar in Regen

Anmerkung zu beiden Entscheidungen:

1. Beide Entscheidungen befassen sich mit rechtlichen Problemen, die sich aus der modernen Fortpflanzungsmedizin ergeben[1]. Diese betreffen nicht nur das Familienrecht[2], sondern auch das Erbrecht[3].

2. Der Bundesgerichtshof hält – entgegen der überwiegenden Ansicht in der Literatur[4] – zunächst daran fest, daß die Einwilligung des Ehemannes in eine Fremdbefruchtung allein nicht ausreicht, um sein Anfechtungsrecht hinsichtlich der Ehelichkeit des Kindes auszuschließen. Dies soll auch dann gelten, wenn neben der Zustimmung zur Vornahme der heterologen Insemination gleichzeitig ein Anfechtungsverzicht erklärt wurde[5]. Unabhängig davon soll jedoch das Einverständnis des Ehemannes regelmäßig zugleich einen von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten des so gezeugten Kindes enthalten, mit dem sich der Ehemann verpflichtet, für den Unterhalt des Kindes wie ein leiblicher ehelicher Vater zu sorgen[6]. Diese Unterhaltspflicht endet weder mit dem Scheitern der Ehe noch durch Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes aufgrund des Antrags des Vaters, wohl aber, wenn das Kind seinerseits die Ehelichkeit angefochten hat. Diesen Entscheidungen ist zuzustimmen, verteilen sie doch die Verantwortung für die Fortpflanzung auf beide Partner, nämlich Mann und Frau gleichmäßig[7]. Zwei Aspekte verdienen in diesem Zusammenhang der besonderen Beachtung.

3. Die Prognose, daß die Urteile des Bundesgerichtshofs über die entschiedene Fallgestaltung hinaus zu einer weitreichenden Anerkennung faktischer Unterhaltspflichten führen werden, scheint nicht ganz unbegründet zu sein.

a) Als Fall künstlicher Fortpflanzung ist zunächst die homologe Insemination zu nennen, bei der die Ehefrau mit dem Samen des Ehemannes künstlich befruchtet wird. Die Insemination ist der Beiwohnung im Sinne des § 1591 Abs. 1 Satz 1 BGB gleich zu achten. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn die Eizelle der Ehefrau nicht im Mutterleib (in vivo), sondern im Reagenzglas (in vitro) mit dem Samen des Ehemannes befruchtet wird. Probleme bereitet dagegen die heterologe Insemination; hier ist dle Rechtslage im Prinzip dieselbe, wie wenn die Frau mit einem Dritten geschlechtlich verkehrt hätte[8]. Unzulässig sind dagegen in Deutschland die Eiübertragung, d.h. die Einpflanzung einer unbefruchteten Eizelle

---

[1] S. zu diesen Entscheidungen auch *Hohloch*, LM § 242 BGB Nr. 156.

[2] Vgl. dazu die Verh. d. 56. Dt. Juristentages 1986 (Beschlüsse NJW 1986, 3069 ff.) u. *Zimmermann*, Moderne Fortpflanzungsmedizin und ihre Auswirkungen im Familien- und Erbrecht. Dt. Bericht zu Thema 3 des XXI. Intern. Kongresses der UINL in Berlin 1995, in: Bundesnotarkammer (Hg.), Berichte der deutschen Delegation, 1995, S. 113 ff.

[3] Besonderheiten ergeben sich hier bei einer artifiziellen Befruchtung mit kryokonservierten Keimzellen Verstorbener. In diesem Fall ist das gesetzliche Erbrecht gem. § 1923 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB ausgeschlossen (vgl. AK-BGB/*Derleder*, § 1923 Rdnr. 5; a.A. *Soergel/Stein*, § 1924 Rdnr. 6). Allerdings wäre nach § 2101 Abs. 1 BGB bei einer gewillkürten Erbfolge im Zweifel eine Nacherbeneinsetzung anzunehmen. Probleme ergeben sich jedoch aus § 2065 BGB, wonach eine Bestimmung des Erben durch einen Dritten ausgeschlossen sein soll, da in den vorgenannten Fällen es letzlich vom Willen des Überlebenden abhängt, ob der „Nacherbe" durch Befruchtung entsteht (a.A. wohl *Zimmermann*, a.a.O., S. 113/218).

[4] Vgl. dazu nur *Schwab*, FamR., 8. Aufl. 1995, Rdnr. 409 u. MünchKomm-BGB/*Mutschler*, § 1594 Rdnr. 15 a sowie *Staudinger/Göppinger*, § 1591 Rdnr. 40. S. ferner *Harder*, JuS 1986, 505 ff. u. *Kienle*, ZRP 1995, 201 ff. zur Rechtslage in der Schweiz s. Art. 256 Abs. 3 ZGB, der die Anfechtungsklage des Ehemannes ausschließt. In England muß der Ehemann nachweisen, daß er mit der künstlichen Befruchtung nicht einverstanden war, sonst gilt das Kind als sein Kind (Human Fertilization and Embryology Act 1990, Sec. 28).

[5] Ebenso bereits BGHZ 87, 169 u. nunmehr BGH, Urt. v. 12.7.1995 – XII ZR 128/94.

[6] Ähnlich *Gernhuber/Coestler-Waltjen*, FamR, 4. Aufl. 1994, S. 825 u. LG Duisburg, FamRZ 1987, 197.

[7] So bereits *Grziwotz*, NJW-Cassette 8/1995, Nr. 12 (Telefonkommentar).

[8] *Henrich*, FamR, 5. Aufl. 1995, S. 190.

einer anderen Frau (Eispenderin), sowie die Leih-/Ersatzmutterschaft, d.h. die Implantierung der in vitro mit dem Samen des Ehemannes befruchteten Eizelle der Ehefrau in die Gebärmutter einer fremden Frau, die sodann das Kind für die genetischen Eltern austrägt. Dies gilt in gleicher Weise für die In-vitro-Fertilisation, wenn das mit dem Samen eines Samenspenders befruchtete Ei einer fremden Frau der Ehefrau eingepflanzt werden soll[9]. Allerdings existieren selbst im Bereich der EU keine einheitlichen Verbotsgesetze, so daß auch die vorgenannten Fälle mitunter vorkommen[10].

b) Der 62. Dt. Ärztetag hielt – anders als später der 73. Dt. Ärztetag 1970 – noch die heterologe Insemination für sittenwidrig. Auch heute sind aufgrund des Einsatzes moderner Fertilisationsverfahren (in-vitro-Fertilisation, Embryotransfer, intratubarer Gametentransfer und tubarer Embryotransfer) sozialethische Bedenken noch nicht ausgeräumt. Der 88. Dt. Ärztetag hielt die In-vitro-Fertilisation bei Nichtverheirateten nur in Ausnahmefällen für vertretbar. Ausnahmen sind von der vorherigen Anrufung einer bei der Ärztekammer eingerichteten Ethik-Kommission abhängig[11]. Da genetische Charakterisierungen und damit eine gezielte Auswahl der Spermien möglich sind, ist die Selektion der Gameten zunächst nach dem Geschlecht, aber auch darüber hinausgehend nach eugenischen, medizinischen und individuellen Kriterien möglich[12].

c) Für den Juristen stellt sich das Problem des Auseinanderfallens sozialer und biologischer Vaterschaft[13]. Diese tritt nicht nur bei einer heterologen Insemination auf, sondern betrifft auch weitere Fälle. Zu nennen sind hier insbesondere der durch den Ehemann genehmigte Geschlechtsverkehr der Ehefrau mit einem fremden Mann, um so zu dem gewünschten Kind zu kommen. Ein weiterer Fall betrifft die Veranlassung eines Mannes, daß eine schwangere Frau von der rechtlich zulässigen Abtreibung absieht, um auf diese Weise den Wunsch nach der Elternschaft zu erfüllen. Eine ähnliche Situation kann sich auch im Rahmen einer lesbischen nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergeben. In allen diesen Fällen kann nach der nunmehrigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Unterhaltspflicht nicht von vornherein verneint werden. Da die vertragliche Unterhaltspflicht unmittelbar mit der Einwilligung des Ehemannes in die Befruchtung seiner Frau verbunden ist, dürfte ein vertraglicher Ausschluß dieser Unterhaltspflicht bzw. ein entsprechender Vorbehalt kaum wirksam sein. Dagegen dürfte zwischen nichtverheirateten Partnern bei Aufnahme eines „Stiefkindes" in die Gemeinschaft ein Unterhaltsausschluß möglich sein[14].

4. Der Bundesgerichtshof betont ausdrücklich das Erfordernis von Schutzmechanismen, die verhindern sollen, daß vorschnell der Adoption vergleichbare Bindungen eingegangen werden. Aus diesem Grunde sollte der Gesetzgeber durch die Anordnung der Beurkundungsbedürftigkeit der Zustimmung in eine heterologe Insemination eine sachgerechte Aufklärung und Beratung sicherstellen. Dies dürfte insbesondere dann gelten, wenn man infolge der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer weitreichenden Anerkennung faktischer Unterhaltspflichten kommt[15].

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

9 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6 u. 7 ESchG.

10 Ebenso *Henrich*, a.a.O. S. 192.

11 Vgl. die Richtlinien der Bundesärztekammer zur In-vitro-Fertilisation und zum Embryotransfer, § 6 A.

12 S. die Diskussion zwischen *Bettendorf*, in: Der Frauenarzt 10/1994, S. 1147 ff. u. *Beier/Diedrich/Künzel/Nieschlag/Runnebaum/Schill*, in: Der Frauenarzt 10/1994, S. 1150 ff.

13 Vgl. *Kienle*, ZRP 1995, 201/202.

14 Ähnlich bereits *Grziwotz*, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 1994, S. 71. Vgl. zur konkludenten Unterhaltspflicht eines Ehegatten für ein Stiefkind BGH, NJW 1969, 2007 = FamRZ 1969, 536.

15 Ebenso bereits *Gernhuber/Coester-Waltjen*, a.a.O., S. 826.

---

21. BGB § 1376 Abs. 2 *(Bewertung einer Lebensversicherung im Zugewinnausgleich)*

a) Die Anwartschaft aus einer Kapitallebensversicherung ist beim Zugewinnausgleich nur dann mit dem sogenannten Rückkaufswert anzusetzen, wenn am Stichtag (§ 1384 BGB) die Fortführung des Versicherungsvertrags nicht zu erwarten ist und auch durch eine Stundung der Ausgleichsforderung (§ 1382 BGB) nicht ermöglicht werden kann (Abgrenzung zu BGHZ 67, 262).

b) Zur Bewertung bei voraussichtlicher Fortführung des Versicherungsverhältnisses (Fortführung von BGHZ 118, 242).

BGH, Urteil vom 12.7.1995 – XII ZR 109/94 – , mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Scheidungsantrag wurde am 15.2.85 zugestellt, die Ehe der Beteiligten wurde mittlerweile geschieden.

Mit der Revision erstrebt der Ehemann die Herabsetzung des von ihm zu zahlenden Zugewinnausgleichs auf einen Betrag von 50.549,81 DM. Er vertritt die Auffassung, daß eine von ihm im Jahre 1955 abgeschlossene Kapitallebensversicherung in seinem Endvermögen nur mit dem Rückkaufswert von 52.276 DM anzusetzen sei und nicht mit einem Wert von 81.324 DM, wie ihn das Berufungsgericht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Im Revisionsverfahren allein noch streitig ist die Bewertung der Anwartschaft des Ehemannes aus dem von ihm im September 1955 abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag in seinem Endvermögen (§ 1376 Abs. 2 BGB). Hinsichtlich seines Anfangsvermögens wurden die Feststellungen des Berufungsgerichts innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nicht angegriffen. Die Versicherungssumme belief sich bei einem Eintrittsalter von 29 Jahren und monatlichen Prämien von 100 DM auf 52.282 DM, zahlbar im Todesfall oder mit Ablauf des 1. Januar 1986. Unstreitig sind dem Ehemann daraus im Januar 1986 einschließlich der Gewinnanteile mehr als 83.000 DM ausbezahlt worden.

2. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, daß ein Wertansatz mit dem Rückkaufswert am 15.2.1985 (§ 1384 BGB) zu gering sei, im wesentlichen wie folgt begründet: Bei dem Rückkaufswert handle es sich um einen bloßen Liquidationswert, der dann nicht maßgebend sein könne, wenn eine Auflösung des Versicherungsverhältnisses kurz vor seinem

vertragsmäßigen Ende durch nichts veranlaßt sei und auch extrem unwirtschaftlich wäre. Der Ehemann habe sich am Stichtag nicht in einer finanziellen Zwangslage befunden, die die Notwendigkeit einer vorzeitigen Kündigung des Vertrages hätte nahelegen können. Er habe ein gutes Einkommen gehabt und sei Eigentümer eines unbelasteten Baugrundstücks im Verkehrswert von 260.000 DM gewesen, das einer Bank notfalls als Sicherheit für die Finanzierung der Zugewinnausgleichsschuld hätte dienen können. Deswegen sei sein Anrecht aus der Lebensversicherung mit dem wirtschaftlichen Wert zu veranschlagen, den es am Stichtag unter Zugrundelegung einer Fortführung des Vertragsverhältnisses bis zur Endfälligkeit (1.1.1986) gehabt habe.

3. Dies hält den Angriffen der Revision stand.

a) Es wird bereits überwiegend vertreten, daß beim Zugewinnausgleich der Ansatz des Rückkaufswerts als eines wirtschaftlich ungünstigen Liquidationswerts dann ungerechtfertigt sei, wenn im Einzelfall die vorzeitige Kündigung des Versicherungsverhältnisses am Bewertungsstichtag weder tatsächlich erfolgt noch zwangsläufige Folge des Ausgleichs sei. Hingewiesen wird auf die erheblichen Abschläge aufgrund von § 176 Abs. 4 VVG (sog. Stornoabzug) bei der Berechnung des Rückkaufswerts, die bei einer Fortführung des Vertragsverhältnisses entfielen. Könne am Stichtag die Fortführung prognostiziert werden, sei daher ein Wert in die Ausgleichsbilanz einzustellen, der sich nicht an dem bloßen Liquidationswert, sondern an einem nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bemessenen Zeitwert ausrichte (vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 1993, 192; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1376 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Gernhuber*, 3. Aufl., § 1376 Rdnr. 20; RGRK/*Finke*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 7; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 2. Aufl., § 1376 Rdnr. 11; *Baumeister* in FamGB, § 1376 Rdnr. 44; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 3. Aufl., Teil VII 65; *Voit*, Bewertung der Kapitallebensversicherung im Zugewinnausgleich – 1992 – S. 81 ff; a. A. – ohne nähere Begründung – *Staudinger/Thiele*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 7; *Erman/Heckelmann*, BGB, 9. Aufl., § 1375 Rdnr. 2).

b) Soweit in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beim Zugewinnausgleich auf den Rückkaufswert einer Lebensversicherung abgehoben wurde (vgl. BGHZ 67, 262, 264; Senatsurteil vom 14.1.1981, FamRZ 1981, 239; BGH, Urteil vom 22.3.1984, FamRZ 1984, 666), boten die zugrundeliegenden Fallgestaltungen keinen Anlaß für die Prüfung der Frage, ob der Ansatz eines höheren Wertes in Frage kommt (vgl. auch *Voit* a. a. O. S. 81). Von der Entscheidung vom 22.3.1984 (a. a. O.) ist der Senat bereits in anderem Zusammenhang abgerückt (vgl. BGHZ 117, 70 [= DNotZ 1993, 528]); für Anrechte aus Kapitalversicherungen mit gespaltenem Bezugsrecht hat er die Anknüpfung an den Rückkaufswert aufgegeben, und zwar sowohl für das Anrecht des Versicherungsnehmers als auch für das Bezugsrecht des anderen Ehegatten (vgl. BGHZ 118, 242, 247 ff. m. Anm. *Voit*, FamRZ 1993, 508 und *Finger*, EzFamR, BGB § 1375 Nr. 4).

Für andere Vermögensgegenstände hat der Senat mehrfach ausgesprochen, daß eine liquidationsrechtliche Bewertung zum Stichtag nur gerechtfertigt erscheint, wenn die Liquidation zwangsläufige Folge des Zugewinnausgleichs ist und Abhilfe auch nicht durch eine Stundung gemäß § 1382 BGB geschaffen werden kann (vgl. für Grundstücke zuletzt Senatsurteil vom 7.7.1993, FamRZ 1993, 1183, 1185 m.w.N.; für Unternehmen Senatsurteil vom 7.5.1986, FamRZ 1986, 776, 779 [= DNotZ 86, 633 = MittBayNot 86, 181]; für Gesellschaftsanteile Senatsurteil vom 1.10.1986, FamRZ 1986, 1196, 1197 [= DNotZ 87, 303 = MittBayNot 87, 36]). Es liegt nahe, diesen Grundsatz auch auf die Bewertung der Anwartschaft aus einer Kapitallebensversicherung zu übertragen. Der Rückkaufswert stellt den Betrag dar, den der Versicherer im Falle der vorzeitigen Kündigung des Versicherungsverhältnisses, die jederzeit möglich ist, zu zahlen hat (in § 176 Abs. 1 VVG als „auf die Versicherung entfallende Prämienreserve" bezeichnet). Dabei erhält der Versicherte in der Regel nur einen Teil der gezahlten Prämien zurück, und zwar um so weniger, je kürzer der Vertrag gedauert hat (vgl. BGHZ 28, 78, 82; *Tonndorf/Horn*, Lebensversicherung von A-Z, 11. Aufl. 1991, Stichwort Rückkaufswert; *Voit* a. a. O. S. 47). Grund dafür ist u. a., daß ein Teil der Prämien für die Abdeckung des Versicherungsrisikos sowie der Abschluß- und Verwaltungskosten verbraucht ist; ferner wird je nach Geschäftsplan der gemäß § 176 Abs. 4 VVG zulässige Stornoabzug vorgenommen, der den Versicherer vor den finanziellen Nachteilen einer vorzeitigen Kündigung bewahren und derartigen Vertragsauflösungen generell vorbeugen soll (vgl. für den Versorgungsausgleich Senatsbeschluß vom 13.11.1985, FamRZ 1986, 344; *Voit* a. a. O. S. 78). Ein anschauliches Beispiel bietet insoweit ein vom OLG Düsseldorf entschiedener Fall (veröffentlicht NJW-RR 1993, 801), in dem bei einer Kündigung nach einer Laufzeit von 43 Monaten von insgesamt 23.430 DM an geleisteten Prämien lediglich 5.678,32 DM als Rückkaufswert zu erstatten waren. Der vorliegende Fall, in dem der Bewertungsstichtag kurz vor dem Vertragsende lag, macht ebenfalls deutlich, daß die Wertunterschiede, um die es sich handelt, erheblich sein können (Rückkaufswert rund 52.000 DM bei Auszahlung von rund 83.000 DM nach etwa zehn Monaten). Auch wenn eine Versicherung mit Gewinnbeteiligung abgeschlossen worden ist und sich der Rückkaufswert entsprechend erhöht (vgl. *Tonndorf/Horn* a. a. O., liegt dieser in der Regel bei voraussichtlicher Fortführung des Vertragsverhältnisses bis zum vorgesehenen Ablauf deutlich unter dem „wirklichen Wert" (vgl. dazu Senatsurteil vom 23.10.1985, FamRZ 1986, 37, 40 [= MittBayNot 86, 28]). Bei Ansatz des niedrigeren Wertes würde deshalb der Zweck des Zugewinnausgleichs, den anderen Ehegatten an dem während der Ehe gemeinsam Geschaffenen angemessen zu beteiligen, nicht selten verfehlt. Der Rückkaufswert ist daher im Anschluß an die oben zu a) angeführte überwiegende Meinung nur dann in die Zugewinnausgleichsbilanz aufzunehmen, wenn im Einzelfall bei objektiver Betrachtung die Fortführung des Versicherungsverhältnisses nicht zu erwarten ist und auch durch eine Stundung der Ausgleichsforderung gemäß § 1382 BGB nicht ermöglicht werden kann. Handelt es sich darum, daß die weitere Prämienzahlung nicht gesichert erscheint, kann auch die Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung gemäß § 174 VVG in Betracht gezogen werden, sofern dies wirtschaftlich sinnvoll ist und zu einem höheren Wert als dem Rückkaufswert führt (vgl. *Voit* a. a. O., S. 133).

Der Einwand der Revision, mit einer solchen Handhabung werde das Stichtagsprinzip des Zugewinnausgleichs verlassen, ist unbegründet. Eine auf den Stichtag bezogene Prognose zur Frage der Fortführung des Versicherungsverhältnisses trägt diesem Prinzip hinreichend Rechnung. Im vorliegenden Fall lag bei der Kürze der verbleibenden Laufzeit und dem beträchtlichen Unterschied zwischen dem Rückkaufswert und dem bei Vertragsende zu erwartenden Auszahlungsbetrag auf der Hand, daß der Vertrag nicht vorzeitig gekündigt werden würde, zumal der Ehemann die monatlichen Prämienzahlungen von 100 DM ohne weiteres aufbringen konnte. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, daß das

Berufungsgericht den Ansatz des Rückkaufswerts abgelehnt und einen Wert für maßgebend angesehen hat, der unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten dem wirklichen Wert der Anwartschaft des Ehemannes am Stichtag zumindest näher kommt.

4. Wie ein solcher Wert zu ermitteln ist, wird verschieden beurteilt. Überwiegend wird vorgeschlagen, auf den Kapitalwert der eingezahlten Prämien abzustellen (vgl. RGRK/*Finke* a. a. O.; *Johannsen/Henrich/Jaeger* a. a. O., teilweise zuzüglich bislang angefallener Gewinnanteile (vgl. *Soergel/Lange* a. a. O.; *Baumeister* a. a. O.) sowie abzüglich des Anteils, der auf den gewährten Versicherungsschutz entfällt (vgl. MünchKomm-BGB/*Gernhuber* a. a. O.). Das Oberlandesgericht Stuttgart (a. a. O.) will dem Rückkaufswert die Überschußbeteiligung hinzuschlagen. *Voit* (a. a. O. S. 85 f) hält eine Bewertung anhand der tatsächlich gezahlten Prämien wegen ihres Risikoanteils für ungeeignet und befürwortet den Ansatz des Betrages, der als Einmalprämie für eine im übrigen der abgeschlossenen entsprechende Versicherung zu zahlen wäre (a. a. O. S. 137; ders. FamRZ 1992, 1385, 1387). Bei dieser Methode soll aber von Bedeutung sein, ob der Gesundheitszustand des Versicherten am Stichtag von dem des Durchschnitts in seiner Gefahrengruppe negativ abweicht (a. a. O. S. 135 ff); wegen der dadurch bedingten praktischen Schwierigkeiten wird eine Realteilung empfohlen (a. a. O. S. 138 ff).

Da das Gesetz die Art und Weise der Bewertung nicht regelt, ist es Sache des – gegebenenfalls sachverständig beratenen – Tatrichters, im Einzelfall eine geeignete Bewertungsart sachverhaltspezifisch auszuwählen und anzuwenden. Es handelt sich letztlich um eine Schätzung im Rahmen des § 287 Abs. 2 ZPO. Diese kann nach allgemeinen Grundsätzen vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht. Nach dem Vorangegangenen versteht sich von selbst, daß der Rückkaufswert stets die untere Grenze bildet, dabei aber der Stornoabzug gemäß § 176 Abs. 4 VVG bei prognostizierter Fortführungsmöglichkeit nicht zu berücksichtigen ist. Eine Realteilung, wie sie von *Voit* (a. a. O.) vorgeschlagen wird, kann gegebenenfalls unter Heranziehung von § 1383 BGB oder in beiderseitigem Einvernehmen in Betracht kommen.

Vorliegend hat sich das Berufungsgericht dafür entschieden, von dem im Januar 1986 tatsächlich ausbezahlten Betrag auszugehen und zur Ermittlung des Zeitwerts am Stichtag einen Abschlag zu machen. Ihm lag eine Auskunft des Versicherers vom 25.10.1983 vor, wonach bis Ende 1983 ein Schlußgewinnanteil von 29.133 DM erreicht war, der unter der Voraussetzung weiterer monatlicher Prämienzahlungen von 100 DM voraussichtlich um jährlich 909 DM anwachsen würde. Versicherungssumme zuzüglich Gewinnanteile stellten sich danach bei Vertragsende auf 83.233 DM, was mit dem unstreitigen Vortrag der Ehefrau übereinstimmte, der Ehemann habe tatsächlich „über 83.000 DM" erhalten. Den vorzunehmenden Abschlag hat das Berufungsgericht mit dem Gewinnanteil für ein Jahr (909 DM) zuzüglich den Prämien für März bis Dezember 1985 (1.000 DM) bemessen, so daß sich als maßgebender Betrag 81.324 DM (83.233 DM – 1.909 DM) ergab. Diese Wertermittlung läßt keinen Rechtsverstoß erkennen.

---

22. BGB § 1374 Abs. 2 *(Von nahestehendem Dritten herrührende Lebensversicherungssumme fällt nicht in Zugewinnausgleich)*

Eine Lebensversicherungssumme, die ein Ehegatte als Bezugsberechtigter aus der Versicherung eines ihm nahestehenden verstorbenen Dritten erhält, gehört zu seinem privilegierten Vermögen i. S. des § 1374 Abs. 2 BGB und unterliegt nicht dem Zugewinnausgleich.

BGH, Urteil vom 20.9.1995 – XII ZR 16/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Nachlaßpfleger für die unbekannten Erben des zwischen dem 17. und 19. Dezember 1994 verstorbenen Antragsgegners nimmt die Antragstellerin auf Zugewinnausgleich in Anspruch, den der Antragsgegner im Scheidungsverbundverfahren geltend gemacht hatte. Die Ehe wurde am 17. Mai 1974 geschlossen. Der Scheidungsantrag der Antragstellerin wurde dem Antragsgegner am 15. Juli 1991 zugestellt. Das Scheidungsurteil ist seit dem 20. Juli 1993 rechtskräftig.

Im Jahre 1988 wurden der Antragstellerin als Bezugsberechtigter aus zwei Lebensversicherungen, die ihr Sohn kurze Zeit vor seinem Tod abgeschlossen hatte, 121.000 DM ausbezahlt.

Der Antragsgegner hat die Ansicht vertreten, daß diese Zahlung nicht zum Anfangsvermögen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen sei und ihm ein Zugewinnausgleich zustehe. Die Vorinstanzen haben einen Zugewinnausgleichsanspruch verneint. Die zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Eine Zugewinnausgleichsforderung besteht nicht, weil die Lebensversicherungssumme zum Anfangsvermögen der Antragstellerin zu rechnen ist und sich infolgedessen kein Zugewinn ergibt.

aa) Gemäß § 1374 Abs. 2 BGB wird Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder Ausstattung erwirbt, seinem Anfangsvermögen hinzugerechnet. Der Sinn dieser Regelung besteht darin, solche Vermögensbestandteile einer Ausgleichspflicht zu entziehen, die in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stehen, sondern einem Ehegatten von dritter Seite aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Zuwendenden oder aufgrund ähnlicher besonderer Umstände zufließen, an denen der andere Ehegatte keinen Anteil hat (vgl. BT-Drucks. 2/3409 S. 9; BGHZ 80, 384, 388).

Das Oberlandesgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Auszahlung der Lebensversicherungssumme an die bezugsberechtigte Antragstellerin keine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB darstellt. Dazu ist erforderlich, daß der Zuwendende und der Zuwendungsempfänger über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind und daß der Empfänger aus dem Vermögen des Zuwendenden bereichert wird. An letzterem fehlt es. Bei einem Lebensversicherungsvertrag, den der Versicherungsnehmer mit einem Versicherer für den Fall des Todes zugunsten eines bezugsberechtigten Dritten abschließt, erwirbt dieser gemäß §§ 328, 330, 331 BGB unmittelbar das Recht, die Leistung zu fordern. Die Versicherungssumme selbst hat niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört, sondern fällt dem Dritten direkt aus dem Vermögen des Versicherers zu. Lediglich die vom Versicherungsnehmer gezahlten Prämien stammen aus seinem Vermögen und nur um diese ist der Dritte mittelbar bereichert. Gegenstand der Schenkung sind im Falle einer Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag daher nur

die Prämien, nicht aber die Lebensversicherungssumme selbst (RGZ 128, 187, 190; BGH FamRZ 1976, 616 mit kritischer Anmerkung *Harder*; zustimmend *Palandt/Edenhofer*, BGB, 54. Aufl., § 2301 Rdnr. 24). Da der Sohn vor seinem Tod nur vernachlässigenswert geringe Prämien gezahlt hat, haben sie auf die Entscheidung keinen Einfluß.

Richtig ist ferner, daß auch kein Anwendungsfall des Erwerbs von Todes wegen im sonst üblichen Rechtssinne, nämlich ein Erwerb aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge, Vermächtnisses oder aufgrund eines Pflichtteils oder Ersatzanspruches gegeben ist (vgl. *Staudinger/Thiele*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 23). Da der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme mit dem Tod des Versicherungsnehmers unmittelbar in der Person des Dritten kraft seines Bezugsrechts entsteht (§§ 330 Satz 1, 331 Abs. 1 BGB) und somit nicht in den Nachlaß des Versicherungsnehmers fällt, wird er nicht im Wege des üblichen, gemäß § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Erbganges erworben (vgl. BGHZ 32, 44, 48; *Palandt/Heinrichs*, § 330 Rdnr. 2; *Palandt/Edenhofer*, § 1922 Rdnr. 47). Gleiches gilt für die Beurteilung als Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, der eine unter Lebenden vorweggenommene Erbfolge darstellt, die an Stelle des Erwerbs von Todes wegen tritt und mit der der Zuwendungsempfänger so gestellt werden soll, als habe er den Zuwendenden beerbt (Beispiel: Hof- und Grundstücksübergabeverträge u.ä.; vgl. Senatsurteil NJW-RR 1990, 1283, 1284 [= MittBayNot 1990, 358]; *Palandt/Diederichsen*, § 1374 Rdnr. 17; BGB-RGRK/*Finke* 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 17; *Staudinger/Thiele*, § 1374 Rdnr. 25; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 13). Denn auch insoweit fehlt es an einem Nachlaßgegenstand, der künftig vererbt werden könnte. Der Erwerb vollzieht sich vielmehr von vornherein am Nachlaß vorbei. Diese Gesichtspunkte stehen indes einer Einbeziehung des vorliegenden Falles in den Anwendungsbereich des § 1374 Abs. 2 BGB im Ergebnis nicht entgegen.

bb) Der Revision ist allerdings darin beizupflichten, daß § 1374 Abs. 2 BGB eine abschließende Aufzählung jener privilegierten Erwerbsvorgänge enthält und einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich ist. Der Bundesgerichtshof hat daher in ständiger Rechtsprechung eine ausdehnende Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB auf andere als die dort genannten Fallgruppen abgelehnt (vgl. BGHZ 68, 43 – Lottogewinn; 80, 384 – Schmerzensgeld; 82, 145 – Unfallabfindung; 82, 149 – Witwenrentenabfindung; Senatsurteil FamRZ 1981, 239 – Kriegsopferversorgung; ebenso *Staudinger/Thiele*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 22, 30; *Soergel/Lange*, BGB, 12. Aufl., § 1374 Rdnr. 9; *Erman/Heckelmann*, BGB, 9. Aufl., § 1374 Rdnr. 7; BGB-RGRK/*Finke*, § 1374 Rdnr. 25; *Tiedtke* JZ 1984, 1078, 1080; ablehnend *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 3. Aufl., VII Rdnrn. 118, 119; kritisch auch *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 2. Aufl., § 1374 Rdnr. 27; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl., § 36 III 4 S. 542, 543; *Gießler* FamRZ 1985, 1258). Daran ist grundsätzlich festzuhalten.

cc) Die in den vorgenannten Urteilen entschiedenen Fälle zeichneten sich durch Erwerbstatbestände aus, die zwar eheneutral waren, andererseits aber keiner der in § 1374 Abs. 2 abschließend genannten Fallgruppen zugeordnet werden konnten. Die Lage ist aber dann anders zu beurteilen, wenn ein Erwerbstatbestand gegeben ist, dessen Zuordnung zu einem der in § 1374 Abs. 2 BGB aufgeführten Fälle sich aus einer am Sinn der gesetzlichen Regelung orientierten Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale ergibt. Denn das Verbot einer ausdehnenden Anwendung der Vorschrift auf andere, in § 1374 Abs. 2 BGB nicht erfaßte Erwerbsvorgänge bedeutet nicht, daß die verwendeten Rechtsbegriffe wie „Erwerb von Todes wegen" oder „Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht" nicht ihrerseits inhaltlich auslegungsbedürftig und auslegungsfähig wären. Vielmehr steht es mit der Regelung im Einklang, im Wege der Auslegung auch solche Vermögenswerte einzubeziehen, die ihrer Art und Herkunft nach als Anwendungsfälle jener privilegierten Erwerbsvorgänge anzusehen sind. Eine solche Auslegung verstößt nicht gegen das Analogieverbot.

dd) Nach diesen Grundsätzen ist der vorliegende Fall dem Erwerb von Todes wegen bzw. dem ihm inhaltlich entsprechenden (vgl. *Staudinger/Thiele* a. a. O., Rdnr. 25), lediglich in die Lebzeit des Erblassers versetzten Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht zuzuordnen, ohne daß im einzelnen eine Abgrenzung zwischen beiden Varianten erforderlich wäre. Der Sinngehalt beider Begriffe im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB bezieht sich nämlich auf solche Erwerbsvorgänge, die ihre Ursache in dem eingetretenen oder künftigen Todesfall des Zuwendenden haben, darüber hinaus auf einer besonderen persönlichen Beziehung des bedachten Ehegatten zu dem Zuwendenden beruhen und andererseits in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stehen. Entgegen der Ansicht der Revision ist dabei dieser Erwerb nicht auf einen Vermögensanfall unmittelbar aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge, Vermächtnisses, Pflichtteils- oder Ersatzanspruches beschränkt. Das folgt bereits aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. ...

Im Rahmen von § 1374 Abs. 2 BGB hat der Bundesgerichtshof die Wertsteigerung der Anwartschaft des Nacherben, obwohl das Nacherbenrecht in der Zeit bis zum Nacherbfall nur eine Vorstufe zum künftigen Erbrecht darstellt, zum privilegierten Erwerb von Todes wegen im Sinne der Bestimmung gerechnet, weil sich hier bereits die Aussicht auf den künftigen Anfall der Erbschaft bei der Berechnung des Endvermögens als gegenwärtiger Vermögenswert auswirke und es deshalb auch dem Sinn des § 1374 Abs. 2 BGB entspreche, diesen Wert durch eine entsprechende Berücksichtigung beim Anfangsvermögen dem Zugewinnausgleich zu entziehen (BGHZ 87, 367, 374, 375 [= DNotZ 1984, 394]; vgl. ferner Senatsurteil FamRZ 1990, 603, 604). Der Erwerbsvorgang muß auch nicht im Erbgang selbst bestehen, sondern kann in der Befreiung von Verbindlichkeiten durch Konfusion liegen, wenn der Ehegatte den Gläubiger beerbt (OLG Düsseldorf FamRZ 1988, 287). Schließlich muß sich der Erwerb auch nicht über den Nachlaß vollziehen. Es ist allgemein anerkannt, daß zum privilegierten Erwerb i.S. des § 1374 Abs. 2 BGB auch Abfindungen für den Verzicht auf ein angefallenes oder auch künftiges Erbrecht, einen Pflichtteil, einen Ersatzanspruch oder einen Anteil am Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören, ferner Abfindungen für die Ausschlagung eines Vermächtnisses. Auch das aufgrund eines Vergleichs in einem Erbschaftsstreit Erworbene zählt dazu (vgl. *Erman/Heckelmann*, Rdnr. 7, BGB-RGRK/*Finke*, Rdnr. 16, *Staudinger/Thiele*, Rdnrn. 23, 25, *Palandt/Diederichsen*, BGB, 54. Aufl., Rdnr. 16, MünchKomm-BGB/*Gernhuber*, 3. Aufl., Rdnr. 17, 20 jeweils zu § 1374 BGB).

Deshalb ist es im vorliegenden Fall unschädlich, daß die Lebensversicherungssumme nicht Bestandteil des Nachlasses geworden ist und der Antragstellerin als Alleinerbin ihres Sohnes nicht im Wege des üblichen Erbganges zugeflossen ist, sondern ihr gemäß § 330 Satz 1 BGB aufgrund ihrer ver-

traglichen Bezugsberechtigung kraft eigenen Rechts unmittelbar zugestanden hat. Denn dabei handelt es sich nur um rechtstechnische, auf dem Versicherungsvertragsrecht beruhende Besonderheiten. Maßgebend für die Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB ist vielmehr, daß die Einsetzung der Antragstellerin als Bezugsberechtigte der Lebensversicherung in ihrer Wirkung einer letztwilligen Verfügung gleichkommt, die der Sohn mit Rücksicht auf die enge persönliche Beziehung zu seiner Mutter und in der Absicht vorgenommen hat, sie für den Fall seines Todes abzusichern. Die Bezugsberechtigung hat – ähnlich wie eine Erbeinsetzung – zur Folge, daß die Bedachte mit dem Tode des Sohnes in den Genuß der zugedachten Lebensversicherungssumme kommt. Wegen der inhaltlichen Übereinstimmung und der engen Verbindung zwischen der Begünstigung durch Vertrag zugunsten Dritter und derjenigen durch Erbeinsetzung wird vertreten, daß der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen wie eine Erbeinsetzung zu behandeln sei (vgl. *Zehner* AcP 153 S. 424, 451; *Hoffmann* AcP 158, 178, 198; *Finger* JuS 1969, 309, 313). Auch das Steuerrecht sieht in § 3 Nr. 4 des Erbschaftssteuergesetzes eine solche Gleichbehandlung vor.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß die Antragstellerin ohnehin Alleinerbin des Sohnes ist. Wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, wäre es nicht verständlich, daß die vom Sohn beabsichtigte zusätzliche Absicherung, die er mit der Bezugsberechtigung erreichen wollte, die Antragstellerin im Ergebnis schlechter stellt, als wenn ihre Einsetzung als Bezugsberechtigte unterblieben wäre und sie lediglich die Stellung seiner Alleinerbin hätte.

---

23. BGB §§ 2077, 2268 (*Auswirkung einer Ehescheidung auf die Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments*)

1. **Ist ein gemeinschaftliches Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam geworden, weil die Ehe der Testierenden durch Scheidung aufgelöst worden ist, so wird es bei einer Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten nicht wieder wirksam.**
2. **Die Weitergeltung der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen kann jedoch dem durch Auslegung zu ermittelnden wirklichen oder hypothetischen Willen der Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung entsprochen haben. Eine spätere Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten ist im Rahmen dieser Auslegung zu würdigen.**

BayObLG, Beschluß vom 23.5.1995 – 1 Z BR 128/94 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der im Alter von 69 Jahren verstorbene Erblasser war kinderlos. Er hat erstmals im Jahre 1948 mit der Mutter der Beteiligten zu 1 die Ehe geschlossen. Die Ehe wurde im Jahre 1958 rechtskräftig geschieden. Im Jahre 1961 heirateten der Erblasser und seine frühere Ehefrau erneut. Diese Ehe bestand bis zum Tod der Ehefrau im Jahre 1991.

Während ihrer ersten Ehe, am 19.11.1954, errichteten der Erblasser und seine Ehefrau in notarieller Form ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten, Erbin des Zuletztversterbenden von ihnen solle die Beteiligte zu 1 sein, eine voreheliche Tochter der Ehefrau.

Nach dem Tod der Ehefrau schrieb und unterzeichnete der Erblasser am 1.2.1992 eigenhändig ein Testament, worin er seine Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 2, als Alleinerbin seines Vermögens einsetzte.

Aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 19.11.1954 beantragte die Beteiligte zu 1 beim Nachlaßgericht einen Erbschein als Alleinerbin. Die Beteiligte zu 2 vertrat die Ansicht, dieses Testament sei durch die Scheidung der testierenden Ehegatten im Jahr 1958 unwirksam geworden, deshalb sei das Testament des Erblassers vom 1.2.1992 für die Erbfolge maßgebend, und stellte ihrerseits Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins. Das Nachlaßgericht kündigte nach Anhörung der Beteiligten und Vernehmung zweier Zeuginnen mit Beschluß vom 29.10.1993 die Erteilung eines Erbscheins gemäß dem Antrag der Beteiligten zu 2 an. Hiergegen legte die Beteiligte zu 1 Beschwerde ein. Das Landgericht hörte die Beteiligten erneut persönlich an und hob die Entscheidung des Nachlaßgerichts mit Beschluß vom 13.7.1994 auf. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2, der die Beteiligte zu 1 entgegentritt.

Das zulässige Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß der Erblasser durch das gemeinschaftlich mit seiner damaligen Ehefrau (§ 2265 BGB) in notarieller Form (§ 2231 Nr. 1 BGB) errichtete Testament vom 19.11.1954 die Beteiligte zu 1 als Schlußerbin eingesetzt hat (§ 2269 Abs. 1 BGB, vgl. *Palandt/Edenhofer,* BGB, 54. Aufl., § 2269 Rdnr. 3). Die Erbeinsetzung seiner Stieftochter hat der Erblasser gemäß § 2258 Abs. 1 BGB widerrufen, als er in seinem formwirksam gemäß § 2247 BGB errichteten Testament vom 1.2.1992 seine Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 2, zur Alleinerbin einsetzte. Diese Verfügung, auf die die Beteiligte zu 2 ihren Erbscheinsantrag stützt, konnte der Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau nur dann wirksam treffen, wenn er nicht gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB an die im gemeinschaftlichen Testament vom 19.11.1954 enthaltene Regelung der Schlußerbfolge gebunden war (vgl. *Palandt/Edenhofer,* § 2271 Rdnr. 9, 15, 16). Das Landgericht hat eine Bindung bejaht, weil die Regelung der Schlußerbfolge wechselbezüglich im Sinn von § 2270 BGB getroffen und das gemeinschaftliche Testament mit der Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten seinem ganzen Inhalt nach wieder wirksam geworden sei. Dieser Rechtsauffassung schließt sich der Senat nicht an. Gleichwohl erweist sich die landgerichtliche Entscheidung im Ergebnis als richtig.

a) Ein gemeinschaftliches Testament ist grundsätzlich gemäß § 2268 Abs. 1, § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB seinem ganzen Inhalt nach unwirksam, wenn die Ehe der Testierenden vor dem Tod eines der Ehegatten aufgelöst wird. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß Ehegatten bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments im Regelfall vom Bestehen ihrer Ehe bis zum Tod ausgehen (vgl. BayObLGZ 1993, 240/245; OLG Hamm OLGZ 1992, 272/273). § 2268 Abs. 1 BGB enthält ebenso wie § 2077 Abs. 1 BGB eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem vom Gesetz vermuteten Willen der Ehegatten (vgl. BGH FamRZ 1960, 28/29; BayObLGZ 1993, 240/245 f. m.w.N.; a.A. *Kipp/Coing*, Erbrecht 14. Aufl., § 23 V 4 zu § 2077; *Foer,* AcP, 153, 492/512; *Muscheler*, DNotZ 1994, 733/736).

b) Ist ein gemeinschaftliches Testament gemäß § 2268 Abs. 1, § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB seinem ganzen Inhalt nach unwirksam geworden, weil die Ehe der Testierenden durch Scheidung aufgelöst worden ist, so wird es nach herrschender

Meinung bei einer Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten nicht wieder wirksam (vgl. KG FamRZ 1968, 217/218; *Staudinger/Kanzleiter,* BGB,12. Aufl., Rdnr. 7, *Soergel/Wolf,* BGB, 12. Aufl., Rdnr. 5, MünchKomm-BGB/*Musielak,* 2. Aufl., Rdnr. 14, BGB-RGRK/*Johannsen,* 12. Aufl., Rdnr. 2, *Erman/Schmidt,* BGB, 9. Aufl., Rdnr. 5, AK-BGB/*Schaper* Rdnr. 23, *Dittmann/Bengel,* Testament und Erbvertrag, 2. Aufl., Rdnr. 5, jeweils zu § 2268 BGB; *Nieder,* Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 606; *Dieterle,* BWNotZ 1970, 170/171). Dem schließt der Senat sich an. Der vom Beschwerdegericht vertretenen Ansicht, das Testament werde mit der zweiten Eheschließung erneut wirksam, wenn dies dem Willen der Ehegatten im Zeitpunkt ihrer Wiederheirat entspreche (so *Palandt/Edenhofer,* § 2268 Rdnr. 3; *Keuk,* Der Erblasserwille post testamentum, S. 53/54; *Foer,* S. 510 f.), vermag der Senat nicht zu folgen. Es kann dahinstehen, ob die Wirksamkeit einer einseitigen letztwilligen Verfügung im Fall der Wiederheirat geschiedener Ehegatten nach dem Zeitpunkt des Erbfalls zu beurteilen und die Verfügung aufrechtzuerhalten ist, weil die Ehegatten ihre Wiederheirat als Behebung der Scheidung empfinden mögen (vgl. *Staudinger/Otte,* § 2077 Rdnr. 19) und die der Zuwendung an den Ehegatten regelmäßig zugrundeliegende Erwartung der familienrechtlichen Bindung bis zum Erbfall in der zweiten Ehe letztlich erfüllt wird (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold* Rdnr. 18, *Soergel/Loritz* Rdnr. 17, RGRK/*Johannsen* Rdnr. 6, *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 7, AK/*Finger* Rdnr. 5, jeweils zu § 2077; *Lange/Kuchinke,* Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., § 34 I 5c; *Nieder,* Rdnr. 606; *Tappmeier,* DNotZ 1987, 715/722 f.; *Dieterle,* BWNotZ 1970, 170; *Battes,* JZ 1978, 733/737; *Keuk,* S. 53; a. A. *Erman/Schmidt,* § 2077 Rdnr. 1). Bei einem gemeinschaftlichen Testament kommt ein „Wiederaufleben" nicht in Betracht, weil es schon vor dem Eintritt des ersten Erbfalls Rechtswirkungen entfaltet, insbesondere die Testierfreiheit der Ehegatten beschränkt (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sind diese Rechtswirkungen mit der Auflösung der Ehe weggefallen, so leben sie mit der Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten nicht wieder auf, denn es wird nicht die alte Ehe wieder hergestellt, sondern eine neue geschlossen. Daher kann der Wille der Ehegatten, das unwirksam gewordene Testament erneut in Kraft zu setzen, keine Beachtung finden, wenn er nicht in der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form zum Ausdruck kommt (vgl. KG FamRZ 1968, 217/218).

c) Die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments ist jedoch im vorliegenden Fall im Weg der Auslegung zu bejahen.

aa) Gemäß § 2268 BGB bleiben die Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Auflösung der Ehe getroffen sein würden. Daher ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung (§§ 133, 2084 BGB) zu ermitteln, ob deren Weitergeltung für den Fall der Ehescheidung dem wirklichen oder, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, dem mutmaßlichen (hypothetischen) Willen der Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung entsprochen hat. Dabei kommt es nicht allein auf den Willen des Erblassers an, um dessen Verfügung es geht. Diese ist Bestandteil eines gemeinschaftlichen Testaments, daher ist bei ihrer Auslegung zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teils entsprochen hat (BGH NJW 1993, 256; BayObLGZ 1993, 240/246). Da es auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die letztwillige Verfügung errichtet wurde, können spätere Umstände nur als Anzeichen für einen bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden (vgl. zu § 2077 BGB, BGH, FamRZ 1960, 28/29 und FamRZ 1961, 364/366 sowie BayObLG, FamRZ 1993, 362/363 m.w.N.; zu § 2268 BGB, OLG Hamm, OLGZ 1992, 272/274; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 412/413).

(1) Der festgestellte Sachverhalt bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß die Ehegatten schon im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 19.11.1954 mit der Scheidung ihrer damaligen Ehe gerechnet haben. Ein auf die Fortgeltung dieses Testaments gerichteter wirklicher Wille der Testierenden (vgl. BGH FamRZ 1960, 28/29 zu § 2077 BGB) kommt daher nicht in Betracht.

(2) Deshalb ist zu prüfen, ob die Aufrechterhaltung des gemeinschaftlichen Testaments dem mutmaßlichen (hypothetischen) Willen der Ehegatten im Zeitpunkt der Errichtung entsprochen hat, d.h. ob sie ihre letztwilligen Verfügungen auch dann getroffen hätten, wenn sie die Scheidung und ihre anschließende Wiederverheiratung als möglich vorausgesehen hätten. Umstände, die zeitlich nach der Ehescheidung liegen, sind zwar bei der ergänzenden Auslegung gemäß § 2077 Abs. 3, § 2268 Abs. 2 BGB in der Regel ohne Bedeutung (vgl. zur Eheschließung mit einem neuen Partner BGH FamRZ 1960, 28/29 und FamRZ 1961, 364/366 sowie BayObLGZ 1993, 240/247). Es kann dahinstehen, inwieweit dies allgemein für Umstände gilt, die das Verhältnis der Ehegatten nach der Scheidung betreffen (vgl. BayObLG FamRZ 1993, 362/363 zu § 2077 BGB [= MittBayNot 1993, 26 = DNotZ 1993, 129]; *Soergel/Loritz,* § 2077 Rdnr. 17; *Brox,* Erbrecht, 14. Aufl. Rdnr. 216). Die Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten ist jedoch ein den Status der Testierenden in gleicher Weise wie die Scheidung betreffender Umstand, der deshalb bei der ergänzenden Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments gemäß § 2268 Abs. 2 BGB nach Auffassung des Senats Berücksichtigung finden kann (a. A. wohl *Staudinger/Kanzleiter* 2268 Rdnr. 7). Mit der erneuten Eheschließung werden die familienrechtlichen Beziehungen neu begründet, die die Grundlage für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments gebildet haben. Die Ehegatten könnten gemäß § 2265 BGB erneut gemeinschaftlich testieren, wenn sie dies wollten und dazu Veranlassung sähen. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann auch die Erwartung des Fortbestands der Ehe bis zum Tod, die der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in der Regel zugrunde liegt (vgl. vorstehend unter a) und MünchKomm-BGB/*Musielak,* § 2268 Rdnr. 1), nach dem Verständnis der testierenden Ehegatten letztlich berechtigt erscheinen, wenn sie nach der Scheidung ein zweites Mal heiraten und diese Ehe erst durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst wird. Dies kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn – wie hier – die zweite Ehe verhältnismäßig kurze Zeit nach der Scheidung geschlossen wird und keiner der Ehegatten in der Zwischenzeit anderweitig letztwillig verfügt hat.

(3) Im vorliegenden Fall hat das Landgericht festgestellt, der Erblasser und seine Ehefrau hätten sich zu beider Lebzeiten wiederholt in dem Sinn geäußert, daß es bei dem notariellen gemeinschaftlichen Testament geblieben sei oder bleibe. Die Schwester der Ehefrau habe glaubhaft angegeben, die Eheleute hätten bis kurz vor ihrem Tod erklärt, bezüglich des Testaments bleibe es so wie es gemacht worden sei und alles sei geregelt. Gegenüber den Kindern der Beteiligten zu 1, die 1960 und 1962 geboren sind, hätten die Eheleute von ihrem gemeinsamen Testament gesprochen und mehrfach erklärt, die Mutter (die Beteiligte zu 1) würde einmal alles erben. Nach dem Tod der Ehefrau habe der Erblasser gegenüber der

Beteiligten zu 1 unter Berufung auf „das Testament" erklärt, erst erbe er und dann sie. Der Beteiligten zu 2, mit der er längere Zeit liiert gewesen sei, habe der Erblasser bereits nach dem Kennenlernen im Jahr 1972 von dem gemeinschaftlichen Testament erzählt, später auch von dem abändernden Testament der Ehefrau aus dem Jahr 1986, das er aber nicht mit unterschrieben habe.

(4) Das Landgericht hat aus diesen zeitlich nach der zweiten Eheschließung liegenden Umständen geschlossen, die Ehegatten hätten im Zeitpunkt ihrer Wiederverheiratung an den Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 19.11.1954, mit denen sie sich gegenseitig zu Alleinerben und die Beteiligte zu 1 als Schlußerbin eingesetzt hatten, festhalten wollen. Der Senat wertet den vom Beschwerdegericht für das Jahr 1961 festgestellten wirklichen Willen der Ehegatten als Anhaltspunkt für einen entsprechenden hypothetischen Willen bei der Testamentserrichtung im Jahr 1954 (vgl. BGH FamRZ 1961, 364/366). Er geht deshalb davon aus, daß die Ehegatten das während ihrer ersten Ehe errichtete gemeinschaftliche Testament vom 19.11.1954 seinem ganzen Inhalt nach hätten aufrechterhalten wollen, wenn sie im Zeitpunkt seiner Errichtung die Scheidung dieser Ehe im Jahr 1958 und ihre Wiederheirat im Jahr 1961 bedacht hätten. Soweit dieses Testament wechselbezügliche Verfügungen enthält, ist angesichts der hier gegebenen besonderen Umstände anzunehmen, daß die Ehegatten auch deren Fortgeltung als wechselbezüglich (vgl. BayObLGZ 1993, 240/246 m.w.N.; *Muscheler,* DNotZ 1994, 733/741 f.) gewollt hätten. Dies ergibt sich aus den vorstehend unter (3) wiedergegebenen Tatsachen, die das Landgericht ohne Verfahrensfehler festgestellt hat, sowie aus dem Umstand, daß die Ehefrau am 24.6.1986 eine die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten wiederholende und eine abweichende Regelung der Schlußerbfolge enthaltende letztwillige Verfügung in der Form eines gemeinschaftlichen Testaments entworfen hat, die aber vom Erblasser nicht unterzeichnet worden ist.

(5) Aus alledem ergibt sich, daß die testierenden Ehegatten ihre beiden Ehen – auch in bezug auf die Erbfolge – letztlich als Einheit angesehen haben.

d) Das Landgericht hat geprüft, ob zwischen der vom Erblasser verfügten Einsetzung seiner Stieftochter als Schlußerbin und der von der Ehefrau des Erblassers für den Fall ihres Vorversterbens verfügten Einsetzung des Erblassers zum Alleinerben Wechselbezüglichkeit im Sinn von § 2270 Abs. 1 BGB besteht. Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß das Testament vom 19.11.1954 auch insoweit der Auslegung bedarf. Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muß diese nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede einzelne Verfügung gesondert ermittelt werden (vgl. BayObLGZ 1991, 173/176 [= MittBayNot 1991, 174]). Das Landgericht hat dies beachtet. Es hat dem Inhalt des Testaments und den von ihm ermittelten sonstigen Umständen keine eindeutige Aussage entnehmen können und deshalb die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB herangezogen. In Anwendung dieser Vorschrift ist es zu dem Ergebnis gelangt, daß die von der vorverstorbenen Ehefrau verfügte Einsetzung des Erblassers zum Alleinerben wechselbezüglich sei zu der vom Erblasser verfügten Einsetzung der Tochter seiner Ehefrau als Schlußerbin. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. BayObLG FamRZ 1986, 392/394).

e) Die wechselbezüglich zu einer Verfügung seiner Ehefrau vorgenommene Schlußerbeneinsetzung der Beteiligten zu 1 konnte der Erblasser nach dem Tod der Ehefrau nicht mehr aufheben (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB in entsprechender Anwendung, vgl. BayObLG FamRZ 1995, 251/254; *Palandt/Edenhofer,* § 2271 Rdnr. 15). Die der Schlußerbenregelung widersprechende Einsetzung der Beteiligten zu 2 als Alleinerbin, die der Erblasser in seinem Testament vom 1.2.1992 verfügt hat, ist unwirksam, weil sie die Rechte der Beteiligten zu 1 beeinträchtigen würde (vgl. BayObLGZ 1993, 240/247 f.).

Das Landgericht hat daher zu Recht den Vorbescheid des Nachlaßgerichts aufgehoben, der die Erteilung eines der Erbrechtslage nicht entsprechenden Erbscheins gemäß dem Antrag der Beteiligten zu 2 angekündigt hatte.

---

24. BGB §§ 1923 Abs. 1, 2358 Abs. 1 *(Gleichzeitiger Tod des Erblassers und der zunächst berufenen Erben)*

1. **Der Erbe muß den Erblasser – wenn auch nur um den Bruchteil einer Sekunde – überleben. Das Nachlaßgericht hat deshalb den genauen Todeszeitpunkt des Erblassers zu ermitteln (im Anschluß an OLG Köln NJW-RR 1992, 1480 = FamRZ 1992, 860 [= DNotZ 1993, 171]).**
2. **Zu den Grenzen der Ermittlungspflicht (hier: acht Jahre zurückliegender Unfalltod des Vaters und seiner Kinder bei einem gemeinsam erlittenen Verkehrsunfall).**

OLG Hamm, Beschluß vom 12.6.1995 – 15 W 120/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt,* Vorsitzender Richter am OLG Hamm

---

25. BGB § 2065 Abs. 2, § 2014 Satz 1, § 2142 Abs. 2 *(Bestimmung des Nacherben bei unvollständiger Regelung des Erblassers)*

Hat der Erblasser unter Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB es dem Vorerben überlassen, den Nacherben zu bestimmen, so ist dies dem Fall gleichzustellen, in dem der Erblasser keine Bestimmung des Nacherben vorgenommen hat. Auch auf diesen Fall ist § 2104 Satz 1 BGB anzuwenden.

OLG Hamm, Beschluß vom 6.7.1995 – 15 W 172/95 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt,* Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Tatbestand der Schriftleitung:

Die Erblasserin hinterließ ein privatschriftliches Testament. Darin bestimmte sie u.a.: „Mein Besitztum fällt zunächst meiner Schwester zu. Als Nacherben empfehle ich jemand (1 Tochter) aus der Familie ..."

Aus den Gründen:

Das Landgericht ist davon ausgegangen, daß die „Empfehlung" der Erblasserin, „jemand (1 Tochter) aus der Familie" als Nacherben zu bestimmen, gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstoße und deshalb unwirksam sei.

Diese Schlußfolgerung kann nicht beanstandet werden.

...

Hat der Erblasser die Nacherbschaft nur unvollständig geregelt, ist die Anwendung zweier Vorschriften zu erwägen, die sachlich gegenläufige Anordnungen treffen. Die Auslegungsregel des § 2104 BGB betrifft den Tatbestand, daß der Erblasser angeordnet hat, der Erbe solle nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses Erbe sein, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten solle. § 2142 Abs. 2 BGB hat den Fall im Auge, daß der berufene Nacherbe die Erbschaft ausschlägt. Nach § 2104 BGB wird die Lücke dadurch geschlossen, daß die gesetzlichen Erben des Erblassers (und zwar diejenigen, die Erben werden würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Nacherbfalles gestorben wäre) in die Nacherbschaft eintreten; § 2142 Abs. 2 BGB sieht demgegenüber vor, daß die Erbschaft dem Vorerben verbleibt, macht diesen also zum Vollerben (vgl. *Coing*, NJW 1975, 521 ff.).

Wie die Anwendungsbereiche dieser Bestimmungen in den Fällen gegeneinander abzugrenzen sind, in denen – wie hier – bei wörtlicher Auslegung der Vorschriften weder der eine noch der andere Fall vorzuliegen scheint, ist weitgehend ungeklärt. Die bisher hierzu ergangenen höchst- und obergerichtlichen Entscheidungen betreffen – soweit ersichtlich – stets besondere Fallgestaltungen (vgl. BGH DNotZ 1987, 109 = FamRZ 1986, 462 = NJW 1986, 1812 (Nacherbe tötet Vorerben; Testamentsanfechtung); BayObLG FamRZ 1991, 1114 (Erblasser streicht Nacherbenbenennung im Testament); zu weiteren Entscheidungen vgl. *Coing* a.a.O. S. 522). Der Senat hat sich im Anschluß an eine ältere Rechtsprechung des Kammergerichts in einer nichtveröffentlichten Entscheidung (Beschl. v. 30. Dezember 1971 – 15 b W 143 und 227/71) dafür entschieden, § 2104 BGB entsprechend anzuwenden, wenn die Bestimmungen des Erblassers über die Nacherbfolge nach § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam sind: Die Verschiedenartigkeit der Nichtigkeitsgründe in den beiden Fällen rechtfertige keine unterschiedliche Behandlung. Der allgemeinen Tendenz des Gesetzes, dem formgerecht erklärten Willen eines Erblassers möglichst weitgehend auch zum Ziele zu verhelfen (vgl. z. B. §§ 2084 ff., 2101 ff. BGB), entspreche es, eine insoweit unvollständige letztwillige Verfügung zu ergänzen, wenn feststehe, daß der Erblasser eine Vor- und Nacherbfolge gewollt habe. Das müsse aber auch dann gelten, wenn die vom Erblasser getroffene Regelung aus von ihm nicht bedachten Gründen keinen Bestand haben könne. Dann werde seinem Willen, den zuerst bedachten Erben die Erbschaft wohl zunächst, nicht aber endgültig zu überlassen, durch die Einschaltung der gesetzlichen Erben als Nacherben besser Rechnung getragen als mit dem Wegfall jeglicher Nacherben oder gar – über § 2085 oder § 139 BGB – dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge insgesamt.

An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Hat es der Erblasser – wie hier – dem Vorerben überlassen, den Nacherben zu bestimmen, ohne jedoch sachliche Gesichtspunkte für die Auswahl mitzuteilen, so erschöpft sich seine Anordnung in der Sache darin, dem Vorerben Testierbefugnis zu verleihen. Diese Fallgestaltung liegt dem in § 2104 BGB geregelten Fall (keine Bestimmung des Nacherben) näher als der in § 2142 Abs. 2 BGB geregelten Ausschlagung der Nacherbschaft durch den vom Erblasser berufenen Nacherben. Jener Fallgestaltung ist mit dem vorliegenden Fall gemeinsam, daß der Erblasser über die Person des Nacherben keine konkreten Vorstellungen entwickelt hat. Wie dort hat er die Unvollständigkeit der Vor- und Nacherbenregelung durch seinen eigenen Willen herbeigeführt. Man kann deshalb nicht folgern, daß die Beschränkung des Vorerben relativ sei, d. h. nur mit Rücksicht auf die Person des Nacherben erfolgt sei, und, fiele dieser weg, kein Anlaß bestehe, den Vorerben nicht als Vollerben zu behandeln (vgl. *Coing* NJW 1975, S. 524). Hierbei handelt es sich nämlich um Fallgestaltungen, in denen die Unvollständigkeit unabhängig vom Willen des Erblassers eintritt, etwa weil dessen Bestimmung hinfällig ist oder wird (vgl. BGH DNotZ 1987, S. 111).

---

26. BGB §§ 2232, 2233; ZPO §§ 415, 418; BeurkG §§ 17, 25, 26 *(Form der Testamentserrichtung eines Stummen)*

1. **Hat der Notar den letzten Willen eines schwer Sprechbehinderten ausreichend erforscht, den Sachverhalt geklärt und bestehende Zweifel über den wahren Willen geklärt, so hat er ihn in rechtlich einwandfreier Form in der zu errichtenden Urkunde niederzulegen. Die wörtliche Wiedergabe äußerlich unklarer – aber vom Notar geklärter – Äußerungen des Erblassers ist nicht erforderlich und im Interesse der Klarheit der Urkunde und der Vermeidung späteren Streits über die Auslegung der Erklärungen nicht einmal wünschenswert.**
2. **Soweit § 2233 Abs. 2 und 3 BGB und die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (§§ 16, 22, 24, 25, 31) besondere Formen der Errichtung des öffentlichen Testaments von der Überzeugung des Notars über das Vorliegen bestimmter Eigenheiten oder Gebrechen des Erblassers abhängig machen, kann die vom Notar gewonnene Überzeugung auch dann nicht durch abweichende Feststellungen des Gerichts ersetzt werden, wenn sich der Notar bei der Überzeugungsbildung geirrt hat; möglich ist dann allenfalls der Beweis, daß der Notar die – sich aus der Urkunde ergebende – Überzeugung in Wahrheit nicht gehabt habe.**
3. **Für die Frage, ob über die Sprechfähigkeit eines Erblassers bei der Errichtung eines notariellen Testaments Beweis erhoben werden darf und muß, kommt es auf die Überzeugung, die der Notar seinerzeit über die Sprechfähigkeit des Erblassers gewonnen hatte, nicht an. Denn § 2232 BGB verlangt für die Errichtung des notariellen Testaments eine mündliche Erklärung des Erblassers, ohne auf die Überzeugung der Urkundsperson abzustellen.**
4. **Bekundet ein als Zeuge vernommener Notar klipp und klar, der Erblasser habe bei der Errichtung des notariellen Testaments vor ihm trotz einer vorhandenen Sprechbehinderung fast alles gesprochen, was beurkundet worden sei, so bedarf die Beweiswürdigung des Gerichts dahin, der Notar sei subjektiv glaubwürdig, müsse sich jedoch über die Sprechfähigkeit des Erblassers geirrt haben, diese sei in Wahrheit nicht vorhanden gewesen, einer nachvollziehbaren Darlegung der tatsächlichen Umstände, die eine solche Annahme rechtfertigen können. Abstrakte Erwägungen über die Möglichkeit irrtümlicher Wahrnehmungen reichen zu der Annahme, sowohl die Vermutung der §§ 415 Abs. 1, 418 Abs. 1 ZPO als auch die diese bestätigende Aussage des Notars seien widerlegt, nicht aus.**

OLG Köln, Beschluß vom 29.8.1994 – 2 Wx 4/94 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

Gesellschaftsrecht

27. FGG § 12, § 50 a; BGB § 1822 Nr. 3 *(Grundstücksverwaltungsgesellschaft unter Beteiligung Minderjähriger)*

1. **Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die auf längere Zeitdauer (hier: 20 Jahre) errichtet wird, um mehrere gewerblich nutzbare Grundstücke von erheblichem Wert sowie künftig erworbenen Grundbesitz zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten, ist zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen.**
2. **Zur Anhörung der Eltern des Minderjährigen und weiterer Beteiligter sowie zum Umfang der Sachaufklärung bei der Entscheidung über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eines Vertrags.**

BayObLG, Beschluß vom 6.7.1995 – 1 Z BR 157/94 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die im Jahr 1988 geborene Beteiligte zu 1 und die im Jahr 1990 geborene Beteiligte zu 2 sind die ehelichen Kinder der Beteiligten zu 3 und 4. Die Beteiligten zu 5 und 6 sind die Eltern des Beteiligten zu 4 und die Großeltern der Beteiligten zu 1 und 2. Sämtliche Beteiligte – die minderjährigen Kinder vertreten durch Ergänzungspfleger – wenden sich gegen die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu einem Gesellschaftsvertrag mit Einbringung von Grundstücken.

Die Großmutter der Minderjährigen (Beteiligte zu 5) ist Eigentümerin mehrerer wertvoller Grundstücke, die erhebliche Mieteinnahmen abwerfen. Diese Grundstücke sollen gemäß notarieller Urkunde vom 18.11.1993 von den Beteiligten in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebracht werden, bestehend aus der Beteiligten zu 5, 3, 1 und 2. Soweit die Erwerber bisher nicht an dem Grundbesitz beteiligt waren, sollen sie die Zuweisung schenkungsweise erhalten. An einem der Grundstücke wurde hinsichtlich des Wohngebäudes dem Sohn der Beteiligten zu 5 und Vater der Minderjährigen (Beteiligter zu 4) auf seine Lebenszeit sowie im Rang danach seiner Ehefrau, der Mutter der Minderjährigen (Beteiligte zu 3) ein unentgeltliches Wohnungsrecht eingeräumt. Die Gesellschafter treten in die bestehenden Nutzungsverhältnisse ein und übernehmen sämtliche Ansprüche aus den bestehenden Grundpfandrechten sowie die zugrunde liegenden Verbindlichkeiten. Zweck der errichteten Gesellschaft bürgerlichen Rechts soll „die Verwaltung, Vermietung, Verwertung und dergleichen der eingebrachten und künftig erworbenen Grundbesitztümer und grundstücksgleichen Rechte und sonstiger Gegenstände" sein. Zu weiteren Einlagen als den eingebrachten Grundstücken sollen die Gesellschafter nicht verpflichtet sein. Am Vermögen der Gesellschaft, am Gewinn und Verlust sollen die Beteiligte zu 5 mit 51%, die Beteiligte zu 3 mit 29%, die Beteiligten zu 1 und 2 jeweils mit 10% beteiligt sein. Nach außen sollen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner haften. Die Beschlüsse der Gesellschafter sollen in gewöhnlichen Geschäftsführungsangelegenheiten und in Entnahmeangelegenheiten der einfachen Mehrheit der in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen, im übrigen der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen. Die Gesellschaft sollte am 31.12.1993 beginnen, auf die Dauer von 20 Jahren fest errichtet und danach auf unbeschränkte Dauer weitergeführt werden. Zu jeweils einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführern mit der Ermächtigung, die gewöhnliche Geschäftsführung allein ohne Gesellschafterbeschluß vorzunehmen, sollen die Beteiligte zu 5 und die Beteiligte zu 3 für die Dauer ihrer Gesellschaftszugehörigkeit bestellt werden. Die Gesellschafter sollen verpflichtet sein, die Aufwendungen der Gesellschaft im Verhältnis ihrer Festbeteiligung an der Gesellschaft zu tragen und auf Anforderung durch die Geschäftsführer unverzüglich an die Gesellschaft einzuzahlen; die Anforderung von Beiträgen über den jährlichen Voranschlag hinaus soll der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen. Der Ehemann der Beteiligten zu 5 (Beteiligter zu 6) erklärte in der Urkunde, er stimme dieser ganzen Urkunde zu, unter gleichzeitigem Verzicht auf Pflichtteilsergänzungs- und etwaige Zugewinnausgleichsansprüche wegen des Gegenstands dieser Urkunde.

Die Ergänzungspfleger der minderjährigen Beteiligten zu 1 und 2, vertreten durch den beurkundenden Notar, haben die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrags beantragt. Die Genehmigung wurde verweigert. Dagegen wurde Erinnerung eingelegt, der nicht abgeholfen wurde. Das Landgericht hat eine schriftliche Äußerung der Pfleger zum Wert des Gesellschaftsvermögens sowie zur derzeitigen Erwerbstätigkeit und Vermögenssituation der Geschäftsführerinnen eingeholt. Es hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Daraufhin hat das Vormundschaftsgericht die Ergänzungspflegschaften aufgehoben. Der beurkundende Notar hat „namens aller an der Urkunde vom 18.11.1993 Beteiligten" weitere Beschwerde „gegen den Beschluß des Landgerichts und gegen den Beschluß des Amtsgerichts" eingelegt. Zur Begründung wird unter anderem geltend gemacht, das beurkundete Rechtsgeschäft bedürfe keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Das Vormundschaftsgericht hat erneut Ergänzungspflegschaft für die beteiligten Kinder angeordnet und die früheren Ergänzungspfleger neu bestellt. Diese haben namens ihrer Pfleglinge die bisherigen Verfahrenshandlungen des Notars genehmigt und ihm Vollmacht zur weiteren Vertretung erteilt.

Die Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 und 2 hatten Erfolg, die übrigen bleiben erfolglos.

Aus den Gründen:

(...)

3. Die weiteren Beschwerden der Eltern und der Großmutter der Minderjährigen (Beteiligte zu 3, 4 und 5) sind unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht angenommen, daß der Vertrag vom 18.11.1993 der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf.

a) Gemäß § 1915 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alternative 2 BGB bedarf ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

aa) Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfaßt jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit (vgl. RGZ 144, 1/2). Auch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen werden (vgl. BayObLG FamRZ 1990, 208 m.w.N.). Voraussetzung ist, daß die Tätigkeit selbständig, im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und mit dem Willen der Gewinnerzielung ausgeübt und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. *Staudinger/Engler,* BGB, 12. Aufl., § 1822 Rdnr. 33). Dies wird nicht in jedem Fall auf die Verwaltung privaten Grundbesitzes zutreffen (verneinend OLG Hamburg FamRZ 1958, 333/334 zur Verwaltung eines im Krieg zerstörten Grundstücks). Die Voraussetzungen eines Erwerbsgeschäfts im Sinn von § 1822 Nr. 3 BGB sind jedoch zu bejahen, wenn, wie hier, eine Gesellschaft auf die Dauer von mindestens 20 Jahren errichtet wird, um drei gewerblich nutzbare bebaute Grundstücke von erheblichem Wert sowie künftig erworbenen weiteren Grundbesitz zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten.

bb) Gesellschaftsverträge, die dem Mündel oder Pflegling ein gewisses Unternehmerrisiko aufbürden, werden von § 1822 Nr. 3 BGB erfaßt (vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 455/457 m.w.N.; KG NJW 1976, 1946). Das trifft hier zu, denn die Minderjährigen sind nach dem Gesellschaftsvertrag im Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt; für die Verbindlichkeiten haften sie als Gesamtschuldner. Der Schutzzweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ergibt sich aus der Dauer einer gesellschaftsrechtlichen Bindung von Person und Vermögen des Pfleglings, dem Haftungsrisiko und der gegenüber Dritten unbeschränkten Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten

Gesellschafter (vgl. BayObLG a.a.O. und FamRZ 1990, 208; *Knopp*, NJW 1962, 2181/2182 f.). Dieser Schutzzweck verlangt es, den vorliegenden Gesellschaftsvertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1822 Nr. 3 BGB zu unterstellen.

b) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, daß der Vertrag vom 18.11.1993 auch gemäß § 1822 Nr. 10 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Die Minderjährigen erhalten nur Miteigentumsanteile an den eingebrachten Grundstücken. Gemäß der notariellen Urkunde übernehmen die Gesellschafter die den bestehenden Grundpfandrechten zugrunde liegenden Verbindlichkeiten. Gegenüber den Gläubigern der auf den ganzen Grundstücken lastenden Grundpfandrechte haften die Minderjährigen nicht nur anteilig, sondern als Gesamtschuldner (§ 421 BGB) auch für die Verbindlichkeiten der übrigen Miteigentümer. Sie haften somit für „fremde Verbindlichkeiten" im Sinn von § 1822 Nr. 10 BGB (vgl. BayObLGZ 1977, 121/126 m.w.N. [= MittBayNot 1977, 127]). Das gleiche gilt für die Verpflichtungen aus den bestehenden Nutzungsverhältnissen, in die die Gesellschafter eintreten. Auch insoweit haften die Minderjährigen als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der übrigen Mitgesellschafter.

c) Da der Vertrag vom 18.11.1993 genehmigungsbedürftige Geschäfte als wesentliche Bestandteile enthält, ist er seinem ganzen Inhalt nach der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterworfen (vgl. BayObLGZ 1977, 121/126 [= MittBayNot 1977, 127]). Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 3 bis 5, mit denen sie sich gegen die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts wenden, erweisen sich daher als unbegründet.

4. Die weiteren Beschwerden der Minderjährigen (Beteiligte zu 1 und 2) führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, denn die Beschwerdeentscheidung beruht auf einem Rechtsfehler (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, ob die Genehmigung erteilt oder verweigert wird, ist am Interesse des Pfleglings auszurichten (§§ 1793, 1915 Abs. 1 BGB). Dabei hat das Vormundschaftsgericht ausschließlich das Wohl und die Interessen des Pfleglings zu berücksichtigen, nicht die Belange Dritter. Es ist zwar nicht gehindert, auch die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, jedoch erst in zweiter Linie und nur dann, wenn sich das mit den Interessen des Pfleglings vereinbaren läßt. Das Vormundschaftsgericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und muß deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit anstellen. Bei der Prüfung wird regelmäßig auf materielle, insbesondere finanzielle Gesichtspunkte abzustellen sein. Jedoch sind diese nicht ausschließlich entscheidend. Das Gericht kann auch ideelle Gesichtspunkte beachten, insbesondere auf Anstand und Sitte Rücksicht nehmen. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist das Gesamtinteresse, wie es sich zur Zeit der tatrichterlichen Entscheidung darstellt. Das Vormundschaftsgericht hat bei seiner Entscheidung alle für dieses Gesamtinteresse maßgebenden Umstände vernünftig abzuwägen. Es darf hierbei auch nicht die Beziehungen des Pfleglings zum Vertragsgegner außer acht lassen (vgl. BayObLGZ 1977, 121/126 f. [= MittBayNot 1977, 127]). Beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrags (§ 1822 Nr. 3 BGB) hat es außer der vertraglichen Stellung des Pfleglings in der Gesellschaft und neben vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch die Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse sowie ihrer charakterlichen und fachlichen Eignung zu beurteilen, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Pfleglings in der Gesellschaft vorwiegend bei den geschäftsführenden Gesellschaftern liegt (vgl. BayObLG FamRZ 1990, 208/209).

b) Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, von dem Mündel oder Pflegling jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene Risiko fernzuhalten. Wäre dies der Fall, dann wäre die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zum Abschluß zahlreicher in den §§ 1821, 1822 BGB genannter Rechtsgeschäfte ausgeschlossen, weil sie ihrem Wesen nach von Anfang an wirtschaftliche Risiken für den Minderjährigen in sich bergen (vgl. BayObLGZ 1976, 281/286 [= MittBayNot 1976, 219 = DNotZ 1977, 418] und BayObLG, Rpfleger 1979 455/457). Daher hat der Senat die Tatsache, daß der Minderjährige für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Außenverhältnis den Gläubigern gegenüber mit seinem Vermögen persönlich als Gesamtschuldner haftet (§§ 718, 421 f. BGB), für sich allein nicht für ausreichend erachtet, um eine Versagung der Genehmigung zu rechtfertigen (vgl. BayObLG Rpfleger 1979, 455/457; so auch OLG Hamm OLGZ 1983, 148/151; *Palandt/Diederichsen*, BGB, 54. Aufl., § 1822 Rdnr. 14; a.A. *Grube* Rpfleger 1990, 67/69). Soweit das Oberlandesgericht Köln (OLGZ 1976, 306/307) die Auffassung vertreten hat, einem Vertrag müsse die Genehmigung versagt werden, wenn bei dessen Abwicklung die Minderjährigen Gefahr liefen, mit ihrem Privatvermögen zur Haftung herangezogen zu werden, sei es auch nur für kurze Zeit oder in einem verhältnismäßig unerheblichen Umfang, bedarf es keiner Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG, weil die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln nicht auf dieser Rechtsansicht beruht (vgl. BGH NJW 1989, 668/669).

Der durch das Grundrecht auf individuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gebotene Schutz des Minderjährigen, dem Raum bleiben muß, nach Eintritt der Volljährigkeit sein weiteres Leben ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten, die er selbst nicht zu verantworten hat (vgl. BVerfG NJW 1986, 1859/1860 [= MittBayNot 1986, 187 = DNotZ 1986, 629]), schließt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach Meinung des Senats nicht schlechthin aus (vgl. *Staudinger/Engler* Rdnr. 53, MünchKomm-BGB/*Schwab*, 3. Aufl., Rdnr. 23, jeweils zu § 1822; a.A. *Klüsener* Rpfleger 1990, 321/330). Vielmehr hat das Vormundschaftsgericht aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die vertragliche Regelung im ganzen gesehen für den Minderjährigen vorteilhaft ist. Es hat die Genehmigung dann zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, daß er infolge seiner Beteiligung an der zu gründenden Gesellschaft mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit entlassen werden wird.

c) Die Entscheidung, ob eine gemäß den §§ 1821, 1822, 1915 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung erteilt oder verweigert wird, ist eine Ermessensentscheidung. Der Senat hält an dieser Ansicht fest, die der in der Rechtsprechung herrschenden Meinung entspricht (vgl. BGH NJW 1986, 2829/2830 und BGH WM 1995, 64/65; BayObLG FamRZ 1990, 208/209 und ständige Rechtsprechung; OLG Hamm OLGZ 1983, 148/150; so auch OLG Köln NJW-RR 1994, 1450 zu § 112 BGB; *Palandt/Diederichsen*, § 1828 Rdnr. 4; *Klüsener* Rpfleger 1990, 321/330).

d) Das Landgericht hat die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Vertrags vom 18.11.1993 verweigert, weil das

Risiko einer persönlichen Haftung der Minderjährigen in seiner Tragweite nicht überschaubar sei und Bedenken gegen die Eignung der Beteiligten zu 3 und 5 zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft bestünden. Dabei hat sich das Landgericht darauf beschränkt, die Vertragsbestimmungen zu würdigen und eine schriftliche Äußerung der Ergänzungspfleger zum Wert und zu den Belastungen der in die Gesellschaft einzubringenden Grundstücke sowie zu den persönlichen Verhältnissen der beiden geschäftsführenden Gesellschafterinnen einzuholen. Damit hat das Landgericht seinen Ermittlungs- und Anhörungspflichten (§§ 12, 50a FGG) nicht genügt sowie wesentliche Umstände nicht berücksichtigt.

aa) Das Landgericht hat das Vorbringen der Ergänzungspfleger nicht in Betracht gezogen, die Beteiligte zu 5 habe mit dem Vertrag vom 18.11.1993 ihre Vermögensverhältnisse im Weg der vorweggenommenen Erbfolge neu ordnen und dabei neben ihrer Schwiegertochter auch die beiden Enkelkinder begünstigen wollen. Die Gründung der Gesellschaft habe der Übertragung und Verlagerung von Einkunftsquellen dienen sollen. Diese Umstände können für die Beurteilung des Haftungsrisikos von Bedeutung sein, denn dieses stellt sich unterschiedlich dar, je nachdem ob die Beschaffung neuen Kapitals oder die Umschichtung vorhandenen Vermögens bezweckt wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß die zu gründende Gesellschaft nicht als werbendes Unternehmen am Wirtschaftsleben teilnehmen, sondern der Nutzung eines beträchtlichen Immobilienvermögens dienen sollte. Zum Wert der einzubringenden Grundstücke haben die Ergänzungspfleger vorgetragen, die Verzinsung und Tilgung der vorhandenen Belastungen werde aus den Mieteinnahmen bestritten, die erheblich höher seien als die aufzubringenden Raten. Es hätte daher nahe gelegen, Inhalt und Dauer der bestehenden Nutzungsverhältnisse festzustellen sowie aufzuklären, ob die Mieter oder Pächter auch künftig in der Lage sein würden, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Im Hinblick auf die künftige Entwicklung der Gesellschaft, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen ist (vgl. BGH NJW 1986, 2829/2830; *Mayer* FamRZ 1994, 1004/1011; *Grube* Rpfleger 1990, 67/68) hätten die Tatsacheninstanzen ferner prüfen müssen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang auf den Gesellschaftsgrundstücken Investitionen erforderlich würden und welche Finanzierung unter Berücksichtigung der bestehenden Grundstücksbelastungen in Betracht käme.

bb) Das Landgericht hat die Eignung der Beteiligten zu 3 und 5 zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft in Zweifel gezogen, weil die erforderlichen umfassenden Kenntnisse im Immobilien- und Mietrecht aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit nicht gewährleistet erschienen. ...

Von einer Anhörung der Beteiligten hat das Landgericht mit der Begründung abgesehen, nach der Art der Angelegenheit seien objektive Sachprobleme zu lösen und eine weitere Sachaufklärung nicht erforderlich. Dem kann nicht gefolgt werden. Die persönliche Eignung der Geschäftsführerinnen sieht das Landgericht als wesentlichen Umstand für die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung an (vgl. BayObLGZ 1976, 281/289 [= MittBayNot 1976, 219 = DNotZ 1977, 418]). Die insoweit vorzunehmende Prüfung hätte dem Landgericht jedoch Anlaß geben müssen, im Rahmen der gebotenen sorgfältigen Sachaufklärung die Beteiligten zu 3 und 5 persönlich anzuhören.

...

---

28. GmbHG §§ 19, 30, 31 *(Keine Erfüllung der Kapitaleinlageschuld bei sofortiger Rückzahlung)*

1. **Durch die Zahlung auf ein Gesellschaftskonto erfüllt der GmbH-Gesellschafter seine Einlageschuld nicht, wenn ihm der gleiche Betrag am selben Tag zurücküberwiesen wird.**
2. **Die Einlageschuld wird auch nicht dadurch erfüllt, daß der GmbH-Gesellschafter einen der GmbH gewährten Bankkredit persönlich absichert.**
3. **Die Bezahlung einer gesellschafterbesicherten Darlehensforderung gegen die GmbH kommt als Erfüllung der Einlageschuld jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Besicherung kapitalersetzender Natur ist.**

OLG Köln, Urteil vom 12.4.1994 – 22 U 189/93 –

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte schuldet dem Kläger die Zahlung des Stammkapitals in Höhe von 50.000,00 DM gemäß den §§ 19 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 6 KO. Von der am 14.01.1986 gegründeten Gemeinschuldnerin hat die Beklagte das gesamte Stammkapital in Höhe von 50.000,00 DM, das nach dem Gesellschaftsvertrag durch Bareinlage zu leisten und sofort fällig war, übernommen.

Aus den Gründen:

Dieser Zahlungspflicht ist die Beklagte weder ganz noch teilweise nachgekommen.

I. Die Gutschrift von 50.000,00 DM vom 14.01.1986 auf dem bei der Stadtsparkasse A. unterhaltenen Konto hat keine Zahlung des Stammkapitals bewertet, weil diese Summe nicht zur freien Verfügung der Gesellschaft gestanden hat. Denn die von einem GmbH-Gesellschafter geschuldete (Bar) Stammeinlage ist nur dann wirksam entrichtet, wenn der Gesellschaft die eingezahlten Geldbeträge endgültig und ohne Beschränkungen oder Rückzahlungsvorbehalt zugeflossen sind (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 1989, zu § 7 Rdnr. 46 ff., 47). Ferner erfüllt nur die Gutschrift auf einem Bankkonto, das für die Gesellschaft oder den Geschäftsführer in dieser Eigenschaft (also nicht als Privatkonto) eingerichtet worden ist, die Einlageschuld (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, a. a. O., zu § 7 Rdnr. 34, 35).

Ob letztere Voraussetzung bei der Zahlung auf das Konto gegeben war, was das Landgericht in Zweifel gezogen und die Beklagte in zweiter Instanz näher dargelegt hat, kann letztlich dahinstehen. Entscheidend ist, daß die Bareinlage von 50.000,00 DM nicht zur freien Verfügung des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin gestanden hat, da das fragliche Konto am gleichen Tag (14.01.1986) per Scheck in Höhe von 50.000,00 DM zugunsten der Beklagten belastet worden ist. Nach herrschender und zutreffender Auffassung (vgl. BGH GmbHR 1991, 255, 258 [= MittBayNot 1991, 125 = DNotZ 1991, 843] mit umfangreichen Nachweisen; OLG Koblenz BB 1989, 451; *Hachenburg/Ulmer*, § 7 Rdnr. 46 ff., 54) fehlt es an der erforderlichen freien Verfügbarkeit über die Einlage in allen Fällen, in denen diese vereinbarungsgemäß alsbald dem Einleger direkt oder indirekt zurückgewährt wird. Die alsbaldige Rückzahlung der Einlage unterfällt nicht den Kapitalerhaltungsregelungen der §§ 30, 31 GmbHG und der Verjährungsvorschrift des § 31 Abs. 5 GmbHG, sondern der Regelung des § 19 GmbHG, da von einer Erhaltung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) erst gesprochen werden kann, wenn die Gesellschaft eine Zeitlang über das Kapital hat verfügen können. Der Kapitalerhaltungsschutz (§§ 30, 31

GmbHG) ist im Verhältnis zur Sicherung der Kapitalaufbringung (§§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 a, 19 f., 82 GmbHG) weniger streng sanktioniert, und es ist nicht einzusehen, warum der Gesellschafter mit der Scheinoperation des „Hin- und Herzahlens" den strengeren Vorschriften über die Kapitalaufbringung soll entgehen können. Im Hinblick auf den durch § 19 GmbHG vermittelten Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist es vielmehr ohne Belang, ob die Einlage gar nicht geleistet worden ist oder ob sie – wie vorliegend – sofort wieder an den Gesellschafter zurückgewährt worden ist.

Angesichts des engen zeitlichen Zusammenhanges zwischen der Zahlung der Einlage und der Rückerstattung am gleichen Tag ist davon auszugehen, daß eine Abrede über die Rückzahlung schon bei der Einzahlung getroffen war.

II. Die Einlageschuld ist ferner nicht dadurch erfüllt worden, daß die Beklagte einen der Gemeinschuldnerin am 24.02.1986 von der Stadtsparkasse A. bewilligten Kontokorrentkredit von 50.000,00 DM privat abgesichert hat und der Kredit von der Gemeinschuldnerin auch tatsächlich in Anspruch genommen worden ist. Denn der Gesellschaft stand dieser Betrag wegen ihrer Rückzahlungsverpflichtung nicht als vollwertiges Eigenkapital zur Verfügung. Es kommt nicht darauf an, ob die GmbH mit den im Darlehenswege aufgenommenen Mitteln faktisch hat wirtschaften können; entscheidend ist vielmehr, daß sie insoweit mit einer Rückzahlungsverpflichtung belastet war, so daß kein Vermögenszuwachs gegeben war (vgl. dazu auch OLG Köln ZIP 1984, 176, 178).

III. Auch aufgrund der Rückführung des Kontokorrentkredites durch Zahlung von 80.100,00 DM auf das für die Gemeinschuldnerin Geschäftskonto am 01.07.1992 ist nicht von einer Erfüllung der Einlageverpflichtung der Beklagten auszugehen.

Zum einen wäre auch bei Annahme einer Erfüllung der Einlageverpflichtung der Beklagten eine Verbindlichkeit aus kapitalersetzender Mithaftung gemäß den §§ 30, 31 GmbHG gegeben.

Ob die Tilgung einer gesellschafterbesicherten Darlehensforderung durch den Gesellschafter dessen Einlageverpflichtung erfüllt, ist bisher höchstrichterlich nicht abschließend abgeklärt (vgl. *Gehling* DNotZ 1991, 833, 841 f.; *von Gerkan* GmbHR 1992, 433, 437). Probleme ergeben sich vor allem, wenn die Besicherung der Kreditaufnahme eigenkapitalersetzender Natur ist, weil in diesen Fällen bei der Rückführung des Kredites sowohl die Regelung des § 19 GmbHG als auch die Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG – jeweils mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Verjährungsfristen – in Betracht kommen. Der Bundesgerichtshof (GmbHR 1991, 152, 154 [= DNotZ 1991, 828]) hat in einer Entscheidung vom 03.12.1990 dazu ausgeführt:

„Erbringt der Gesellschafter in dieser Lage" ... (unter den Voraussetzungen, unter denen eine Hilfeleistung des Gesellschafters für die notleidend gewordene GmbH nach der Senatsrechtsprechung als Eigenkapitalersatz gilt) ..." eine Leistung an die Gesellschaft, die zur Rückführung des Kredits der Gesellschaft dienen soll, für den er selbst eine eigenkapitalersetzende Mithaftung übernommen hat, so ist im Regelfall davon auszugehen, daß er nicht seine rückständige Einlageverbindlichkeit, sondern seine daneben bestehende Verpflichtung erfüllt, die Gesellschaftsverbindlichkeit abzulösen, die er durch seine nunmehr als Eigenkapitalersatz geltende Mithaftung gesichert hat. Dies folgt daraus, daß er nach der Rechtsprechung des Senates zu §§ 30, 31 GmbHG der Gesellschaft zur Erstattung eines entsprechenden Betrages verpflichtet wäre, wenn diese den so gesicherten Kredit selbst zurückgezahlt hätten, bevor ihr Stammkapital wieder durch Eigenmittel gedeckt war (BGHZ 81, 252) ..."

Nach den weiteren Ausführungen des Bundesgerichtshofes wäre im Falle einer der Leistung beigegebenen Tilgungsbestimmung betreffend die Stammeinlage diese zwar zum Erlöschen gebracht, die Rückführung der Kreditschuld im Ergebnis aber aus Mitteln der Gesellschaft erfolgt, und infolgedessen wäre nunmehr zwar die Einlageschuld des Gesellschafters erfüllt, stattdessen jedoch seine Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft aus eigenkapitalersetzender Mithaftung entsprechend §§ 30, 31 GmbHG nach wie vor offen.

Im vorliegenden Fall ist bereits nicht von einer Tilgungsbestimmung betreffend die Einlageverpflichtung der Beklagten auszugehen, da bislang der Überweisungsträger betreffend die Zahlung der 80.100,00 DM nicht vorgelegt wurde und der handschriftliche Vermerk auf dem Kontoauszug nicht ausreicht. Demgemäß ist vom Regelfall auszugehen, daß die Beklagte nicht ihre rückständige Einlageverbindlichkeit, sondern ihre daneben bestehende Verpflichtung erfüllt hat, die Gesellschaftsverbindlichkeit abzulösen, die sie durch ihre als Eigenkapitalersatz geltende Mithaftung gesichert hat (vgl. BGH GmbHR 1991, 152, 154 [= DNotZ 1991, 828]). Denn die Voraussetzungen, unter denen eine Hilfeleistung des Gesellschafters für die notleidend gewordene GmbH nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (a. a. O.) als Eigenkapitalersatz gilt, waren 1992 gegeben. ...

Das Ergebnis wäre aber auch kein anderes, wenn von einer Erfüllung der Einlageverpflichtung der Beklagten gemäß § 19 Abs. 1 GmbHG auszugehen wäre, so daß letztlich offenbleiben kann, ob mit der Rückführung des Darlehens und der Entlastung der Beklagten von ihrer Mithaftung überhaupt die Einlageverpflichtung aus § 19 Abs. 1 GmbHG erfüllt wäre. Denn wenn die Rückführung der Kreditschuld durch Zahlung der 80.100,00 DM als Tilgung der Einlageverpflichtung zu werten wäre, so wäre diese im Ergebnis aus Mitteln der Gesellschaft erbracht und eine Verbindlichkeit der Beklagten aus eigenkapitalersetzender Mithaftung begründet (BGH GmbHR 1991, 152, 154 [= DNotZ 1991, 828]), deren Verjährung gemäß § 31 Abs. 5 Satz 1 GmbHG erst mit der Rückführung des Kredites am 01.07.1992 zu laufen begann.

IV. Die Einlageschuld der Beklagten ist weiterhin weder ganz noch teilweise durch Zahlungen der Beklagten an die Gemeinschuldnerin von insgesamt 45.600,00 DM am 04.11.1991 sowie von weiteren 37.308,43 DM am 06./09.07.1992, die nach Darstellung der Beklagten sämtlich zur freien Verfügung und ohne Rückzahlungsverpflichtung der Gemeinschuldnerin geleistet worden sein sollen, erfüllt worden.

1. a) Das Geschäftskonto der Gemeinschuldnerin wies vor der Überweisung der 43.100,00 DM einen Debetsaldo von 90.884,79 DM auf. Die schuldbefreiende Wirkung einer Einlageleistung scheitert nicht schon daran, daß diese auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft erfolgt und die Bank die eingezahlten Mittel sofort mit dem Sollsaldo verrechnet. Eine Einlageleistung auf ein in Debet geführtes laufendes Geschäftskonto der Gesellschaft verstößt im allgemeinen dann gegen das Gebot, die Einlagemittel zur freien Verfügung der Geschäftsführung zu leisten (§ 8 Abs. 2 GmbHG), wenn das Gesellschaftskonto von der Bank gesperrt ist, das Bankguthaben vor der Einzahlung bereits gepfändet ist oder die kontoführende Bank den Gutschriftsbetrag wegen ungenehmigter Kontoüberziehung oder wegen Kündigung bzw. Rückführung des Kreditrahmens sofort mit dem Debetsaldo

verrechnen kann, so daß die Gesellschaft keine Möglichkeit erhält, über die eingezahlten Mittel in entsprechender Höhe zu verfügen (BGH GmbHR 1991, 152 m.w.N. [= DNotZ 1991, 828]). Der Kontokorrentkredit der Gemeinschuldnerin ist von der Stadtsparkasse A. am 07.03.1988 auf 80.000,00 DM erhöht worden und zwar mit der Maßgabe, daß eine weitere Überschreitung der Kreditlinie untersagt wurde. Von den 43.100,00 DM, die auf das Konto eingezahlt worden sind, standen bei einem Soll von 90.884,79 DM somit jedenfalls 10.884,79 DM nicht zur freien Verfügung der Gesellschaft und sind damit schon deshalb nicht mit schuldbefreiender Wirkung auf die Einlageverbindlichkeit geleistet worden.

b) Darüber hinaus ist dem Vorbringen der Beklagten nicht hinreichend klar zu entnehmen, ob der danach allenfalls zu berücksichtigende Betrag von 32.252,36 DM (32.215,21 DM + 37,15 DM) zur Tilgung der Einlageverpflichtung geleistet und nicht als Darlehen gewährt worden ist.

Die Überweisungsträger betreffend die Überweisungen von 43.100,00 DM und 2.500,00 DM von der Beklagten an die Gemeinschuldnerin geben als Verwendungszweck „Darlehensauszahlung" an, was als Darlehensgewährung der Beklagten an die Gesellschaft zu verstehen sein sollte mit der Folge, daß es sich bei diesen Beträgen nicht um der Gemeinschuldnerin zugeführte freie Mittel handelte. Dem Vorbringen der Beklagten, die beiden Beträge seien ohne Rückzahlungsverpflichtung zur freien Verfügung der Gesellschaft ausgehändigt worden, steht entgegen, daß die Zahlungen vom 04.11.1991 auch als Darlehen bei der Gemeinschuldnerin verbucht worden sind. ...

2. Im übrigen wäre eine Verbindlichkeit der Beklagten aus dem Gesichtspunkt eigenkapitalersetzender Mithaftung gemäß den §§ 30, 31 GmbHG in Höhe von 50.000,00 DM trotz der Zahlungen von insgesamt 45.600,00 DM am 04.11.1991 begründet. Die Besicherung des in Höhe von 80.000,00 DM eingeräumten Kontokorrentkredites hatte – wie ausgeführt – eigenkapitalersetzenden Charakter. ...

3. Entsprechendes hat hinsichtlich der am 06./09.07.1992 überwiesenen 37.308,43 DM zu gelten.

...

Zwangsvollstreckungsrecht

29. BeurkG §§ 52, 54; ZPO §§ 795 Satz 1, 727; BGB §§ 398, 185 *(Maßgeblicher Zeitpunkt für Entscheidung im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG; vom Notar bei Klauselumschreibung zu berücksichtigende Umstände)*

1. **Im Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG über die Umschreibung einer Vollstreckungsklausel ist die Sachlage im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts maßgebend; deshalb ist ein Urteil, das die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, zu berücksichtigen, wenn es erst nach der Entscheidung des Notars ergangen und rechtskräftig geworden ist.**
2. **Bei der Umschreibung einer Vollstreckungsklausel hat der Notar Umstände, die der Wirksamkeit der Rechtsnachfolge entgegenstehen, zu beachten, sofern sie durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden oder offenkundig sind.**

BayObLG, Beschluß vom 6.7.1995 – 3 Z BR 64/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Zu Urkunde des Notars vom 26.5.1992 verpflichtete sich die Beteiligte zu 1), an den Kaufmann R. Sch. 200 000 DM mit der Maßgabe zu bezahlen, daß

- ein Teilbetrag von 70 000 DM sofort fällig und
- der Restbetrag von 130 000 DM bis spätestens 25.5.1993 zu entrichten sei.

Gleichzeitig unterwarf sich die Beteiligte zu 1) wegen dieser Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Noch am selben Tag trat R. Sch. unter Beglaubigung seiner Unterschrift die vorgenannte Restforderung an die Beteiligte zu 1) ab, und zwar zur Sicherung einer Konventionalstrafe in Höhe von 130 000 DM, die für den Fall vereinbart wurde, daß R. Sch. der Verpflichtung nicht nachkommen sollte, auf entsprechende Aufforderung bestimmte Grundschulden zu bestellen.

Am 15.6.1992 – notariell beglaubigt am 19.7.1993 – trat R. Sch. dieselbe Restforderung an den Beteiligten zu 2) ab.

Am 24.3.1993 erteilte der Notar bezüglich des am 25.5.1993 fällig werdenden Restbetrags von 130 000 DM R. Sch. eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 26.5.1992.

Mit Schreiben vom 2.7.1993 lehnte der Notar die vom Beteiligten zu 2) beantragte Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf ihn mit der Begründung ab, daß die betreffende Forderung von R. Sch. mit notariell beglaubigter Erklärung zuvor bereits sicherungshalber an die Beteiligte zu 1) abgetreten worden sei, woran er sich bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel an R. Sch. nicht mehr erinnert habe.

2. Mit Endurteil vom 28.7.1993 erklärte das Landgericht München I auf die von der Beteiligten zu 1) gegen R. Sch. und den Beteiligten zu 2) erhobene Vollstreckungsabwehrklage unter Abweisung der Klage im übrigen die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 26.5.1992 bezüglich eines Betrags von 20 000 DM für unzulässig. Die Voraussetzungen für die Fälligkeit der Konventionalstrafe von 130 000 DM und damit der Eintritt der Bedingung für die Sicherungsabtretung seien nicht dargetan. Jedoch bestehe in Höhe von 20 000 DM für die Beteiligte zu 1) ein aufrechenbarer Gegenanspruch.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 22.3.1994 hob das Oberlandesgericht München in dem genannten Vollstreckungsabwehrverfahren auf die Berufung der Beteiligten zu 1) das Endurteil des Landgerichts München I vom 28.7.1993, soweit die Klage abgewiesen worden war, auf und erklärte die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 26.5.1992 auch bezüglich eines weiteren Betrags in Höhe 110 000 DM für unzulässig. Die Restforderung aus der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 26.5.1992 sei von R. Sch. wirksam an die Beteiligte zu 1) abgetreten worden, weshalb auch der Beteiligte zu 2) nicht Inhaber der Forderung sei. Bei der Sicherungsabtretung an die Beteiligte zu 1) handle es sich nicht um eine bedingte Abtretung, sondern um eine unbedingte Abtretung zur Sicherung einer aufschiebend bedingten, inhaltlich ausreichend bestimmten, zukünftigen Forderung.

3. Am 10.9.1993 erhob der Beteiligte zu 2) zum Landgericht München II – Kammer für Notarsachen – gegen den Notar Klage mit dem Hauptantrag, diesen zu verpflichten, ihm für die Urkunde vom 26.5.1992 eine qualifizierte Vollstreckungsklausel zu erteilen. Das Landgericht legte den Antrag als Beschwerde gemäß § 54 BeurkG, § 19 FGG aus.

Der Notar half der Beschwerde nicht ab, erklärte vielmehr, daß die Umschreibung der Vollstreckungsklausel immer noch nicht möglich sei, da ihm bislang keine öffentliche Urkunde oder öffentlich beglaubigte Erklärung vorgelegt worden sei, aus der er den Schluß ziehen könne, daß die Sicherungsabtretung an die Beteiligte zu 1) aufgehoben sei.

Das Landgericht wies die Beschwerde des Beteiligten zu 2) zurück. Der begehrten Umschreibung der Vollstreckungsklausel durch den Notar stehe jedenfalls entgegen, daß aufgrund der auch gegen den Beteiligten zu 2) ergangenen rechtskräftigen Urteile des Landgerichts München I vom 28.7.1993 und des Oberlandesgerichts München vom 22.3.1994 die erforderliche Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde vom 26.5.1992 nicht mehr gegeben sei.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Beteiligte zu 2) mit der weiteren Beschwerde. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Ablehnung der Umschreibung der dem Kaufmann R. Sch. erteilten Vollstreckungsklausel auf den Beteiligten zu 2) durch den Notar ist nicht zu beanstanden.

a) Für die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde ist eine mit einer Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Urkunde notwendig.

Für den Notar ist die Erteilung bzw. Umschreibung der Klausel ein hoheitliches Amtsgeschäft außerhalb seiner Beurkundungstätigkeit, eine „andere Aufgabe auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege" im Sinne des § 1 BNotO (*Jansen*, FGG, 2. Aufl., BeurkG § 52 Rdnr.15; *Magis*, Die vollstreckbare notarielle Urkunde, MittRhNotK 1979, 111/127; *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch § 10 III 2 b).

Wird ihm die dem ursprünglichen Gläubiger erteilte vollstreckbare Ausfertigung von einem Dritten mit dem Antrag eingereicht, die Vollstreckungsklausel auf ihn als Rechtsnachfolger umzuschreiben, entscheidet der Notar hierüber in eigener Zuständigkeit gemäß den Vorschriften der ZPO (§ 52 BeurkG; *Will*, BWNotZ 1978, 156). Danach ist die Umschreibung vorzunehmen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegeben sind und die behauptete Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§ 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO; *Schuschke*, Vollstreckung und Vorläufiger Vollstreckungsschutz, Bd. I, ZPO § 727 Rdnr. 26; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 21. Aufl., § 727 Rdnr. 37; *Zöller/Stöber*, ZPO, 19. Aufl., § 727 Rdnr. 25).

Zu prüfen hat der Notar hierbei grundsätzlich nur die formelle Berechtigung des Antragstellers (BayObLG MittBayNot 1965, 141/144; OLG Frankfurt OLGZ 1994, 501/502; OLG Oldenburg OLGZ 1994, 499; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG 2. Aufl., § 52 Rdnr.71 m.w.N.; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FG, Teil B, 12. Aufl., BeurkG § 52 Rdnr.12). Zweifel bezüglich der Antragsberechtigung des Gläubigers gehen zu dessen Lasten (*Mecke/Lerch*, BeurkG, 2.Aufl., § 52 Rdnr. 4; *Münch* § 10 III 4 b).

Lehnt der Notar die Erteilung der Vollstreckungsklausel oder deren Umschrelbung ab und kommt es deshalb – wie hier – gemäß § 54 BeurkG zu einem Beschwerdeverfahren, ist der Umfang der Prüfungsbefugnis des Beschwerdegerichts der gleiche wie der des Notars (*Wolfsteiner,* Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 56.2).

b) Danach ist die Entscheidung des Landgerichts nicht zu beanstanden.

Es hat zutreffend angenommen, die Vollstreckungsklausel dürfe nur erteilt bzw. auf den Rechtsnachfolger nur umgeschrieben werden, wenn der zugrunde liegende Titel vollstreckbar ist (vgl. *Zöller/Stöber* Rdnr. 6, *Thomas/Putzo,* ZPO, 19. Aufl., Rdnr. 8, je zu § 724). Zutreffend ist auch die Annahme des Landgerichts, der notariellen Urkunde vom 26.5.1992 fehle die Vollstreckbarkeit, weil die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde rechtskräftig in Höhe von 20 000 DM durch Urteil des Landgerichts München I vom 28.7.1993 und in Höhe von 110 000 DM durch Urteil des Oberlandesgerichts München vom 22.3.1994 für unzulässig erklärt worden ist. Die erfolgreiche Vollstreckungsabwehrklage beseitigt die Vollstreckbarkeit des Titels (vgl. BGHZ 118, 229, 235 f.; *Zöller/Herget* Rdnr. 5, *Thomas/Putzo* Rdnr. 1, je zu § 767).

Der mit der Rechtsbeschwerde erhobene Einwand, das Landgericht hätte das die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aussprechende Urteil des Oberlandesgerichts nicht berücksichtigen dürfen, greift nicht durch. Das Landgericht hatte die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. § 23 FGG; BGHZ 12, 248/252; *Keidel/Kuntze*, FGG, 13. Aufl., § 23 Rdnr. 6; vgl. auch *Zöller/Vollkommer* § 329 Rdnr. 23). Zu entscheiden ist, ob die Klausel umzuschreiben ist, nicht etwa, ob sie zu einem früheren Zeitpunkt hätte umgeschrieben werden müssen.

c) Im übrigen hat der Beteiligte zu 2) auf Grund der vom Landgericht getroffenen Feststellungen auch die von ihm behauptete Rechtsnachfolge nicht nachgewiesen.

Zwar genügt zum Nachweis der Abtretung einer Forderung grundsätzlich u. a. die Vorlage einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers (*Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 43.20). Hier hat der Beteiligte zu 2) aber nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, daß die Abtretung der betreffenden Restforderung entsprechend § 185 BGB wirksam ist oder wirksam geworden ist. Dies war notwendig, da R. Sch. die Restforderung zuvor bereits an die Beteiligte zu 1) abgetreten hatte und dieser Umstand zu beachten ist.

Obgleich der Notar zu einer sachlich-rechtlichen Prüfung einer urkundlich nachgewiesenen Rechtsnachfolge grundsätzlich nicht berechtigt ist, hat er Umstände, die der Wirksamkeit der Nachfolge entgegenstehen, zu berücksichtigen, sofern sie durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden oder offenkundig sind (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, § 727 Rdnr. 37 b). Entsprechendes gilt von Umständen, die den titulierten Anspruch selbst betreffen. Insoweit ist anerkannt, daß der Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung – ausnahmsweise – ablehnen darf, wenn durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen oder für ihn sonst offenkundig ist, daß der materielle Anspruch nicht (mehr) besteht (OLG Frankfurt OLGZ 1994, 501/502: BNotK DNotZ 1979, 257/260; *Huhn/von Schuckmann*, § 52 Rdnr. 71; *Mecke-Lerch*, § 52 Rdnr. 4; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 35.16, 35.18). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

---

30. BGB §§ 1113, 1191, 1192; ZPO § 867; GBO § 53 *(Verbot der Doppelsicherung)*

Übernimmt der Eigentümer eines Grundstücks, der es mit einer Grundschuld für einen Dritten belastet, gegenüber diesem Dritten die persönliche Haftung für die Zahlung der Grundschuldsumme und unterwirft er sich insoweit der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen, so kann wegen dieses persönlichen Anspruchs des Dritten nicht noch eine Zwangshypothek auf dem bereits mit der Grundschuld belasteten Grundstück im Grundbuch eingetragen werden.

OLG Köln, Beschluß vom 23.10.1995 – 2 Wx 30/95 –, mitgeteilt von Torsten Schmidt-Eichhorn, Richter am Oberlandesgericht

---

31. BeurkG §§ 52, 54 *(Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung im Vorkaufsfalle)*

Es ist nicht zulässig, dem Verkäufer nach Ausübung des Vorkaufsrechtes eine vollstreckbare Ausfertigung zur Vollstreckung wegen des Kaufpreises gegen den Vorkaufsberechtigten zu erteilen, wenn sich im Kaufvertrag nur der Drittkäufer der Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Regensburg, Beschluß vom 26.5.1995 – 30 T 602/94 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Peter Götz*, Regensburg

Aus dem Tatbestand:

Am 01.10.1993 veräußerte die Beschwerdeführerin zu notarieller Urkunde ein Erbbaurecht. Dieses Erbbaurecht war zugunsten der Grundstückseigentümerin für alle Verkaufsfälle mit einem Vorkaufsrecht belastet. Die Käuferin unterwarf sich wegen aller in der notariellen Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung. Die Grundstückseigentümerin und Vorkaufsberechtigte machte von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch.

Mit Schreiben vom 06.12.1994 beantragte die Beschwerdeführerin beim Notar erfolglos eine vollstreckbare und auf die Vorkaufsberechtigte als Schuldnerin umgeschriebene Ausfertigung der Vertragsurkunde.

Gegen die Versagung dieses Begehrens richtet sich die Beschwerde, die aber erfolglos blieb.

Aus den Gründen:

Die Kammer teilt die vom Notar vertretene und auf von *Keidel/Kuntze/Winkler*, BeurkG, 12. Aufl., § 52, Rdnr. 21, gestützte Auffassung, daß ihm die Erteilung einer auf die vorkaufsberechtigte Schuldnerin umgeschriebenen vollstreckbaren Ausfertigung versagt ist, solange ihm nicht eine neue, dem Beurkundungsgesetz entsprechende Unterwerfungserklärung der ihr Vorkaufsrecht ausübenden Eigentümerin vorliegt. Diese Kommentierung ist – soweit ersichtlich – in Literatur und Rechtssprechung ohne Gegenstimme geblieben. Hiernach ist die Unterwerfung als Prozeßhandlung nicht Bestimmung des Kaufvertrages im Sinn des § 505 Absatz 2 BGB, muß also vom Vorkaufsberechtigten neu erklärt werden.

Daß die Unterwerfungserklärung nicht materiell-rechtlicher Natur, vielmehr, da ausschließlich auf die Schaffung eines Vollstreckungstitels gerichtet, streng einseitige Prozeßhandlung ist, steht heute in Lehre und Rechtssprechung außer Streit (RGZ 146, 312; BGH in NJW 1971, 515; 1979, 928; 1983, 2262; 1985, 2423; BayObLG, DNotZ 1987, 176; *Stein/Jonas/Schönke*, 2. Auflage, § 794 ZPO, Anmerkung VII 3; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rdnr. 16; *Werner*, DNotZ 1969, 713; BayObLG, NJW 1971, 514).

Der Beschwerdeführerin ist freilich darin zuzustimmen, daß die Notwendigkeit, eine Unterwerfungserklärung der in den Vertrag eintretenden Vorkaufsberechtigten herbeiführen oder aber diese verklagen zu müssen, zu einer Schlechterstellung gegenüber dem Ausgangsvertrag führt, die von §§ 504 ff. BGB nicht gewollt ist. Das kann aber nach Ansicht der Kammer nicht dazu führen, der als Prozeßhandlung abstrakten Unterwerfungserklärung der ... Erstkäuferin materiell-rechtliche Wirkungen einer vertraglichen Vereinbarung im Sinn von § 505 Absatz 2 BGB beizumessen .

Diese Vorschrift betrifft lediglich materiell-rechtliche Verbindlichkeiten, wie sie aus dem Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten entspringen, insoweit freilich mit allen Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstigen Haupt- und Nebenabreden vorbehaltlich allein der Ausnahme der §§ 506, 507 BGB. Die lediglich auf die Schaffung eines Vollstreckungstitels gerichtete Unterwerfungserklärung ist nicht erfaßt.

Kostenrecht

32. KostO §§ 107 Abs. 2, 30 Abs. 1; VermG § 3 *(Bewertung eines Restitutionsanspruchs)*

1. **Ein Restitutionsanspruch nach § 3 VermG, der sich auf DDR-Enteignungen vor dem Erbfall stützt, ist, wenngleich er erst nach dem Tod des Erblassers und damit nicht in seiner Person, sondern originär in der Person des Rechtsnachfolgers entstanden ist, wie ein Nachlaßgegenstand zu behandeln.**
2. **Der Wert der Rückübertragungsansprüche ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu ermitteln. Beziehungswert ist der Wert der enteigneten Grundstücke. Im Hinblick auf die reine Legitimationsfunktion des „Ergänzungserbscheins" ist bei der Geschäftswertfestsetzung vom Grundstückswert ein Abschlag zu machen.**
3. **Für die Bestimmung des Werts eines in der früheren DDR gelegenen Nachlaßgrundstücks ist in Erbscheinsverfahren regelmäßig auf den Zeitpunkt der Wiedervereinigung (3.10.1990) abzustellen, nicht auf den des Erbfalls.**

BayObLG, Beschluß vom 29.6.1995 – 3 Z BR 137/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Am 17.8.1978 erteilte das Amtsgericht einen Erbschein, nach dem der 1978 verstorbene Erblasser von seiner Witwe, der Beteiligten allein beerbt worden ist. Der Erblasser war (auch) Eigentümer zweier in der ehemaligen DDR gelegener Grundstücke gewesen, die schon zu Lebzeiten des Erblassers enteignet worden waren. Die Beteiligte erhebt insoweit Restitutionsansprüche aufgrund des Vermögensgesetzes (VermG). Auf Antrag der Beteiligten erließ das Amtsgericht einen Beschluß, wonach bezeugt wird, daß sich der Erbschein vom 14.1.1978 in Anwendung des ZGB der ehemaligen DDR auch auf den in der ehemaligen DDR belegenen unbeweglichen Nachlaß i. S. des § 25 Abs. 2 DDR-Rechtsanwendungsgesetz vom 5.12.1975 erstrecke.

Die Rechtspflegerin setzte den Geschäftswert für die Erteilung des „beschränkten Erbscheins" auf 543 608 DM fest. Die Rückübertragungsansprüche seien den Grundstückswerten im Zeitpunkt des Erbfalls gleichzusetzen. Diese Werte seien durch Zugrundelegung der Verkehrswerte 1991 und Abzug der bundesdeutschen Preissteigerungsraten seit 1978 zu ermitteln.

Gegen die Geschäftswertfestsetzung des Amtsgerichts legte die Beteiligte Beschwerde ein. Der Richter am Nachlaßgericht setzte den Geschäftswert für die Erteilung des beschränkten Erbscheins herunter. Gegen diese Entscheidung legte nunmehr die Staatskasse Beschwerde ein. Das Landgericht hat die Beschwerde der Staatskasse zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Mit ihrer weiteren Beschwerde erstrebt die Staatskasse die Wiederherstellung der Wertfestsetzung im Beschluß der Rechtspflegerin. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. a) Der im Hinblick auf die angenommene Nachlaßspaltung erteilte „Ergänzungserbschein" vom 20.4.1994, der bezeugt, daß sich der Erbschein vom 17.8.1978 in Anwendung des ZGB der ehemaligen DDR auch auf den in der ehemaligen

DDR belegenen unbeweglichen Nachlaß i. S. des § 25 Abs. 2 DDR-RAG erstreckt, ist in entsprechender Anwendung des § 107 Abs. 2 Satz 3 KostO nach dem Wert der Nachlaßgegenstände, auf die er sich beziehen soll und konnte, zu bewerten (vgl. KG ZEV 1994, 314). Das sind hier, da die Grundstücke nach den das Rechtsbeschwerdegericht bindenden Feststellungen des Landgerichts bereits vor dem Tode des Erblassers enteignet worden waren, die geltend gemachten Rückübertragungsansprüche nach § 3 VermG.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sind die Rückübertragungsansprüche, die sich auf Grundstücksenteignungen vor dem Erbfall stützen, – wenngleich sie erst nach dem Tode des Erblassers und damit nicht in seiner Person, sondern originär in der Person des Rechtsnachfolgers entstanden sind (BGH NJW 1993, 2176/2177; *Palandt/Heldrich*, BGB, 54. Aufl. Art. 25 EGBGB Rdnr. 23; *Limmer* ZEV 1994, 31 f.) – wie ein Nachlaßgegenstand zu behandeln. Denn die Ansprüche treten ihrem Sinn und Zweck nach an die Stelle verlorener Nachlaßwerte des Erblassers (BGH aaO; OLG Koblenz DtZ 1993, 253/254; OLG Celle OLG-Report 1994 S.13; vgl. auch BayObLGZ 1994, 40/45 und 1995, 109 = MDR 1995, 643 f; *Casimir* DtZ 1993, 362/364; *Bader* DtZ 1994, 22/23; *Limmer* ZEV 1994, 31/33 f.; *Dieckmann* ZEV 1994, 198/199; a. M. *Palandt/Edenhofer* § 1922 Rdnr. 50 und *Palandt/Heldrich* a.a.O.).

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts und die des Amtsgerichts sind deshalb aufzuheben.

b) Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden; zur Festsetzung des Geschäftswerts sind weitere Ermittlungen nicht erforderlich.

Da sich der Wert der Rückübertragungsansprüche aus den Vorschriften der KostO nicht ergibt und auch sonst nicht feststeht ist er gemäß § 30 Abs.1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Beziehungswert (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 30 Rdnr. 8) ist der Wert der in der früheren DDR gelegenen, schon vor dem Erbfall enteigneten Grundstücke, deren Rückübertragung nach dem VermG angestrebt ist (vgl. BVerwG JurBüro 1995, 145). Nach der Rechtsprechung des Senats (BayObLGZ 1995, 109) wäre deren Bewertung auf den Zeitpunkt des Erbfalls (vgl. § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO) – vergleichbar mit dem Fall der Erteilung des Erbscheins an einen Nacherben – mit einer wirtschaftlich vernünftigen Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar. Es ist deshalb für die Bestimmung des Grundstückswerts auf den Zeitpunkt der Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, den 3.10.1990, abzustellen.

Nach den gemäß § 19 Abs.2 Satz 1 KostO zu beachtenden Angaben der Beteiligten war das Grundstück in M. zu diesem Zeitpunkt entsprechend der DM-Eröffnungsbilanz zum 1.7.1990 347 105 DM wert, während hinsichtlich des Grundstücks in L. Anfang 1994 über einen Verkauf zum Preis von 1 Mio. DM verhandelt wurde; das bei den Verkaufsverhandlungen abgegebene unterste Gebot von 700 000 DM dürfte auch dem Wert zum Stichtag entsprechen. Da der „Ergänzungserbschein" die Beteiligte lediglich zur Geltendmachung der Restitutionsansprüche legitimieren soll, die Begründetheit der Ansprüche selbst aber noch nicht feststeht, ist von dem Grundstücksgesamtwert von 1 047 105 DM ein Abzug von ca. einem Drittel vorzunehmen (vgl. OLG Celle a.a.O.). Der im vorliegenden Nachlaßverfahren maßgebende wirtschaftliche Wert der Rückübertragungsansprüche (vgl. BayObLGZ 1995, 109/113) ist somit auf 690 000 DM zu schätzen.

---

33. KostO §§ 18 Abs. 1, 20 Abs. 2, 68 *(Geschäftswert für Löschung eines Vorkaufsrechts)*

1. **Der Geschäftswert für die auf Antrag vorgenommene Löschung eines Vorkaufsrechts bestimmt sich nach dem Wert, den die Eintragung nach ihrem Inhalt hätte, wenn sie zu dem Zeitpunkt vorgenommen würde, zu dem die Löschung erfolgt.**
2. **Ein im Zeitpunkt der Löschung gegenstandslos gewordenes Vorkaufsrecht ist in der Regel mit ca. 10% des Grundstückswerts zu bewerten.**

BayObLG, Beschluß vom 10.8.1995 – 3 Z BR 145/95 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte ist Eigentümerin mehrerer Grundstücke.

Unter dem 25.11.1994 beantragte sie u. a. die Löschung der drei, jeweils bis 1.1.1981 befristeten Vorkaufsrechte für die Stadt Landshut wegen Fristablaufs.

Die Vorkaufsrechte wurden am 8.12.1994 gelöscht.

Aus den Gründen:

1. Der Geschäftswert für die Löschungsgebühr nach § 68 KostO bestimmt sich nach dem Wert der gelöschten Eintragung; maßgebend ist allerdings nicht deren gegenwärtiger Wert, sondern – nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 KostO – der Wert, den die Eintragung nach ihrem Inhalt hätte, wenn diese im Zeitpunkt der Löschung vorgenommen würde (allg. Meinung, vgl. BayObLGZ 1955, 102/108, BayObLG Rpfleger 1986, 31 [= MittBayNot 1985, 271 = DNotZ 1986, 433], *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., Rdnr. 6, *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend Korintenberg –, KostO, 12. Aufl., Rdnr. 4, je zu § 68, Göttlich/Mümmler, KostO, 12. Aufl., Stichwort „Löschungen" S. 794). Hier kommt es somit auf den Wert an, den die dinglichen Vorkaufsrechte nach den allgemeinen Wertvorschriften hätten, wenn sie im Zeitpunkt der Löschung eingetragen worden wären.

2. Gemäß § 20 Abs. 2 KostO ist als Wert eines Vorkaufsrechts in der Regel der halbe Wert der Sache, mithin des belasteten Grundstücks anzunehmen. Eine Abweichung von diesem Regelwert ist veranlaßt, wenn ein Unterschied zum Wert durchschnittlicher Fälle deutlich erkennbar ist. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn Vertragsbestimmungen und etwaige sonstige verwertbare Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vereinbarten Bedingungen genügend beurteilen lassen und die Wahrscheinlichkeit ungewöhnlich groß oder gering ist (BayObLGZ 1976, 6 [= MittBayNot 1976, 84 = DNotZ 1976, 432].

Im vorliegenden Fall ist insoweit von Bedeutung, daß der Bestand der Vorkaufsrechte zeitlich befristet (bis 1.1.1981) war und daß diese auflösende Bedingung zum Zeitpunkt der Löschung längst eingetreten war. Da die Vorkaufsrechte somit faktisch gegenstandslos geworden sind, ist eine Herabsetzung des Geschäftswerts für ihre Löschung zwingend geboten; es muß kostenrechtlich zwischen der Aufgabe eines noch ausübbaren und eines gegenstandslosen Vorkaufsrechts differenziert werden (so OLG Zweibrücken Rpfleger 1991, 54). Der Senat hält im Fall der Gegenstandslosigkeit eines Vorkaufsrechts in der Regel einen Wert von ca. 10% des Grundstückswerts für angemessen (vgl. *Rohs/Wedewer*, § 20 Rdnr. 23; insoweit a. A. OLG Zweibrücken a. a. O.).

Der Meinung (vgl. *Korintenberg* § 68 Rdnr. 8), die in Anlehnung an § 70 Abs. 1 Satz 1 KostO im Fall der Antragslöschung eines gegenstandslosen Rechts den Wert mit 0 annimmt und damit nur den Ansatz der Mindestgebühr für zulässig hält, folgt der Senat nicht. Aus § 70 Abs. 1 Satz 2 KostO ergibt sich vielmehr im Gegenteil, daß das Gesetz bei der Amtslöschung einer gegenstandslos gewordenen Eintragung, die grundsätzlich nach § 70 Abs. 1 Satz 1 KostO gebührenfrei ist, die Möglichkeit der Auferlegung einer Gebühr durch das Grundbuchamt vorsieht und zwar ohne Beschränkung auf eine Mindestgebühr. Der Gesetzgeber mißt somit auch gegenstandslosen Rechten einen Wert bei (BayObLGZ 1955, 102/ 106 f.; OLG Zweibrücken Rpfleger 1991, 54/55).

---

34. KostO §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 20, 30 (*Bewertung einer Bauverpflichtung*)

Der Wert einer vom Käufer übernommenen Bauverpflichtung orientiert sich an den voraussichtlichen Baukosten, wenn die Baukosten als Maßstab für das Bauvolumen für den aus der Bauverpflichtung Berechtigten ersichtlich von Bedeutung sind (Bestätigung von BayObLG MittBayNot 1993, 226). Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn sich die Bauverpflichtung auf die Errichtung gewerblicher Objekte bezieht.

(Leitsätze der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluß vom 9.10.1995 – 3 Z BR 241/95 –, mitgeteilt von Notarin *Inge Ritz-Mürtz*, Vohenstrauß

Aus dem Tatbestand:

1. Die beteiligte Notarin, die bereits am 27.4.1990 einen Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung zwischen der Firma X. und der Stadt P. beurkundet hatte, fertigte am 1.8.1994 auf Erfordern der Beteiligten (nachfolgend AG), die am Erwerb des Grundstücks von der Firma X. interessiert war, den Entwurf eines Kaufvertrags, in dem als Beteiligte die Firma X. und die Stadt P. (nachfolgend die Stadt) aufgeführt waren, während die Käuferseite offen blieb. Der Entwurf sah einen Kaufpreis von 1,8 Mio. DM und die Übernahme der Bauverpflichtung vor.

§ 8 Nr. 1 des Entwurfs lautet:

„Bauverpflichtung

1.

Der Erwerber verpflichtet sich, mit Wirkung für sich und seine Rechtsnachfolger gegenüber der Stadt P., auf dem erworbenen Grundbesitz innerhalb von zwei Jahren, gerechnet ab heute, im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplans mit dem Bau einer Rehabilitationsklinik zu beginnen und diese innerhalb von weiteren zwei Jahren, gerechnet ab Baubeginn, betriebsfertig herzustellen bzw. herstellen zu lassen. Nähere Festlegungen werden nicht gewünscht.

Weitere Verpflichtungen geht der Erwerber in diesem Zusammenhang nicht ein, insbesondere keine Verpflichtung, das Eigentum an dem Vertragsobjekt bis zur Erfüllung der Bauverpflichtung nur mit Zustimmung der Stadt P. weiterzuübertragen.

Vereinbarungen für den Fall der Zuwiderhandlung des Erwerbers gegen vorstehend eingegangene Verpflichtungen werden nach ausdrücklicher Belehrung nicht getroffen."

Der vorgesehene Kaufvertrag ist in der Folgezeit nicht zustande gekommen.

2. Mit Kostenrechnung vom 4.8.1994 i.d.F. vom 6.2.1995 forderte die Notarin von der AG, ausgehend von einem Geschäftswert von 14,3 Mio. DM (Kaufpreis von 1,8 Mio. DM zuzüglich 12,5 Mio. DM = 25% aus den voraussichtlichen Baukosten von 50 Mio. DM für die Beurkundung der Bauverpflichtung), eine Entwurfsgebühr für den Kaufvertrag sowie Schreibgebühren, Auslagen und Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt 41 344,80 DM.

Gegen die Kostenberechnung legte die AG Beschwerde ein.

Das Landgericht setzte die Gebühren und Auslagen der Notarin für den Kaufvertragsentwurf vom 1.8.1994 auf 23 777,40 DM fest; die weitere Beschwerde ließ es zu. Das Landgericht schätzte gemäß § 30 KostO den Wert der Bauverpflichtung auf 10% der voraussichtlichen Baukosten, die sich nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme auf ca. 50 Mio. DM belaufen sollten. Die Stadt habe als ursprüngliche Grundstücksveräußerin ein großes Interesse an dieser Bauverpflichtung gehabt. Mit dem Projekt Reha-Klinik habe die Stadt Dauerarbeitsplätze schaffen wollen und sich nicht unerhebliche Gewerbesteuereinnahmen erhofft. Ausgehend von dem Kaufpreis von 1,8 Mio. DM und dem geschätzten Betrag von 5 Mio. DM für die Bauverpflichtung errechne sich ein Geschäftswert von 6,8 Mio. DM, welcher der Gebührenermittlung zugrunde gelegt worden sei.

3. Gegen die Entscheidung des Landgerichts legte die Notarin weitere Beschwerde ein. Das Rechtsmittel blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Geschäftswert für die von der Notarin vorgenommene Entwurfsfertigung und insbesondere die darin enthaltene Bauverpflichtung ohne Rechtsfehler festgestellt.

a) Nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO erhält der Notar für die Fertigung des Entwurfs einer Urkunde die für die Beurkundung bestimmte Gebühr; der Wert bestimmt sich nach §§ 18 ff., 39 ff. KostO in gleicher Weise, wie wenn das Schriftstück beurkundet wäre (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgende *Korintenberg* –, KostO, 13. Aufl., § 145 Rdnr. 59), bei einem Grundstückskaufvertrag somit nach § 20 Abs. 1 KostO.

Nach allgemeiner Meinung ist eine in einem Grundstückskaufvertrag vom Käufer übernommene Bauverpflichtung regelmäßig eine zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks i. S. des § 20 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KostO und daher bei der Ermittlung des Geschäftswerts – bei der Notarkostenberechnung über § 141 KostO – dem Kaufpreis hinzuzurechnen. Eine solche zusätzliche Leistung liegt auch hier vor, weil die AG als Käuferin die in der Vorurkunde begründete Bauverpflichtung übernehmen sollte. Unbestritten ist, daß bei der Wertermittlung nach § 30 KostO allein das Interesse des aus der Bauverpflichtung Berechtigten an der Errichtung des Gebäudes maßgebend ist (vgl. *Göttlich/Mümmler*, KostO, 12. Aufl., Stichwort „Bauverpflichtung" S. 137; *Korintenberg*, § 30 Rdnr. 16; *Hartmann*, Kostengesetze, 26. Aufl., § 30 KostO Rdnr. 22). Berechtigt aus der Bauverpflichtung ist hier nach dem ausdrücklichen Wortlaut in § 8 des Kaufvertragsentwurfs die Stadt, die im Entwurf auch als Beteiligte aufgeführt ist.

Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BayObLGZ 1992, 355/ 357 m.w.N. = MittBayNot 1993, 226; a.A. *Göttlich/Mümmler*, S. 138) kann bei der Bewertung einer Bauverpflichtung nach § 30 Abs. 1 KostO im Einzelfall dann auf die voraussichtlichen Baukosten als Bezugswert abgestellt werden, wenn die Baukosten als Maßstab für das Bauvolumen für den aus der Bauverpflichtung Berechtigten ersichtlich von Bedeutung sind. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn in einem Kaufvertrag die Aufwendung einer bestimmten Mindestbausumme ausdrücklich vereinbart ist (vgl.

BayObLG MittBayNot 1980, 38/41) oder wenn das Interesse des Berechtigten dahin ging, daß Betriebsanlagen im Hinblick auf die Schaffung von Dauerarbeitsplätzen die erforderliche Größe und Ausstattung erhielten (vgl. OLG Oldenburg DNotZ 1967, 698).

b) Von einem derartigen besonderen wirtschaftlichen Interesse der Stadt an der Errichtung des Gebäudes ist das Landgericht ausgegangen. Nach seinen Feststellungen wollte die Stadt mit dem in der Bauverpflichtung konkretisierten Projekt Reha-Klinik Dauerarbeitsplätze schaffen und erhoffte sich nicht unerhebliche Gewerbesteuereinnahmen. Das besondere Interesse an der Errichtung eines Gebäudes dieser Größe und Ausstattung wird auch durch die Vorgabe in der Bauverpflichtung, daß der Bau der Reha-Klinik „im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplans", der die Ausmaße der Klinik festlegte, und innerhalb eng begrenzter Fristen vorgenommen werden mußte, dokumentiert. Ein Wiederkaufsrecht für den Fall eines Verstoßes gegen die Bauverpflichtung sollte nach dem Vertragsentwurf ausdrücklich nicht vereinbart werden.

Bei dieser Sachlage waren die Baukosten für die Stadt durchaus von Bedeutung, so daß sie als Bezugswert für die Bewertung der Bauverpflichtung herangezogen werden konnten.

c) Die vom Landgericht gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen getroffene Entscheidung, den Wert der Bauverpflichtung mit 10% der voraussichtlichen Baukosten zu bewerten, kann der Senat nur auf ihre Gesetzmäßigkeit nachprüfen, d. h. ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend und ohne Gesetzesverletzung erforscht hat, ob die Ermessensausübung auf grundsätzlich fehlerhaften Erwägungen beruht, ob Rechtsvorschriften, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Tatumstände außer acht gelassen worden sind (*Jansen*, FGG, § 27 Rdnr. 24).

Ein Rechtsfehler kann auch insoweit nicht festgestellt werden.

Anmerkung:

Das BayObLG hat mit dieser Entscheidung bestätigt, daß sich der Wert einer vom Käufer eingegangenen Bauverpflichtung an den Baukosten orientiert, wenn ein erhebliches Interesse des Verkäufers an der Errichtung der Gebäude besteht. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn sich die eingegangene Bauverpflichtung auf die Errichtung gewerblicher Objekte bezieht. Das Interesse richtet sich hier in erster Linie auf die Schaffung von Dauerarbeitsplätzen und Gewerbesteuereinnahmen.

Auch die Prüfungsabteilung der Notarkasse vertritt weiterhin die Auffassung, daß gemäß § 30 Abs. 1 KostO als Geschäftswert etwa 10 bis 20% der voraussichtlichen Baukosten, in Ausnahmefällen auch darüber, angemessen und vertretbar sind (Streifzug durch die KostO, 3. Auflage, Rdnr. 354).

Anders ist die Interessenlage einzuordnen beim Verkauf eines Baugrundstücks durch eine Gemeinde mit der Verpflichtung des Käufers zur Bebauung mit einem Wohnhaus. In derartigen Fällen sind etwa 30% des Kaufpreises als Geschäftswert anzusetzen (BayObLG MittBayNot 1993, 227 m. Anm. der Prüf.Abt. der Notarkasse).

Prüfungsabteilung der Notarkasse

---

35. KostO §§ 20, 30 *(Bewertung eines Kaufvertrages mit Investitionsverpflichtung und Mehrerlösabführungsklausel)*

1. **Investitionsverpflichtungen sind zusätzliche Leistungen, die bei der Ermittlung des Geschäftswertes dem Kaufpreis hinzuzurechnen sind. Sie sind mit 10 bis 30% des Volumens der Investitionssumme anzusetzen.**
2. **Eine Mehrerlösabführungsklausel ist nicht gesondert zu bewerten.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Rostock, Beschluß vom 6.3.1995 – 2 T 223/93 –, mitgeteilt von der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern

Aus dem Tatbestand:

Der Notar X. beurkundete einen zwischen der Bodenverwertungs- und Verwaltungs GmbH, diese handelnd im Namen der Treuhandanstalt, und dem Beschwerdeführer geschlossenen Grundstücksvertrag.

In § 5 des Kaufvertrages ist eine sog. Mehrerlösabführungsklausel enthalten; hier heißt es u. a.: „Veräußert der Käufer den Kaufgegenstand ganz oder teilweise bis einschließlich 31.12.1995, so hat er den über dem vorläufigen Kaufpreis liegenden Mehrerlös in Höhe von 80% an die Verkäuferin abzuführen. Bei einer Veräußerung nach dem 31.12.1995, aber bis einschließlich 31.12.1997, sind 50% des Mehrerlöses an die Verkäuferin abzuführen. (...)." In § 9 des Kaufvertrages ist weiterhin eine Investitionsverpflichtung vereinbart, hierzu heißt es u. a. in Ziffer 1: „Der Käufer verpflichtet sich, DM 200.000,– (...) bis zum 31.12.1995 in den Kaufgegenstand (...) zu investieren (...)", sowie unter Ziffer 3: „Erfüllt der Käufer seine Verpflichtung aus Abs. 1 nicht, so ist die Verkäuferin berechtigt, von dem Käufer eine Vertragsstrafe in Höhe von 10% der nicht aufgewendeten Investitionssumme zu verlangen".

Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde folgende Einwendungen geltend: Die der Gebührenrechnung zugrunde liegende Wertberechnung betrage höchstens DM 75.353,40. Sie berechne sich aus dem Kaufpreis von DM 55.353,– zuzüglich einer Werterhöhung von DM 20.000,– aufgrund der in § 9 des Kaufvertrages vereinbarten Investitionsverpflichtung, die mit 10%, entsprechend dem Wert der vereinbarten Vertragsstrafe, anzusetzen sei. Weiterhin würde die Mehrerlösabführungsklausel nicht zu einer Werterhöhung führen und zudem sei gem. § 144 a KostO eine Gebührenermäßigung zu gewähren. Der Notar beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hat eine berichtigte Kostenrechnung vorgelegt. Diese lautet nunmehr wie folgt:

Kostenrechnung P 129/02/94	Wert DM	DM
Beurkundungsgebühr, §§ 36 II. 144 a	117.100,—	290,—
Vollzugsgebühr, §§ 146 I, 1. HS. 144 a		72,50
Beurk. Vollmacht, §§ 38 II (4), 144 a	255.353,—	102,50
Schreibauslagen, § 136 I-IV		65,—
Postgebühr, § 152 II, 137		24,50

...

Die Beschwerde blieb größtenteils erfolglos.

Aus den Gründen:

Beschwerdegegenstand ist die berichtigte Kostenrechnung, deren Rechnungsbetrag im Ergebnis richtig ist.

1. Gebührenermäßigung nach § 144 KostO

Da die Treuhandanstalt hier unmittelbar als Verkäuferin aufgrund ihrer Eigentümerstellung den vorliegenden Grundstückskaufvertrag abgeschlossen hat, liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der Gebührenermäßigung nach § 144 a KostO vor. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist jedoch in der berichtigten Kostenrechnung die Gebührenermäßigung nach § 144 a KostO gewährt worden.

2. Geschäftswert gem. §§ 18, 19 i.V.m. 20 KostO

Der Kostenrechnung ist ein Geschäftswert in Höhe von DM 113.888,70 zugrunde zu legen. Dieser setzt sich wie folgt zusammen:

a) Kaufpreis	55.353,40 DM
b) Investitionsverpflichtung nach § 9 des Kaufvertrages	50.000,00 DM
c) bedingte Aufzahlungsverpflichtung nach § 4 des Kaufvertrages	5.535,40 DM
d) geschätzte Vermessungskosten	3.000,00 DM
Gesamtwert	113.888,70 DM

Die in § 9 des Kaufvertrages übernommene Investitionsverpflichtung stellt eine zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks im Sinne von § 20 Abs. 1 S. 1 KostO dar, die bei der Ermittlung des Geschäftswertes dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist. Entsprechend des § 30 Abs. 1 KostO ist die getroffene Investitionsverpflichtung wertmäßig mit 10 bis 30% ihres Volumens zu berücksichtigen. Bei Verträgen, an denen die Treuhandanstalt als Verkäuferin beteiligt ist, wird für die Bewertung des wirtschaftlichen Interesses an der vereinbarten Investitionsverpflichtung grundsätzlich auf den Wert der Investitionssumme und nicht nur auf den Wert einer insoweit ggf. vereinbarten Vertragsstrafe abzustellen sein. Denn maßgebend für die Bewertung der übernommenen Investitionsverpflichtung ist in diesen Fällen in erster Linie das hinter dieser Verpflichtung stehende wirtschaftliche Interesse der Treuhandanstalt. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß die Treuhandanstalt in den neuen Bundesländern neben den Produktionsbetrieben auch Grundstücke nicht nur zu veräußern, sondern insbesondere dafür zu sorgen hatte, daß ein wirtschaftlicher Aufschwung mit der Schaffung von Arbeitsplätzen erreicht wird. Insofern stand bei der Entscheidung, an wen verkauft wird, insbesondere das Interesse an der Erfüllung der vom Käufer übernommenen Investitionsverpflichtung im Vordergrund. Es ist daher gerechtfertigt, die Bewertung an der Obergrenze des üblicherweise vertretenden Bewertungsrahmens, und zwar mit 25% des vereinbarten Investitionsaufwandes anzusetzen.

Kein eigentlicher wirtschaftlicher Wert ist der in § 5 des Kaufvertrages vereinbarten sog. Mehrerlösabführungsklausel beizumessen. Sie dient lediglich der Sicherung des Vertragszweckes und rechtfertigt als reines Sicherungsgeschäft keine wertmäßige Hinzurechnung.

Kostenrechtlich zu berücksichtigen ist dagegen die in § 4 des Kaufvertrages vereinbarte Auszahlungsverpflichtung (*Anmerkung der Schriftleitung:* Dazu befindet sich keine nähere Angabe im Tatbestand). Es handelt sich hierbei um eine der Höhe nach bedingte Kaufpreis-, also Leistungsvereinbarung, die unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts nach freiem Ermessen zu bestimmen ist (vgl. *Korintenberg-Bengel*, KostO, 12. Aufl., § 20 Rdnr. 8). Die erfolgte Wertbemessung mit 10% des Kaufpreises erscheint insoweit angemessen.

Dem Kaufpreis gem. § 20 Abs. 1 KostO hinzuzurechnen sind ebenfalls auch die vom Beschwerdeführer als Käufer übernommenen Vermessungskosten (vgl. *Korintenberg-Bengel*, 12. Aufl., § 20 Rdnr. 25), deren geschätzte Höhe mit DM 3.000,– ebenfalls nicht zu beanstanden ist.

Der der Kostenrechnung zugrundezulegende Geschäftswert in Höhe von DM 113.888,70 weicht zwar von dem tatsächlich angesetzten Wert um DM 3.211,30 ab, dies hat jedoch auf den Rechnungsendbetrag keine Auswirkungen, da diese Differenz zu keinem Gebührensprung führt.

Beurkundungs- und Notarrecht

36. BNotO § 93 *(Ermessensfehlerhafte Auferlegung einer Berichtspflicht durch Aufsichtsbehörde)*

Die Aufsichtsbehörde überschreitet ihr Ermessen, wenn sie einem Notar, dessen Amtsführung keinen Anlaß zur Beanstandung gegeben hat, allein wegen des von diesem erreichten Urkundsaufkommens ohne zeitliche Befristung auferlegt, monatlich eine Kopie der Urkundsrolle vorzulegen, die „um Angaben zum Zeitpunkt des Beginns der Beurkundung, der Dauer der Beurkundung in Minuten und des Umfangs der Beurkundung in angefangenen Schreibmaschinenseiten" ergänzt ist.

BGH, Beschl. v. 9.1.1995 – NotZ 24/94 –, mitgeteilt von *Dr. Gerd Lintz*, Notar in Landsberg a. L.

Aus dem Tatbestand:

Im März 1993 regte die Landesnotarkammer gegenüber dem Antragsgegner an, den Antragstellern aufzuerlegen, „jeweils zu einem bestimmten Werktag eines Monats eine Kopie der Urkundsrolle des Vormonats vorzulegen, die hinsichtlich der Beurkundungen nach §§ 9 ff. BeurkG um Angaben zum Zeitpunkt des Beginns der Beurkundung, der Dauer der Beurkundung in Minuten und des Umfangs der Beurkundung in angefangenen Schreibmaschinenseite ergänzt ist". Als Grund gab die Landesnotarkammer an, es bestünden Zweifel, ob die zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Antragsteller, die im Jahre 1992 ein Geschäftsvolumen von 5.050 (Antragsteller zu 1) und 5.729 (Antragsteller zu 2) bereinigten Urkundennummern erreicht hätten, in allen Fällen ihrer Pflicht zur Beratung und Belehrung der Beteiligten hätten nachkommen können. Maßstab hierfür sei ein Notar, der durchschnittlichen Anforderungen an seine Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit genüge. Diese Grenze sei im allgemeinen erreicht, wenn ein Geschäftsanfall von 3.000 bereinigten Nummern im Jahr überschritten werde.

Der Antragsgegner kam der Anregung mit Bescheiden vom 8. Juni 1993 nach und legte den Beginn der Berichtspflicht zuletzt auf den 15. Oktober 1993 fest.

Vor dem Oberlandesgericht haben die Antragsteller in erster Linie beantragt, die Bescheide aufzuheben, hilfsweise ihnen befristet aufzuerlegen, Kopien der Urkunden vorzulegen, auf denen Beginn und Ende der Beurkundung festgehalten ist, höchst hilfsweise die Bescheide zu befristen.

Die erfolglos gebliebenen Anträge verfolgen die Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Dem Antragsgegner obliegt nach §§ 92 Nr. 1, 93 BNotO die Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare im Bezirk seines Landgerichts. Bei der Ausübung der Aufsichtsbefugnisse und der Wahl der Aufsichtsmittel ist ihm ein pflichtgemäßes, aber nicht schrankenloses Ermessen eingeräumt (Senatsbeschl. DNotZ 1974, 372 [= MittBayNot 1974, 43]; BGHR BNotO § 93 Abs. 1, Aufsicht 1 = DNotZ 1987, 438). Die Ausübung dieses Ermessens ist am Zweck der Amtsaufsicht und damit auch an den Grundentscheidungen der Bundesnotarordnung zum Amts-, Berufs- und Organisationsrecht der Notare auszurichten. Die getroffenen Maßnahmen dürfen nicht außer Verhältnis zu diesem Zweck stehen. Dies gilt uneingeschränkt auch dann, wenn, wie hier, die untere Aufsichtsbehörde nach den Richtlinien einer von der Landesjustizverwaltung erlassenen Vorschrift verfährt.

2. Die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz über die Angelegenheiten der Notare vom 25. Oktober 1991 (JMBl 1991, 240) sieht in Punkt 14.2 Abs. 2 bei Notarstellen mit großem Geschäftsanfall eine Prüfung anhand

des Umfangs der Beurkundungen vor, ob eine ausreichende und individuelle Belehrung und Beratung der Beteiligten durch den Notar gewährleistet ist. Dies ist danach nur der Fall, wenn auch bei den Beurkundungsverhandlungen ausreichend Zeit und Gelegenheit für Erläuterungen zur Verfügung steht. In geeigneten Fällen können nach Absatz 3 der Vorschrift Berichtspflichten und die Pflicht zur Aufzeichnung über die Erledigung der Amtsgeschäfte auferlegt werden.

Gegen diese Richtlinien bestehen im Ausgangspunkt keine rechtlichen Bedenken. Sie suchen der Bedeutung der in §§ 17 bis 21 BeurkG festgelegten Prüfungs- und Belehrungspflichten Rechnung zu tragen, welche für die öffentliche Beurkundung kennzeichnend sind und diese von der bloßen Beglaubigungsform abheben (vgl. BGHZ 37, 79, 86). Ob die von dem Antragsgegner aufgrund dieser Richtlinien getroffene Anordnung ebenfalls unbedenklich wäre, wenn sie sich darauf beschränkte, den Antragstellern die Pflicht aufzuerlegen, turnusmäßig über die in einem Kalendermonat angefallenen Geschäfte durch Vorlage (einer Kopie) der Urkundsrolle (§§ 7–10 DONot) zu berichten, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden (vgl. unten Ziffer 4). Mit der selbständigen Stellung, die die Bundesnotarordnung dem Notar (abgesehen von den auf Baden-Württemberg beschränkten Sonderfällen der §§ 114, 115 BNotO) einräumt, ist es in keinem Falle vereinbar, diesem, ohne daß über die Urkundszahl hinaus Verdacht gegen die Lauterkeit der Amtsführung bestünde, auf unbestimmte Zeit Rechenschaft darüber abzufordern, wieviel Zeit und Raum jede von ihm vorgenommene Beurkundung (hier: Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8 bis 18 BeurkG) in Anspruch genommen hat.

3. Der Notar ist nach § 1 BNotO unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Sein Status ist dadurch gekennzeichnet, daß er, ohne in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu stehen, mithin in beruflicher Selbständigkeit, ein öffentliches Amt wahrnimmt. Das zur Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe des Notars begründete Amtsverhältnis zu dem Land, das ihn bestellt hat, rückt seinen Beruf zwar in die Nähe des öffentlichen Dienstes („staatlich gebundener Beruf", vgl. BVerfGE 54, 237, 245/246; 80, 257, 265 [= DNotZ 1989, 623]. Hieraus leitet sich auch das Recht der Landesjustizverwaltung zur Aufsichtsführung her, das allerdings durch die sachliche Unabhängigkeit des Notars begrenzt ist (BGHZ 57, 351). Die staatliche Einbindung des Berufs beseitigt aber die Grundentscheidung des Gesetzes für das „freie Notariat", nämlich die Übertragung des Amtes an eine Privatperson zur selbstverantwortlichen Ausübung (vgl. *Bohrer*, Das Berufsrecht der Notare, 1991 S. 1, 45, 95 ff.; zu den Grundlagen des „freien Notariats" vgl. *Römer*, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963; *Bärmann*, DNotZ 1979, 345) nicht. Der Notar ist wirtschaftlich selbständig (§ 17 Abs. 1 BNotO), schafft (grundsätzlich) selbst die sachlichen und persönlichen Organisationsgrundlagen seiner Amtsausübung und haftet für Berufsfehler allein (§ 19 BNotO). Zum Kernbestand der beruflichen Selbständigkeit gehört die freie Entscheidung über den Umfang der Urkundstätigkeit in den durch das Amtsrecht und die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege gezogenen Grenzen (§§ 14 ff. BNotO).

Den Aufsichtsbehörden ist es daher verwehrt, durch allgemeine Richtlinien Obergrenzen für die Urkundstätigkeit des Notars zu setzen oder gegenüber dem Notar im Einzelfall eine solche Anordnung zu treffen. Dies gilt bei der vorbeugenden Überwachung der Amtsführung, die hier in Rede steht, ohnehin, aber auch in dem Falle, daß wegen einer aufgetretenen Pflichtverletzung Abhilfemaßnahmen geboten sind. Selbst bei schuldhaftem Verstoß des Notars gegen die Prüfungs- und Belehrungspflichten kommt neben der in leichteren Fällen möglichen Mißbilligung (§ 94 BNotO) nur eine Entfernung aus dem Amt überhaupt in Frage, wenn die minderschweren Ahndungsmittel des Verweises oder der Geldbuße nicht zureichen (§ 97 BNotO). Eine Beschränkung der Amtstätigkeit bei Fortbestand der Bestellung zum Notar ist selbst in diesem Falle nicht möglich.

4. Die Anordnung, über die anfallenden Beurkundungen nach Minuten- und Seitenzahl Buch zu führen und hierüber monatlich zu berichten, ist – auch wenn dies außerhalb des Zwecks der Aufsichtsmaßnahme liegt und nur als deren Reflex hervortritt – geeignet, bei dem Notar die Vorstellung zu erwecken, ihm werde angesonnen, seine Urkundstätigkeit einzuschränken und an der durchschnittlichen Leistungsfähigkeit der Berufsgenossen auszurichten. Sie unterwirft, anders als in den vom Senat bisher entschiedenen Fällen, in denen es um die Beanstandung einzelner Vorfälle ging (BGHZ 57, 351 [= MittBayNot 1972, 79 = DNotZ 1972, 549]; DNotZ 1974, 372 [= MittBayNot 1974, 43]; BGHR BNotO § 93 Abs. 1 Aufsicht 1 = DNotZ 1987, 438; BGHR BNotO § 93 Abs. 1 Aufsicht 2 = DNotZ 88, 254; BGHR BNotO § 93 Abs. 1, Aufsicht 3 = DNotZ 1993, 465), die (wesentliche) Amtstätigkeit des Notars einem Sonderstatus, welcher mittelbar auf eine Einschränkung der Berufstätigkeit hinwirkt, die unmittelbar nicht angeordnet werden könnte. Ist die Dauer der Maßnahme, wie hier, zeitlich unbestimmt, wird dem – wenn auch nicht bezweckten – Eindruck Vorschub geleistet, der Ausnahmezustand bleibe solange aufrechterhalten, als das als regelwidrig vorausgesetzte Urkundsaufkommen fortbesteht.

Dies stellt dann, wenn, worüber hier allein zu befinden ist, bisher kein Anlaß zur Beanstandung der Amtsführung des Notars bestanden hat, einen unverhältnismäßigen Eingriff in dessen berufliche Selbstverantwortlichkeit dar. Die Regelprüfung der Notariatsgeschäfte der Antragsteller am 5. Juli 1991 hat, was zwischen den Beteiligten unstreitig ist, zu der Feststellung geführt, daß das Notariat mit anhaltendem Erfolg „qualitativ hochstehende Arbeit" leistet. Das schließt ein, daß die in den Urkunden festgehaltenen Belehrungen den Anforderungen voll entsprachen. Beschwerden gegen die Antragsteller sind zu keinem Zeitpunkt vorgebracht, Haftungsansprüche sind weder gerichtlich noch außergerichtlich geltend gemacht werden. Bei einem Notar, dessen Qualifikation nach der Feststellung der Aufsichtsbehörde zweifelsfrei ist, begründet die Überschreitung der von der Kammer für den Durchschnittsfall veranschlagten Urkundenzahl grundsätzlich nicht den Verdacht, er vernachlässige seine Amtspflichten. Übersteigt die Urkundstätigkeit allerdings, wie hier, das sonst Erreichte in auffälliger Weise, kann Anlaß zu einer näheren Beobachtung durch die Aufsichtsbehörde bestehen. Aber auch in diesem Falle gebietet es die Rücksicht auf die untadelige Amtsführung, den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Mindesteingriffs Rechnung zu tragen.

Zwischen den Beteiligten besteht Einigkeit, daß die angeforderten Berichte als solche ungeeignet sind, den Nachweis der Verletzung der Prüfungs- und Belehrungspflicht zu führen. Die Zeitdauer des Urkundsvorgangs und die Zahl der Urkundsseiten lassen keine Aussage über den Inhalt des Geschäfts, die Geschäftserfahrung der Beteiligten und damit deren Belehrungsbedürftigkeit sowie über den Umfang und die Verständlichkeit der erteilten Belehrung zu. Der Antragsgegner sieht den Sinn der Berichtspflicht darin, sich vorweg

einen globalen Eindruck von der Dichte der Beurkundungsabfolge zu verschaffen und dabei die auf die einzelne Urkundsseite entfallende Zeit zu ermitteln. Das Ergebnis soll zur Grundlage für die Entscheidung beitragen, ob in eine Sachaufklärung unter Zuhilfenahme weiterer Aufsichtsmittel, u. a. der Einsicht in die Urkundssammlung, eingetreten werden soll. Dieser Zweck würde indessen bereits durch die turnusmäßige Vorlage der Urkundsrolle als solche – ohne daß hier abschließend über die Voraussetzungen und den zulässigen Umfang einer solchen Maßnahme zu befinden wäre – weitgehend erreicht. Aus ihr ließe sich die Zahl der an einem Urkundstag oder in einem längeren Abschnitt getätigten Geschäfte, deren Gegenstand sowie Name und Wohnort der Beteiligten entnehmen (§§ 7 ff. DONot mit beigefügtem Muster).

Erreichte die Zahl der Geschäfte in einem von der Aufsichtsbehörde für maßgeblich angesehenen Zeitraum eine Höhe, die im Hinblick auf die Erfahrungswerte über die Beurkundungskapazität der Notare zu Bedenken Anlaß gäbe, könnte sich die Behörde durch Nachfrage weitere Aufklärung verschaffen. Diese wäre von der Natur der Sache her zielgerichtet und griffe deshalb in minderschwerer Weise in den Bereich der Eigenverantwortung des Notars ein, als eine vorbeugende Totalkontrolle der Amtstätigkeit. Blieben die Auskünfte unzureichend, wäre das bisher beanstandungsfreie Bild der Amtsführung gestört. Die Behörde könnte nunmehr, ohne gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen, weitergehende Berichtspflichten anordnen. Sieht die Aufsichtsbehörde bei einem Notar, dessen Amtsführung bisher zur Beanstandung keinen Anlaß gegeben hat, dagegen von diesem Weg ab und ordnet sie allein auf der Grundlage der jährlichen Geschäftsübersichten (§ 23 DONot) eine umfassende Berichtspflicht an, hat sie diese zeitlich zu befristen. Ein Beobachtungszeitraum von drei Monaten reicht unter der Voraussetzung, daß das Notariat ordnungsmäßig geführt wird, regelmäßig aus, der Aufsichtsbehörde einen Vorabeindruck davon zu vermitteln, ob sich der wegen der Menge der Urkundsfälle erweckte Zweifel an der genügenden Belehrung der Beteiligten erhärtet hat oder nicht. Mehr ist, wie der Antragsgegner hervorhebt, mit der Berichtspflicht nicht bezweckt. Da der Antragsgegner die Ergänzung der Urkundsrollen sofort und unbefristet angeordnet hat, sind seine Bescheide vom 8. Juni 1993 aufzuheben. In das Ermessen des Antragsgegners einzugreifen und die Befristung selbst anzuordnen, ist dem Senat versagt.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Dickert*, in diesem Heft S. 421–430.

---

37. EVertr Art. 8; BNotO § 15 Abs. 1 S. 2 *(Beschwerdeweg nach § 15 BNotO auch im Beitrittsgebiet gegeben)*

Die in den neuen Bundesländern geltende Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 20.6.1990 (NotVO) enthält keine Bestimmung über den Rechtsweg, der eröffnet ist, um einen Notar zum Tätigwerden zu veranlassen. § 15 BNotO gilt daher auch im Beitrittsgebiet.

OLG Dresden, Beschluß vom 24.1.1995 – 6 W 0911/94 –, mitgeteilt von der Notarkammer Sachsen

Aus den Gründen:

Es ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben.

§ 15 Abs. 1 S. 2 BNotO ist anzuwenden. Die durch § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO geschaffene Möglichkeit der Anrufung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit muß für alle Arten notarieller Amtsverweigerung, für die nicht besondere Rechtsschutzmöglichkeiten gesetzlich geschaffen sind, als der richtige „Rechtsweg" für denjenigen angesehen werden, der den Notar mit Hilfe der Gerichte zu einer Amtshandlung zwingen lassen will. Die Fassung dieser Vorschrift nötigt nicht zu einer restriktiven Auslegung (vgl. BGHZ 76, 9 [14] [= DNotZ 1980, 496]).

Die Bundesnotarordnung ist gemäß Art. 8 EVertr insoweit auch für die neuen Bundesländer anwendbar. Zwar gilt für die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis gemäß Art. 9 Abs. 2 EVertr i.V. m. Anlage 2, Kapitel III Sachgebiet A, Abschnitt 1 Nr. 2 im Beitrittsgebiet grundsätzlich die Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 20.6.1990 (GBl. d. DDR I S. 475). Dieses Gesetz enthält jedoch keine Regelung über den Rechtsweg, der eröffnet ist, um den Notar gegebenenfalls zum Tätigwerden zu zwingen. Es besteht somit keine vorrangige Regelung für das Beitrittsgebiet, sodaß es beim Grundsatz des Art. 8 EVertr – Geltung von Bundesrecht – bleibt.

Auf die Frage, inwieweit der Anspruch seiner Natur nach öffentlich-rechtlich ist, kommt es demnach nicht an (vgl. BGH, a.a.O).

Steuerrecht

38. EStG §§ 2 Abs. 1, 15 Abs. 1 Nrn. 1 und 2; GewStG § 2 Abs. 1 Satz 2 *(Maßgeblichkeit von Grundstücksverkäufen einer GbR für das Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze eines Gesellschafters)*

Grundstücksverkäufe einer GbR können einem Gesellschafter, der auch eigene Grundstücke veräußert, in der Weise zugerechnet werden, daß unter Einbeziehung dieser Veräußerungen ein gewerblicher Grundstückshandel des Gesellschafters besteht.

BFH, Beschluß vom 3.7.1995 – GrS 1/93 –

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) ist als Architekt freiberuflich tätig. Im Jahre 1979 erwarb er zusammen mit einem anderen je zur Hälfte ein mit 11 Wohnungen, Gewerbehallen und Büroräumen bebautes 6 100 qm großes Grundstück in K, das zunächst vermietet wurde. Im Jahre 1983 wurden die Mietwohnungen in Eigentumswohnungen umgewandelt und in der Folgezeit veräußert (1983 und 1984 jeweils eine Wohnung, 1985 vier Wohnungen, 1987 eine Wohnung, die restlichen Objekte im Jahre 1989).

Im Jahre 1981 erwarb der Kläger ein 4 349 qm großes Grundstück in R, das mit einer ehemaligen Poststation (Wohnungen und Nebengebäude) bebaut war. Der Kläger ließ das Grundstück unter Denkmalschutz stellen. Er teilte das Grundstück in drei Parzellen auf, die in den Jahren 1981, 1982 und 1984 veräußert wurden. Die Teilgrundstücke wurden von den Erwerbern zu einer Gaststätte mit Wohnung, das zweite Objekt zu einer Sauna mit Kosmetikinstitut und Wohnung und das dritte zu einem Einfamilienhaus mit Büroräumen und Garage umgebaut, wobei der Kläger die Architektenleistungen erbrachte.

Nach einer Außenprüfung vertrat der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, der Kläger habe mit dem Ankauf und der Veräußerung der Grundstücke in R einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben.

Diese Auffassung teilt der vorlegende Senat:

Mit der Veräußerung der Grundstücke in R und seines Anteils an der ersten der 11 Eigentumswohnungen in K habe der Kläger die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten. Daher seien alle seine Aktivitäten auf dem Grundstückssektor gewerblich. Jeder Anteil an einer Wohnung in K sei ein Objekt im Sinne der sog. Drei-Objekt-Grenze. Es könne dahingestellt bleiben, ob bezüglich der Grundstücke in K eine GbR oder eine Bruchteilsgemeinschaft i. S. von §§ 747 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bestanden habe. Um eine zutreffende Besteuerung eines Gesellschafters/Gemeinschafters zu gewährleisten, seien alle wirtschaftlich gleichartigen und willensbestimmten eigenen Aktivitäten des Steuerpflichtigen in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen. Dies gelte ohnehin bei der Veräußerung von ideellen Miteigentumsanteilen. In dieser Hinsicht gebe es aber auch keine steuerrechtliche „Abschirmwirkung" durch einen „Grundsatz der Einheit der Personengesellschaft". Ein Durchgriffsverbot beziehe sich in erster Linie auf die Ermittlung der Einkünfte und auf die Feststellung der Einkunftsart. Nach Sachlage dürfte die Grundstücksgesellschaft/-gemeinschaft K gewerblich, nicht lediglich vermögensverwaltend tätig gewesen sein.

Aus den Gründen:

I. Rechtsgrundlage der Steuerbarkeit

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen im Sinne des Einkommensteuergesetzes (EStG) zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Nach dem Beschluß des Großen Senats in BFHE 141, 405, 427, BStBl II 1984, 751 (unter III. 3. b, aa, m.w.N. der Rechtsprechung) ist ein Gewerbebetrieb anzunehmen, wenn eine Tätigkeit („Unternehmen" im funktionellen Sinne) die Voraussetzungen des – im Streitjahr anwendbaren – § 1 der Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung – GewStDV – (s. nunmehr § 2 Abs. 1 GewStG i.V. m. § 15 Abs. 2 EStG) erfüllt und sich die Tätigkeit nach den Umständen des Einzelfalles nicht als private Vermögensverwaltung darstellt. Die Absicht, gewerbliche Gewinne zu erzielen, muß durch eine Tätigkeit verfolgt werden, die nach allgemeiner Auffassung als unternehmerisch gewertet wird (Beschluß des Großen Senats BFHE 106, 84, BStBl II 1972 700, unter II. 2.). Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb einerseits und der nichtsteuerbaren Sphäre sowie anderen Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 Nrn. 1, 3 bis 7 EStG) andererseits ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z. B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (BFH-Urteile BFHE 104, 321, 325, BStBl II 1971, 360; BFHE 108, 190, 193, BStBl II 1973, 260, für den Fall der Erstellung und Veräußerung von Wohngebäuden und Eigentumswohnungen).

II. Zur sog. Drei-Objekt-Grenze

1. Auf der Rechtsgrundlage der § 2 GewStG, § 15 EStG hat sich zum sog. gewerblichen Grundstückshandel eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt.

Hiernach kommt der gewerbliche Grundstückshandel in der Regel erst dadurch zustande, daß der Veräußerer eine Anzahl bestimmter Objekte (Ein- und Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen; im folgenden: Wohneinheiten) zuvor gekauft oder bebaut hat und sie in engem zeitlichen Zusammenhang hiermit veräußert (Urteile BFHE 160, 249, 251, BStBl II 1990, 637; BFHE 165, 498, 501, BStBl II 1992, 143; BFHE 165, 521, 524, BStBl II 1992, 135).

Der VIII. Senat des BFH (BFHE 148, 480, 483, BStBl II 1988, 244) hat entschieden: Je geringer der Umfang von Anschaffungen und Veräußerungen sei, desto weniger sei anzunehmen, daß der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung – Ausnutzung substantieller Vermögenswerte – im Vordergrund stehe. Eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten trage der gebotenen Vereinfachung Rechnung. Der X. Senat des BFH hat ergänzend hervorgehoben, gerade bei der Veräußerung von nur wenigen Objekten fehlten häufig objektive Anhaltspunkte, welche eine zweifelsfreie Beurteilung ermöglichten, daß Grundbesitz „zur Ausnutzung substantieller Vermögenswerte" angeschafft und veräußert werde. Andererseits könne der Steuerpflichtige darauf vertrauen, innerhalb eines genau bestimmten Rahmens mit seiner Tätigkeit in der Regel nicht wegen gewerblichen Grundstückshandels zur Einkommensteuer und zur Gewerbesteuer herangezogen zu werden. Die Rechtsprechung des BFH fördere somit nicht nur die Einfachheit des Gesetzesvollzugs, sondern auch die Rechtssicherheit (z. B. Urteil BFHE 156, 115, 117, BStBl II 1990, 1051; s. ferner BFHE 165, 188, 190, BStBl II 1992, 283).

Andererseits ist die Anschaffung und Veräußerung von mehr als drei Eigentumswohnungen oder Einfamilienhäusern – unter weiteren Voraussetzungen – im Regelfall als gewerblich angesehen worden (BFH-Urteil BFHE 151, 399, 403, BStBl II 1988, 293).

Zur Veräußerung unbebauter Grundstücke hat der IV. Senat unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 8.7.1982 (BFHE 136, 252, 258, BStBl II 1982, 700) darauf hingewiesen, daß der BFH für den Verkauf unbebauten Grundbesitzes keine feste „Drei-Objekt-Grenze" aufgestellt habe (Urteil vom 4.3.1993 BFH/NV 1993, 728).

2. Nach Auffassung des Großen Senats haben die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) für die Beurteilung am Maßstab des § 15 Abs. 1 EStG, wie der vorlegende Senat ausgeführt hat, eine indizielle Bedeutung. Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebes" (oben I.) – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen. Eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung ist im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten angeschafft und veräußert werden. Dabei wird vorausgesetzt, daß diese Rechtsakte nicht bereits zu einem anderweitig bestehenden Gewerbebetrieb gehören. Nur diejenigen Grundstücksgeschäfte sind als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, daß der Schluß auf einen einheitlichen gewerblichen Betätigungswillen möglich ist.

III. ...

IV. Auffassung des Großen Senats

1. Der Große Senat folgt dem vorlegenden Senat darin, daß – ungeachtet einer steuerrechtlich vorrangigen Beurteilung auf der Ebene der Gesellschaft/Gemeinschaft – alle „willens-

bestimmten eigenen Aktivitäten" des Beteiligten am Grundstücksmarkt in dessen Person nach Maßgabe des jeweils einschlägigen Steuertatbestandes (hier: § 2 GewStG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 EStG) zusammenfassend zu beurteilen sind.

In die hiernach gebotene Gesamtbeurteilung sind zum einen diejenigen Aktivitäten des Steuerpflichtigen einzubeziehen, die dieser in Verfolgung eines Gesellschaftszwecks (§ 705 BGB) oder als Gemeinschafter verwirklicht, die aber für sich genommen „in der Einheit der Gesellschaft/Gemeinschaft" wegen ihres – auf dieser Ebene – geringen Umfangs nicht als gewerblich anzusehen sind. Dies kann dazu führen, daß von der Personenmehrheit getätigte und auf dieser Ebene nicht steuerbare Grundstücksgeschäfte zusammen mit einem oder mehreren An- und Verkaufsgeschäften durch den Steuerpflichtigen selbst in seiner Person als gewerblich zu beurteilen sind. Grundstücksgeschäfte einer vermögensverwaltenden Personenmehrheit können mithin auch dann in die steuerrechtliche Gesamtbeurteilung der eigenen Tätigkeit des Steuerpflichtigen einbezogen werden und den Tatbestand der Gewerblichkeit mitbegründen, wenn der steuerpflichtige die Beteiligung nicht in einem Betriebsvermögen hält.

Die steuerrechtliche „Einheit der Personengesellschaft" hat auch keine Abschirmwirkung in dem Sinne, daß sie ausschlösse, einer wegen geringer Objektzahl an sich nicht gewerblichen Tätigkeit in eigener Person des Steuerpflichtigen durch den sachlichen Zusammenhang mit einer mitunternehmerischen Beteiligung an einem gewerblichen Grundstückshandel einen gewerblichen Charakter zu verleihen.

2. Der Beteiligte an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft oder an einem wirtschaftlich vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnis (vgl. BFHE 141, 405, 439, BStBl II 1984, 751, unter V. 3. b bb) erzielt selbst nach näherer Maßgabe des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

a) Die Einkommensteuer ist eine Personensteuer. Natürliche Personen sind einkommensteuerpflichtig (§ 1 EStG), Personengesellschaften als solche dagegen nicht. Der Einkommensteuer unterliegen die in § 2 Abs. 1 EStG bezeichneten Einkünfte, die „der Steuerpflichtige ... erzielt".

Erzielt werden Einkünfte von demjenigen, der einen der Einkünftetatbestände des § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 i.V.m. §§ 13 bis 24 EStG verwirklicht (BFH-Beschluß vom 29.11.1982 GrS 1/81, BFHE 137, 433, BStBl II 1983, 272, unter I. 2. a).

b) Für Einkünfte aus einer Beteiligung an einer Personengesellschaft oder Gemeinschaft gilt folgendes:

aa) Die Personengesellschaft ist zwar nicht Subjekt der Einkommensbesteuerung, aber „insoweit Steuerrechtssubjekt, als sie in der Einheit der Gesellschaft Merkmale eines Besteuerungstatbestandes verwirklicht, welche den Gesellschaftern für deren Besteuerung zuzurechnen sind. Solche Merkmale sind insbesondere die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung des Tatbestands einer bestimmten Einkunftsart und das Erzielen von Gewinn oder Überschuß im Rahmen dieser Einkunftsart" (Beschluß des Großen Senats in BFHE 141, 405, 426, BStBl II 1984, 751, unter III. 3. a; vgl. ferner BFHE 147, 453, 456 f., BStBl II 1987, 212 ; BFHE 150, 124, 126 f., BStBl II 1987, 707; in BFHE 163, 66, 67, BStBl II 1991, 345). Das Ergebnis dieser Tätigkeit wird den Gesellschaftern als Anteil am Gewinn oder Überschuß zugerechnet. Dazu bedarf es keiner Zurechnung der einzelnen Geschäftsvorfälle der Gesellschaft an die Gesellschafter (Beschluß in BFHE 141, 405, 426, BStBl II 1984, 751, unter III. 3. a aa (2); BFHE 175, 109). Die Gesellschaft wird deshalb, soweit sie ein gewerbliches Unternehmen betreibt, als „Subjekt der Gewinnerzielung" bezeichnet. Die Personengesellschaft ist Steuerrechtssubjekt bei der Feststellung der Einkunftsart und der Einkünfteermittlung (BFHE 141, 405, 425, BStBl II 1984, 751; BFHE 144, 432, BStBl II 1986, 10). Sie kann Mitunternehmerin eines Gewerbebetriebs sein (Beschluß des Großen Senats BFHE 163, 1, BStBl II 1991, 691).

Die vorstehenden Rechtsausführungen gelten grundsätzlich auch für Bruchteilsgemeinschaften (BFH-Urteil BFHE 152, 471, 475, BStBl II 1988, 577).

bb) Die Eigenschaft der Personengesellschaften und Gemeinschaften als Steuerrechtssubjekt läßt die Grundentscheidung der §§ 1 und 2 EStG unberührt, daß Subjekte der Einkommensteuer allein die einzelnen Gesellschafter sind. Bei gewerblichen Einkünften i. S. von § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG sind Träger des Gewerbebetriebs einer Personengesellschaft deren Gesellschafter, sofern sie Mitunternehmerrisiko tragen und Mitunternehmerinitiative entfalten können. Weil die Gesellschafter die Mitunternehmer des Betriebes sind, der Betrieb auf ihre Rechnung und Gefahr geführt wird, werden ihnen die Ergebnisse (Gewinn und Verlust) der gemeinschaftlichen Tätigkeit anteilig als originäre Einkünfte zugerechnet (Beschluß des Großen Senats BFHE 171, 246, 258, BStBl II 1993, 616, unter III. 6. a aa).

cc) Auf einer Vorstufe der Einkünfteermittlung ist zu prüfen, welche Gewinne oder Überschüsse die Personengesellschaft/Gemeinschaft erzielt hat und welcher Einkunftsart die gemeinsame Betätigung zuzuordnen ist. In einem weiteren Schritt ist der von der Gesellschaft/Gemeinschaft erwirtschaftete Gewinn/Überschuß auf die Gesellschafter zu verteilen. Dieser Gewinnanteil (Überschußanteil) bildet den Ausgangspunkt für die Ermittlung der Einkünfte des Gesellschafters aus seiner Beteiligung. Einzubeziehen sind dabei auch Einkünfte, die der Gesellschafter außerhalb der Einheit der Gesellschaft, indes im Rahmen der Beteiligung, erzielt hat, wie z. B. bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb die in § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG genannten Vergütungen, Gewinne aus der Veräußerung seines Gesellschaftsanteils (§ 16 EStG) oder ihm gehörender, der Gesellschaft zur Nutzung überlassener Wirtschaftsgüter. Subjekt der Einkünfteerzielung ist auch bei gemeinschaftlich erzielten Gewinnen oder Überschüssen immer der einzelne Gesellschafter.

c) Auch in gewerbesteuerrechtlicher Hinsicht sind bei der gewerblichen Personengesellschaft im Regelfall die Gesellschafter die Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs (Beschluß des Großen Senats in BFHE 171, 246, 260 ff., BStBl II 1993, 616, unter III. 6. b). In sachlicher Übereinstimmung der mit einkommensteuerrechtlichen Regelung und der Rechtsgrundverweisung auf § 2 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 2 (oben 2.) bestimmt § 5 Abs. 1 Satz 1 GewStG, daß der Unternehmer – nicht der Betrieb – Schuldner der Gewerbesteuer ist. Die gewerbesteuerrechtliche (Mit-)Unternehmerstellung der Gesellschafter wird durch die Regelung über die Steuerschuldnerschaft von Personengesellschaften in § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG (in der für die Streitjahre geltenden Fassung durch das Einführungsgesetz zur Abgabenordnung – EGAO 1977 –) nicht berührt (BFHE 171, 246, BStBl II 1993, 616, unter III. 7.).

3. Im Interesse einer sachlich zutreffenden Besteuerung des Gesellschafters/Gemeinschafters sind alle ihm zuzurechnenden Tätigkeiten auf dem Gebiet des Grundstückshandels in eine Gesamtwürdigung am Maßstab des § 2 GewStG, § 2 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 EStG einzubeziehen.

a) Wirtschaftliche Aktivitäten, die der Steuerpflichtige in seiner Person tätigt, die aber als solche die im Steuertatbe-

stand vorausgesetzte Nachhaltigkeit nicht erreichen, können in einer Gesamtschau mit einer mitunternehmerischen Betätigung als gewerblich bewertet werden. In gleicher Weise können solche gemeinschaftlich verwirklichten Aktivitäten, die auf der Ebene der Gesellschaft/Gemeinschaft (noch) nicht gewerblicher Art sind, und hiermit sachlich zusammenhängende Tätigkeiten des Steuerpflichtigen selbst – auch solche im Rahmen einer anderen vermögensverwaltenden Gesellschaft – in seiner Person insgesamt als gewerblich eingestuft werden.

b) Der auf dem Gedanken der Einheit der Gesellschaft/Gemeinschaft beruhende Rechtsgrundsatz, daß dem Gesellschafter nicht die einzelnen von der Gesellschaft verwirklichten Geschäftsvorfälle, sondern lediglich das Ergebnis der gemeinschaftlichen Tätigkeit (Gewinn oder Überschuß) anteilig zuzurechnen ist (oben IV. 2. b aa), schließt es nicht aus, diese Geschäftsvorfälle unter bestimmten Voraussetzungen bei der Besteuerung des Gesellschafters/Gemeinschafters zu berücksichtigen. Für die Besteuerung der gemeinschaftlich erzielten Einkünfte bei diesem hat es nur im Regelfall sein Bewenden damit, daß das bei der Gesellschaft/Gemeinschaft ermittelte Ergebnis dem einzelnen Beteiligten für dessen Besteuerung zugewiesen wird.

Der Grundsatz der Einheit der Personengesellschaft muß jedoch gegenüber dem Gedanken der Vielheit der Gesellschaft zurücktreten, wenn andernfalls eine sachlich zutreffende Besteuerung des Gesellschafters nicht möglich wäre. Der Große Senat ist in seinem Beschluß in BFHE 141, 405, 429, BStBl II 1984, 751 (unter III. 3. b bb (3)) davon ausgegangen, daß der Grundsatz der „Einheit der Gesellschaft" keine uneingeschränkte Geltung haben kann. Er hat deshalb für die betriebliche Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (sog. Zebragesellschaft) ausgesprochen, „eine sachgerechte Besteuerung von Veräußerungsgewinnen" des Gesellschafters sei deswegen möglich, weil dieser vermittels seines Geschäftsanteils anteilig an den Wirtschaftsgütern der Gesellschaft beteiligt sei und diese bei ihm Betriebsvermögen seien. Dieser vom Großen Senat exemplarisch erwähnte „Durchgriff" auf einzelne in der „Einheit der Gesellschaft" verwirklichte Sachverhaltsmerkmale ist stets notwendig, wenn nur so die sachlich richtige Besteuerung des Beteiligten einer Personengesellschaft oder einer steuerrechtlich gleichwertigen Rechtsgemeinschaft sichergestellt werden kann. In Anwendung dieses Grundsatzes hat die Rechtsprechung die Frage einer Gewinn-/Überschußerzielungsabsicht auch auf der Ebene des einzelnen Gesellschafters geprüft (BFH-Beschluß BFH/NV 1990, 26, m.w.N. der Rechtsprechung).

c) Ist auf der Ebene der Gesellschaft/Gemeinschaft der Ausschnitt der Gesamtaktivität, der die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt, steuerrechtlich nicht von Bedeutung, ist dieser beim Beteiligten selbst in die steuerrechtliche Beurteilung am Maßstab des für diesen jeweils in Betracht kommenden Steuertatbestandes einzubeziehen. In Anbetracht der Grundsätze über die subjektive Anknüpfung des Steuertatbestandes (oben IV. 2.) macht es für die Beurteilung des gewerblichen Unternehmens „Grundstückshandel" keinen Unterschied, ob die unter Beteiligung Dritter abgewickelten Grundstücksgeschäfte auf der Gesellschafts-/Gemeinschaftsebene gewerblich oder lediglich vermögensverwaltend sind. Die eigene Tätigkeit des Beteiligten, soweit sie für die subjektive Anknüpfung des Steuertatbestandes maßgebend ist, ist in beiden Fällen steuerrechtlich gleichwertig. Der Gesellschafter darf nicht unterschiedlich besteuert werden je nachdem, ob An- und Verkäufe statt von der Gesellschaft von ihm selbst getätigt werden.

d) Einer Zusammenschau aller dem Steuerpflichtigen zuzurechnenden Aktivitäten auf dem Grundstücksmarkt bedarf es auch dann, wenn dieser an mehreren grundstücksverwaltenden Personengesellschaften/Gemeinschaften beteiligt ist.

e) Die vorstehenden Ausführungen schließen nicht aus, daß der Mitunternehmer einer gewerblich tätigen Grundstücksgesellschaft – ebenso wie ein Einzelunternehmer – in eigener Person Grundstücke privat verwalten kann. Insoweit kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an.

4. Allerdings gehören Grundstücksgeschäfte nicht zu einem Grundstückshandel des Steuerpflichtigen, wenn eine zu einem anderen Zweck gegründete und diesen Zweck verfolgende Gesellschaft im Rahmen ihres gewöhnlichen Geschäftsbetriebes aus spezifisch betriebsbezogenen Gründen Grundstücke veräußert. Denn die persönliche Zurechnung von Einkünften aus Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG) und – sachlich übereinstimmend – des Gewerbeertrages (§ 2 GewStG) setzt voraus, daß der Steuerpflichtige selbst nach dem Gesamtbild unter Einbeziehung der „Tätigkeit der Gesellschaft" (§ 15 Abs. 3 EStG) gewerblich tätig ist. Hierfür ist es erforderlich, daß die Anschaffung bzw. die Bebauung durch die Personenmehrheit (in zumindest bedingter) Veräußerungsabsicht und die Veräußerung der entsprechenden Objekte einen sachlichen Bezug zu den von der Rechtsprechung entwickelten tatbestandlichen Voraussetzungen des „gewerblichen Grundstückshandels" haben. Dies ist ohne weiteres anzunehmen, wenn das Handeln mit Grundstücken durch den – ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten – Gesellschaftszweck gedeckt ist. In dieser Hinsicht ist der vorstehend unter IV. 3. wiedergegebenen Auffassung des Bundesministeriums der Finanzen mit der Maßgabe zuzustimmen, daß ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Ankauf bzw. Bebauung und Veräußerung die tatsächliche Vermutung eines entsprechenden Gesellschaftszwecks begründet. Ein Beteiligter kann somit nicht zum „Grundstückshändler wider Willen" werden. Ist aber der Zweck der Gesellschaft auf den Handel mit Grundstücken gerichtet, kann sich der Gesellschafter nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe eine Mehrheitsentscheidung der übrigen Gesellschafter nicht mitgetragen. Der Gesellschafter disponiert über die Erbringung von Leistungen auch durch die Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip. Daher hat der – einvernehmlich festgelegte – Zweck der Gesellschaft (§ 705 BGB) Bedeutung für die Frage, ob die Anschaffung und/oder die Bebauung von Grundstücken und ihre Veräußerung zum gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft gehören (vgl. § 164 des Handelsgesetzbuches; hierzu BFH-Urteil BFH/NV 1988, 154, 156).

V. Der Große Senat beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie folgt:

Grundstücksverkäufe einer GbR können einem Gesellschafter, der auch eigene Grundstücke veräußert, in der Weise zugerechnet werden, daß unter Einbeziehung dieser Veräußerungen ein gewerblicher Grundstückshandel des Gesellschafters besteht.

39. KStG § 8 Abs. 3 Satz 2 *(Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung bei Verstoß gegen Wettbewerbsverbot nur unter bestimmten Voraussetzungen)*

1. **§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist keine geeignete Rechtsgrundlage, um die von einem Gesellschafter für eigene Rechnung ausgeübte Tätigkeit nur deshalb der eigenen GmbH zuzurechnen, weil sie auch unter deren Unternehmensgegenstand fällt (Änderung der Rechtsprechung).**
2. **Der Alleingesellschafter einer GmbH unterliegt solange keinem gesetzlichen Wettbewerbsverbot, als er der GmbH kein Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals benötigt wird (Anschluß an BGH-Rechtsprechung und Aufgabe der BFH-Urteile vom 28. Juni 1989 I R 89/85, BFHE 157, 408, BStBl II 1989, 854; vom 26. April 1989 I R 172/87, BFHE 157, 138, BStBl II 1989, 673; vom 12. April 1989 I R 142-143/85, BFHE 156, 484, BStBl II 1989, 636).**
3. **Das Erfordernis einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung ist ein steuerliches Kriterium, das nicht zur Beurteilung der Existenz zivilrechtlicher Ansprüche herangezogen werden kann.**
4. **Das Wettbewerbsverbot eines Gesellschafter-Geschäftsführers hindert denselben nicht, Grundstücke zu verkaufen, die er im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erwirbt.**
5. **Die Annahme einer vGA i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG wegen Verstoßes des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen ein Wettbewerbsverbot setzt voraus, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer Informationen oder Geschäftschancen der Kapitalgesellschaft nutzt, für deren Überlassung ein fremder Dritter ein Entgelt gezahlt hätte.**

BFH, Urteil vom 30. August 1995 – I R 155/94 –

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist eine GmbH, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer in den Streitjahren 1986, 1987 und 1989 K war. Satzungsgegenstand der Klägerin war damals der Abschluß von Grundstücksgeschäften, der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken, die Durchführung von Bauvorhaben und die Maklertätigkeit. Es bestand ein Geschäftsführervertrag mit K, demzufolge K seine ganze Arbeitskraft, seine Erfahrungen und Kenntnisse in den Dienst der Klägerin zu stellen hatte. Es war ein Wettbewerbsverbot für K vereinbart. Bei einem Verstoß gegen dasselbe sollte K 3 000 DM monatlich zahlen. Änderungen des Geschäftsführervertrages bedurften der Schriftform. Nach Angaben der Klägerin wurde das Wettbewerbsverbot durch Beschluß vom 28. Dezember 1985 aufgehoben. Durch Beschluß vom Januar 1986 sei eine Änderung des Geschäftsführervertrages herbeigeführt worden.

K erhielt ab Beginn des Geschäftsjahres 1986 kein Geschäftsführergehalt mehr, weil er nach eigenen Angaben am 28. Dezember 1985 beschlossen hatte, die Klägerin abzuwickeln und nach dem 1. Januar 1986 keine neuen Geschäfte mehr zu tätigen. Der Abwicklungsbeschluß wurde jedoch weder nach außen hin bekannt noch in irgendeiner Weise durchgeführt.

K hatte von seiner Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge am 12. September 1985 das Eigentum an dem Grundstück in S, Y-Straße 1 erworben. Er stellte am 5. November 1985 den Bauantrag zum Neubau eines Supermarktes auf dem Grundstück. Das Bauvorhaben wurde am 19. Dezember 1985 genehmigt und im Oktober 1986 fertiggestellt. Bereits am 18. Juli 1986 verkaufte K das Grundstück an die F-GmbH in X, nachdem er schon am 5. November 1985 einen Mietvertrag über den zu errichtenden Supermarkt mit einem Großhandelsunternehmen abgeschlossen hatte. Die F-GmbH trat in diesen Mietvertrag ein.

Das Finanzamt nahm einen Verstoß gegen das im Geschäftsführervertrag niedergelegte Wettbewerbsverbot an und sah in dem geschilderten Sachverhalt eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) der Klägerin an K. Den von der Klägerin vorgelegten Gesellschafterbeschluß vom 28. Dezember 1985 erkannte das Finanzamt nicht als wirksame Befreiung vom Wettbewerbsverbot an. Es erließ entsprechende Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuermeßbescheide 1986 und 1987 und einen Vorauszahlungsbescheid für Körperschaftsteuer 1989.

Die Einsprüche und die Klage blieben erfolglos. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Unter einer vGA i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in einem Zusammenhang zu einer offenen Ausschüttung steht (vgl. BFH, BStBl II 1994, 479). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (vgl. BFH, BStBl III 1967, 626). Ist allerdings der begünstigte Gesellschafter ein beherrschender, so kann eine vGA auch dann anzunehmen sein, wenn die Kapitalgesellschaft eine Leistung an ihn erbringt, für die es an einer klaren, im voraus getroffenen, zivilrechtlich wirksamen und tatsächlich durchgeführten Vereinbarung fehlt (vgl. BFH, BStBl II 1990, 795). Schließlich kann die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis auch darin begründet sein, daß das zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Gesellschafter abgeschlossene Rechtsgeschäft zwar für die Kapitalgesellschaft günstig ist, jedoch aus Gründen des Fremdvergleichs zu dem Schluß zwingt, daß es von Anfang an nicht ernstlich gewollt war (vgl. BFH, BStBl II 1984, 673; BStBl II 1985, 69; BFH/NV 1987, 398; BStBl II 1993, 311; BStBl II 1993, 455; BStBl II 1994, 952).

2. Das FG ist im Grundsatz zutreffend davon ausgegangen, daß der Gewinn aus der Veräußerung des Grundstücks in S von K und nicht von der Klägerin erzielt wurde. Das Grundstück wurde von K im eigenen Namen und für eigene Rechnung erworben, bebaut und verkauft. K übte die dem Veräußerungsgewinn zugrundeliegende Tätigkeit selbst und für eigene Rechnung aus. Er erzielte deshalb den Veräußerungsgewinn im steuerlichen Sinne. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist keine geeignete Rechtsgrundlage, um die von einem Gesellschafter im eigenen Namen und für eigene Rechnung ausgeübte Tätigkeit nur deshalb der eigenen GmbH zuzurechnen, weil sie auch unter deren Unternehmensgegenstand fällt. Soweit den BFH-Urteilen in BStBl III 1966, 123, BStBl II 1971, 68, BStBl II 1971, 352, BStBl II 1981, 448, BStBl II 1984, 487 etwas anderes zu entnehmen ist, hält der Senat an der damals vertretenen Rechtsauffassung nicht länger fest.

3. Das FG hat einen zivilrechtlichen Anspruch der Klägerin gegen K auf Vorteilsherausgabe und/oder Schadensersatz in Höhe von 917 760 DM bejaht und in dem "Verzicht" auf seine Geltendmachung eine vGA i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG gesehen. Die tatsächlichen Feststellungen des FG tragen jedoch dessen Rechtsauffassung nicht. Insoweit ist

zwischen der zivilrechtlichen Beurteilung eines Anspruchs auf Vorteilsherausgabe und/oder auf Schadensersatz und der steuerrechtlichen Annahme einer vGA zu unterscheiden.

a) Die Annahme eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe und/oder auf Schadensersatz der Klägerin wegen eines Verstoßes ihres Alleingesellschafters gegen ein Wettbewerbsverbot setzt die Existenz eines solchen voraus. Das FG hat die Existenz eines solchen Wettbewerbsverbotes sowohl aus den allgemeinen Treuepflichten eines Alleingesellschafter-Geschäftsführers als auch aus § 5 des Geschäftsführervertrages abgeleitet. Diese Auffassung ist zumindest insoweit fehlerhaft, als nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH solange keinem Wettbewerbsverbot unterliegt, als er der GmbH Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird (vgl BGHZ 122, 333. Insoweit hält der Senat an seiner teilweise anders lautenden Rechtsprechung nicht länger fest (vgl. BFH BStBl II 1989, 854; BStBl II 1989, 673; BStBl II 1989, 636). Ob etwas anderes gilt, wenn der Alleingesellschafter – wie im Streitfall – mit seiner GmbH ein Wettbewerbsverbot vertraglich vereinbart, kann dahinstehen. Auch dann ist die umfassende Dispositionsbefugnis des Alleingesellschafters zu beachten, die es ihm erlaubt, das vertraglich vereinbarte Wettbewerbsverbot aufzuheben (vgl. *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 197; *Fleck*, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht – ZHR – 149, 387 ff., 407, 417). Das FG hat den diesbezüglichen Gesellschafterbeschlüssen vom Januar 1985 und vom 28. Dezember 1985 keine Bedeutung beigemessen, weil es an einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung fehle. Dem ist nicht zu folgen. Das Erfordernis einer klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung ergibt sich nur aus der Rechtsprechung des BFH zur vGA gegenüber einem beherrschenden Gesellschafter. Es handelt sich um ein rein steuerliches Kriterium, das nicht zur Beurteilung der Existenz zivilrechtlicher Ansprüche herangezogen werden kann.

b) *Angesichts der Besonderheiten des Streitfalls* teilt der Senat auch nicht die Rechtsauffassung des FG, daß jede Betätigung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers im Bereich des Unternehmensgegenstandes seiner GmbH einen Verstoß gegen ein *vertraglich* vereinbartes Wettbewerbsverbot darstellt. Die Annahme eines Verstoßes gegen ein (hier unterstelltes) Wettbewerbsverbot setzt voraus, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer entweder seine Treuepflichten als Gesellschafter oder seine Verhaltenspflichten als Geschäftsführer verletzt. Dies ist z.B. bei einer eigennützigen Einflußnahme auf die Kapitalgesellschaft oder bei einer Verwertung von Informationen denkbar, die aufgrund der Gesellschafterstellung erlangt wurden. Ebenso kann der Gesellschafter-Geschäftsführer Geschäftschancen, die der Kapitalgesellschaft gebühren, als Eigengeschäft wahrnehmen oder Kenntnisse der Kapitalgesellschaft über geschäftliche Möglichkeiten tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art an sich ziehen und für eigene Rechnung nutzen (vgl. *Scholz/Schneider*, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 43 Rdnr. 144).

Die tatsächlichen Feststellungen des FG ergeben keinen derartigen Verstoß gegen ein (unterstelltes) Wettbewerbsverbot. Dasselbe verbot dem K nicht, das Grundstück in S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich von seiner Mutter zu erwerben. In dem Erwerb kann weder eine Einflußnahme auf die Geschäftsführung der Klägerin noch eine *Verwertung von Geschäftschancen der Klägerin* gesehen werden. Die Klägerin hatte nicht die Chance, das Grundstück in S von der Mutter des K im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu erwerben. Das (wiederum unterstellte) Wettbewerbsverbot konnte den K auch nicht daran hindern, sein Grundstück wirtschaftlich bestmöglichst zu verwerten. Er durfte es deshalb als solches verkaufen oder aber – wie geschehen – bebauen und anschließend verkaufen. Er durfte dabei nur nicht besondere Informationen oder Geschäftschancen der Klägerin für sich selbst nutzen (z.B. der Klägerin Kaufinteressenten abwerben). Diesbezügliche Feststellungen tatsächlicher Art hat das FG jedoch bisher nicht getroffen. Selbst wenn K bestimmte Informationen der Klägerin für sich genutzt hätte, stünde der Klägerin deshalb kein Anspruch auf die Herausgabe des gesamten Veräußerungsgewinns zu. Ein etwaiger zivilrechtlicher Anspruch wäre der Höhe nach auf den Betrag zu begrenzen, den ein fremder Dritter für die Überlassung der Information als Entgelt bezahlt hätte bzw. in dessen Höhe auf seiten der Klägerin ein Schaden eingetreten ist.

c) Sollte die Existenz eines zivilrechtlichen Anspruchs auf Vorteilsherausgabe und/oder Schadensersatz zu verneinen sein, so würde dies noch nicht die Annahme einer vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ausschließen. Eine solche setzt jedoch wiederum voraus, daß K bei der Bebauung und Veräußerung seines eigenen Grundstücks Informationen oder Geschäftschancen der Klägerin nutzte, für deren Überlassung ein fremder Dritter ein Entgelt gezahlt haben würde. Auch insoweit fehlt es an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen des FG.

Anmerkung:

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: für die Praxis der Notare und Steuerberater (vor allem für letztere) besteht kein Anlaß zu Euphorie. Die Entscheidung zeigt, daß nur die Lektüre von Leitsätzen oftmals in die Irre führt. Der BFH hat die erste Gelegenheit einer Entscheidung zum Wettbewerbsverbot nach langjähriger Pause und einer Flut von Literatur dazu genutzt, gegenüber dem Zivilrecht Fronten zu begradigen. Auf dem Gebiet eigenständiger steuerlicher Begriffsbildung ist er unbeirrt auf dem Vormarsch.

Der Fall selbst eignete sich kaum für eine Grundsatzentscheidung. Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer Bauträger-GmbH erhielt von seiner Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Grundstück geschenkt, bebaute und veräußerte dieses. Allenfalls interessant an diesem Fall war nur, daß der Geschäftsführer einem gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot unterlag und unklar war, ob dieses steuerlich wirksam aufgehoben wurde. Unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt kann dieser Fall eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) bei der GmbH sein. Wer ererbtes Vermögen verwertet, begeht weder eine Wettbewerbshandlung noch nimmt er fremde Geschäftschancen wahr. Die GmbH hatte nie eine Chance, Erbe bzw. Beschenkte zu werden. Erstaunlich an diesem Fall ist in erster Linie, daß die Finanzverwaltung derartiges durch die Instanzen treibt.

Gerade die ausführliche Begründung des BFH stimmt daher nachdenklich. Was das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot angeht, führt der BFH seine Rechtsprechung wieder zum Zivilrecht zurück. Dies gilt vor allem für die mögliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot, die trotz § 48 Abs. 3 GmbHG jedenfalls bei der „Einmann-GmbH" keiner „klaren und von vornherein abgeschlossenen Vereinbarung" bedarf.

Umso eindeutiger sind die Ausführungen des BFH zur Geschäftschancenlehre. Der BFH hat schon während und erst recht nach den vier Wettbewerbsentscheidungen den Begriff der vGA eigenständig definiert. Auf der Grundlage dieser Definition, die vor allem das Senatsmitglied *Wassermeyer*[1] dogmatisch abgesichert hat, zieht er nunmehr der willkürlichen Zuweisung von Geschäften unter verschiedenen Rechtsträgern deutlichere Grenzen. Eine vGA kann bereits in der Nutzung „besonderer Informationen" liegen[2]. Die Finanzverwaltung hat nunmehr mit der börsenrechtlichen Insider-Problematik[3] zu tun. Das FG hat nunmehr zu prüfen, ob der Geschäftsführer bei der Verwertung know-how der GmbH genutzt hat, für das die GmbH von Dritten ein Entgelt hätte verlangen können.

Damit sind weitreichende Entwicklungen eingeleitet. Der GmbH-Geschäftsführer muß beim Verlassen seines Büros offenbar sein gesamtes Wissen und seinen Instinkt aus dem Gedächtnis löschen oder der Gesellschaft Lizenzgebühren zahlen. Es könnte ja sein, daß er den Wirtschaftsteil seiner Tageszeitung mit mehr Verstand liest als Lieschen Müller und hierdurch auch noch Gewinne bei seiner privaten Vermögensverwaltung erzielt. In Höhe der fiktiven Lizenzgebühr wäre dies eine vGA der GmbH. Diese Kommerzialisierung erworbener Berufserfahrung ist nicht unbedenklich. Es steht zu hoffen, daß dies in der Praxis der Finanzverwaltung nicht so heiß gegessen wie vom BFH gekocht wird.

Für den Notar ergibt sich bei der Formulierung von GmbH-Gesellschaftsverträgen unabhängig von der Anzahl der Gesellschafter:

1. Wie bisher ist größte Sorgfalt bei der Fassung des Unternehmensgegenstands geboten. Der Grundsatz lautet hier: so eng wie möglich.
2. Aktuelle und potentielle Wettbewerbssituationen bleiben auch bei der Einmann-GmbH zivilrechtlich bedeutsam und gehören daher zur gebotenen Sachverhaltsaufklärung. Auch hier sind Formularbausteine allenfalls Merkposten. Insbesondere wenn ein Gesellschafter aktuell mit der künftigen GmbH in Wettbewerb tritt, bedarf es nicht nur einer Befreiung, sondern u.U. auch einer Berücksichtigung dieser Tatsache im Unternehmensgegenstand.
3. Zwar ist die spätere Befreiung vom Wettbewerbsverbot erleichtert. Keine Aussage hat der BFH jedoch dazu getroffen, wie die GmbH eine Geschäftschance steuerneutral preisgibt. Hier besteht die Gefahr, daß die Finanzverwaltung aufgrund der ex-post-Beurteilung des Geschäfts übersieht, daß die ex-ante-Beurteilung durch GmbH-Gesellschafter zu einem anderen Ergebnis gekommen sein kann. Die Entscheidung der GmbH-Gesellschafter, ein Geschäft aus sachlichen kaufmännischen Gründen nicht durch die GmbH wahrzunehmen, sondern diese Risiken einem wagemutigeren Gesellschafter/Geschäftsführer zu überlassen, sollte steuerlich auch dann respektiert werden, wenn das Geschäft ein Erfolg wird.

Notar a.D. *Dr. Oliver Vossius*, München

[1] StVj 1993, 209 ff., bes. 219 f.; GmbH-Rdsch 1993, 329 ff., 693.

[2] Zustimmend *Gosch*, DStR 1995, 1863/1864.

[3] Hierzu §§ 12 ff. WertpapierhandelsG vom 26.7.1994, BGBl. I, S. 1749.

Öffentliches Recht

40. BSHG § 90 *(Überleitung eines Leibrentenanspruchs auf den Sozialhilfeträger auch hinsichtlich Wertsicherung möglich)*

Hat der Träger der Sozialhilfe einen vertraglichen Leibrentenanspruch nach § 90 BSHG auf sich übergeleitet, dann steht ihm auch die dem Berechtigten im Leibrentenvertrag eingeräumte Befugnis zu, im Falle einer Steigerung des Lebenshaltungskostenindexes eine Erhöhung der Rentenzahlungen zu verlangen.

BGH, Urt. v. 22.6.1995 – III ZR 18/95 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand

Der klagende Kreis zahlt seit 1986 für die Schwester des Beklagten Heimkosten nach dem Bundessozialhilfegesetz. Er hat Altenteilsansprüche der Schwester gegen den Beklagten auf sich übergeleitet, die sich aus einem notariellen Vertrag vom 10. Juli 1972 ergeben, durch den der Beklagte seiner Schwester ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht bestellt und eine Geldrente versprochen hat. Der Kläger verlangt mit der Klage die – nach Maßgabe des notariellen Vertrages entsprechend der Steigerung des Lebenshaltungskostenindexes erhöhte – Geldrente sowie anstelle des Wohnrechts eine weitere Geldrente. Das Landgericht hat der Klage weitgehend stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die zugelassenen Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Für die Überleitung der streitbefangenen Ansprüche gilt ausschließlich § 90 BSHG und nicht § 91 BSHG. Diese Ansprüche sind keine Unterhaltsansprüche i. S. des § 91 BSHG, weil sie unabhängig von der Bedürftigkeit der Berechtigten und der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten bestehen (vgl. BVerwGE 82, 319 [322]).

2. Das Recht, eine Erhöhung der Leibrente zu verlangen, ist mit dem Rentenanspruch auf den Kläger übergegangen. Das wird von der Revision ohne Erfolg in Frage gestellt.

§ 90 BSHG dient der Durchsetzung des Nachrangs der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 BSHG), indem er dem Träger der Sozialhilfe ein rechtliches Instrumentarium zur Verfügung stellt, das ihn in die Lage setzt, durch Eintritt in die Gläubigerposition den vom Gesetz gewollten Vorrang der Verpflichtungen anderer, die dem Hilfeempfänger die erforderliche Hilfe hätten gewähren können, nachträglich wiederherzustellen (BVerwGE 85, 136 [137]).

Die Überleitung eines Anspruchs nach § 90 Abs. 1 BSHG wirkt wie eine Abtretung. Die Rechtsnatur des Anspruchs bleibt unverändert. Er unterliegt der nämlichen rechtlichen Beurteilung wie ohne die Überleitung, soweit das Gesetz keine besonderen Regelungen trifft (BGH, BGHR BSHG § 90 Abs. 1 Vergangenheit 1 = BGHR BSHG § 91 Abs. 2 Einjahresgrenze 1).

Wie bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen bewirkt die Überleitung bei einem Leibrentenanspruch allerdings nicht den Übergang des Stammrechts selbst (vgl. BVerwGE 34, 219 [225]). Das schließt jedoch nicht den Übergang von Nebenrechten aus, die sich nicht auf das Rechtsverhältnis als ganzes, sondern auf die einzelnen Leistungspflichten beziehen. Die Rechtsstellung des Zessionars als des (neuen) Forderungsgläubigers (§ 398 Satz 2 BGB) umfaßt das Recht, den Schuldner mit allen gesetzlichen Mitteln zur vertragsgemäßen Leistung anzuhalten. Hierzu gehört zum Beispiel die Befugnis,

den Schuldner zur Leistung aufzufordern, ihn zu mahnen und auf Leistung zu verklagen sowie ihm unter Ablehnungsandrohung eine Nachfrist zu setzen (vgl. BGH WM 1985, 1106 [1107]). Für die Befugnis, ein vertraglich vorgesehenes Erhöhungsverlangen zu stellen, kann nichts anderes gelten.

Die gebotene Rücksichtnahme auf persönliche Beziehungen der Vertragspartner des Leibrentenversprechens steht einem Übergang des Rechts, entsprechend gestiegenen Lebenshaltungskosten eine Erhöhung der Rente zu verlangen, nicht entgegen. Der Sozialhilfeempfänger, der öffentliche Unterstützung in Anspruch nimmt, ist verpflichtet, seine eigenen Einkunftsmöglichkeiten auszunutzen. Er könnte bei der Bemessung seines Hilfebedarfs auf die Leibrente und auch auf die Möglichkeit, ihre Erhöhung zu verlangen, verwiesen werden, soweit die ihm danach zustehende Rente ausreicht, diese Bedürfnisse zu befriedigen. Durch die Möglichkeit, daß der Sozialhilfeträger zunächst Hilfe leistet und die dem Empfänger zustehenden Erwerbsmöglichkeiten – einschließlich einer vertraglich begründeten Erhöhungsmöglichkeit – auf sich überleitet, wird in die persönlichen Beziehungen der Vertragspartner nicht stärker eingegriffen.

...

2. Die Altenteilsberechtigte hatte das Recht, die Erhöhung zu verlangen, nicht durch Nichtausübung verloren.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Altenteilsberechtigte ihr Recht, eine Erhöhung der Geldrente zu verlangen, „seit der Bestellung des Altenteils im Jahr 1972 möglicherweise aus Rücksicht auf die engen finanziellen Verhältnisse des Beklagten und auf seine Aufwendungen für die Reparaturen der Wohnung nie ausgeübt" habe; dies habe aber nicht zum Verlust oder zur Verwirkung dieses Rechts geführt, weil der Beklagte aus dem Umstand, daß die Altenteilsberechtigte, solange sie noch in ihrer Wohnung lebte, sich mit 100 DM im Monat begnügte, nicht habe entnehmen können, daß sie bei größerer Bedürftigkeit, insbesondere infolge einer Notwendigkeit von Heimpflege, nicht eines Tages gezwungen sein würde, die ihr zustehenden Rechte voll auszunutzen. Diese Beurteilung wird von der Revision als tatrichterliche Würdigung hingenommen und läßt Rechtsfehler auch nicht erkennen.

3. (...)

4. Das Berufungsgericht nimmt an, daß das vertragliche Wohnrecht der Schwester des Beklagten sich mit der Aufnahme in ein Heim nach § 10 des Schleswig-Holsteinischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (AGBGB) vom 27. September 1974 (GVBl S. 357) in einen Zahlungsanspruch umgewandelt hat. Die Bejahung eines solchen Anspruchs läßt revisionsrechtlich erhebliche Fehler nicht erkennen. Die Anwendung des § 10 AGBGB ist der revisionsgerichtlichen Nachprüfung grundsätzlich entzogen (§ 549 Abs. 1 ZPO); dies wird auch von der Revision nicht verkannt. Eine Verletzung von Bundesrecht in diesem Zusammenhang ist nicht ersichtlich.

1. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluß an MittBayNot 1993, 327)

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Nach der Bekanntmachung der Bayerische Landesbrandversicherung Aktiengesellschaft vom 6.10.1995, mitgeteilt vom Bayerischen Staatsministerium der Justiz am 18.10.1995, gelten für die Versicherung bei der Bayerischen Landesbrand-Versicherungsgesellschaft ab 1.10.1995 folgende Richtzahlen:

für Gebäude und Kircheneinrichtungen	25,1,
für Betriebseinrichtungen – unverändert –	14,0.

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und durch die Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, bei der Bewertung von Grundbesitz die Vorschläge der Prüfungsabteilung der Notarkasse, niedergelegt in der Abhandlung „Bewertung von Grundbesitz nach § 19 KostO" in MittBayNot 1976, 115 zu beachten. Die Bewertungsgrundsätze gelten auch für die Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Grundbesitz, soweit nicht die Sondervorschrift des § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden ist.

Die künftig anzuwendende Tabelle zur Berechnung des Wertes von Gebäuden wurde erstellt für Wohn- und Wirtschaftsgebäude mit einer Lebensdauer von 100, 80, 60, 50 und 20 Jahren. In die Tabelle sind die neue Richtzahl (Teuerungszahl), 25,1 sowie der allgemeine Abschlag von 20% entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG eingearbeitet. Die vierte Dezimalstelle wurde in der Tabelle durch Erhöhung der dritten Dezimalstelle dann mitberücksichtigt, wenn die vierte Dezimalstelle 5 oder höher lag. Lag sie darunter, blieb die vierte Dezimalstelle unberücksichtigt.

Der nach Abzug der Wertminderung wegen Alters verbleibende Gebäuderestwert soll regelmäßig 30% des Herstellungswertes nicht unterschreiten (BayObLG JurBüro 1984, 903; MittBayNot 1988, 92).

Besondere Verhältnisse, z. B. umfangreiche Instandsetzungs-, Umbau- oder Modernisierungsarbeiten an einem Gebäude, erhöhen den Wert des Gebäudes und beeinflussen die restliche Lebensdauer des Gebäudes. In diesen Fällen kann die technische Wertminderung wegen Alters durch eine entsprechend verlängerte Restlebensdauer des Gebäudes berücksichtigt werden (entsprechend WertR 76 Tz 3.5.2.3.). Wesentliche Baumängel und Bauschäden können wertmindernd berücksichtigt werden.

Die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, bei der Ermittlung des Wertes von Gebäuden künftig die neue Tabelle anzuwenden.

Tabelle

zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes

Stand: 1.10.1995 — Richtzahl (Teuerungszahl): 25,1

Allgemeiner Abschlag (Sicherheitsabschlag): 20%

Technische Wertminderung: Abschlag je nach Alter des Gebäudes

A Wohngebäude und Verwaltungsbauten
Lebensdauer: 100 Jahre

B Hallen- und Industriebauten, Massiv- oder Stahlausführung
Lebensdauer: 80 Jahre

C Wirtschafts- und Stallgebäude von landwirtschaftlichen Anwesen
Lebensdauer: 60 Jahre

D Hallen- und Industriebauten in Holz oder gleichwertiger Ausführung
Lebensdauer: 50 Jahre

E Baracken auf Fundamenten
Lebensdauer: 20 Jahre

Alter des Gebäudes in Jahren	A 100	B 80	C 60	D 50	E 20
1	19,980	19,960	19,919	19,879	19,558
2	19,879	19,819	19,739	19,658	18,976
3	19,779	19,698	19,558	19,437	18,353
4	19,658	19,558	19,357	19,217	17,670
5	19,558	19,417	19,176	18,976	16,948
6	19,437	19,277	18,976	18,735	16,164
7	19,337	19,116	18,775	18,474	15,341
8	19,217	18,976	18,554	18,213	14,458
9	19,096	18,815	18,353	17,952	13,534
10	18,976	18,674	18,132	17,670	12,550
11	18,855	18,514	17,911	17,389	11,526
12	18,735	18,353	17,670	17,088	10,442
13	18,614	18,192	17,429	16,787	9,317
14	18,474	18,012	17,188	16,486	8,132
15	18,353	17,851	16,948	16,164	6,908
16	18,213	17,670	16,686	15,843	und darüber
17	18,092	17,490	16,425	15,502	6,024
18	17,952	17,309	16,164	15,160	
19	17,811	17,128	15,903	14,819	
20	17,670	16,948	15,622	14,458	
21	17,530	16,747	15,341	14,096	
22	17,389	16,566	15,040	13,715	
23	17,249	16,365	14,759	13,333	
24	17,088	16,164	14,458	12,952	
25	16,948	15,964	14,156	12,550	
26	16,787	15,763	13,835	12,148	
27	16,646	15,542	13,534	11,727	
28	16,486	15,341	13,213	11,305	
29	16,325	15,120	12,891	10,883	
30	16,164	14,899	12,550	10,442	
31	16,004	14,678	12,209	10,000	
32	15,843	14,458	11,867	9,538	
33	15,682	14,237	11,526	9,076	
34	15,502	13,996	11,164	8,614	
35	15,341	13,775	10,803	8,132	
36	15,160	13,534	10,442	7,650	
37	15,000	13,293	10,080	7,148	
38	14,819	13,052	9,699	6,646	
39	14,638	12,791	9,317	6,144	
40	14,458	12,550	8,916	und darüber	
41	14,277	12,289	8,534	6,024	
42	14,096	12,048	8,132		
43	13,915	11,787	7,731		
44	13,715	11,526	7,309		
45	13,534	11,265	6,908		
46	13,333	10,984	6,486		
47	13,152	10,723	6,064		
48	12,952	10,442	und darüber		
49	12,751	10,160	6,024		
50	12,550	9,879			
51	12,349	9,598			
52	12,148	9,317			
53	11,948	9,016			
54	11,727	8,735			
55	11,526	8,434			
56	11,305	8,132			
57	11,104	7,831			
58	10,883	7,530			
59	10,662	7,209			
60	10,442	6,908			
61	10,221	6,586			
62	10,000	6,265			
63	9,779	und darüber			
64	9,538	6,024			
65	9,317				
66	9,076				
67	8,855				
68	8,614				
69	8,373				
70	8,132				
71	7,891				
72	7,650				
73	7,410				
74	7,148				
75	6,908				
76	6,646				
77	6,406				
78	6,144				
79	und darüber 6,024				

2. Merkblatt des Bundesministeriums der Justiz Referat I B 4b vom 12.12.1994

Grundbuchfragen zur Postreform

I. Anlaß

Am 1. Januar 1995 tritt das Postneuordnungsgesetz (PTNeuOG) vom 14. September 1994 (BGBl. I S. 2325) in Kraft. Das bedeutet:

(1) Das bisherige Postvermögen geht insgesamt auf die drei Postunternehmen (Postdienst, Postbank, Telekom) über, die gleichzeitig AGen werden, Art. 3 § 2 PTNeuOG.

(2) Neben diesen drei AGen werden noch drei juristische Personen des öffentlichen Rechts entstehen, und zwar die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation, Art. 1 § 1 PTNeuOG, die Unfallkasse Post und Telekommunikation, Art. 2 § 1 PTNeuOG, und die Museumsstiftung Post und Telekommunikation, Art. 1 § 1 PTNeuOG.

(3) Anders als die drei AGen erhalten die drei juristischen Personen des öffentlichen Rechts die für ihre Aufgaben benötigten Gegenstände des Postvermögens *nicht* unmittelbar kraft Gesetzes, sondern erst durch eine Entscheidung des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation (BMPT).

II. Grundbuchvollzug bei den AGen

Die Grundbücher der zum Postvermögen gehörenden Grundstücke werden mit dem 1. Januar 1995 unrichtig. Zur Berichtigung ist in Art. 3 §§ 12 und 14 PTNeuOG folgendes Verfahren vorgesehen:

(1) Grundsatz: Liegenschaftserklärungsverfahren (Art. 3 § 12 PTNeuOG)

Die Berichtigung der Grundbücher zugunsten der drei AGen erfolgt im Verfahren der bestätigten Liegenschaftserklärung. Dieses ist in Art. 3 § 12 PTNeuOG geregelt und läuft in folgenden Schritten ab:

1. Schritt: Jedes Unternehmen teilt in einer schriftlichen Erklärung mit, daß ein grundbuchmäßig zu bezeichnendes Grundstück oder dingliches Recht ihm zugefallen ist.

2. Schritt: Die Erklärung des Unternehmens wird durch einen Beauftragten des BMPT bestätigt. Dieser kann Beamter des Ministeriums sein, muß es aber nicht. Mit der Aufgabe könnte auch z.B. die Bundesanstalt für Post und Telekommunikation beauftragt werden. Entscheidend: Die Verwendung des Bundessiegels mit der Bezeichnung des BMPT oder einer Postbehörde (z.B. Bundesanstalt).

3. Schritt: Der Beauftragte oder die Unterbehörde ersucht das Grundbuchamt um Berichtigung entsprechend der bestätigten Liegenschaftserklärung.

(2) Ausnahme: Zuordnung nach VZOG (Art. 3 § 14 PTNeuOG

In den neuen Bundesländern gibt es nach Art. 3 § 14 PTNeuOG drei Ausnahmen:

1. Ausnahme: Vorbehalt des OFD-Präsidenten

In den neuen Ländern darf die Liegenschaftserklärung nur erteilt werden, wenn

a) zuvor die örtliche OFD beteiligt worden *und*
b) eine Wartefrist von 4 Wochen verstrichen ist.

Innerhalb dieser Frist kann die OFD einen Vorbehalt einlegen, wenn bei ihr ein Zuordnungsverfahren anhängig ist.

Folge:

a) Der Vorbehalt ist in die Liegenschaftserklärung aufzunehmen (Art. 3 § 14 Abs. 2 PTNeuOG).
b) Das Grundbuchamt trägt einen Widerspruch ein.
c) Der Widerspruch wird nach erfolgter Zuordnung durch den OFD-Präsidenten bei Vollzug dessen Ersuchens nach §§ 17, 3 VZOG wieder gelöscht.

2. Ausnahme: Vorabmitteilung durch Kommune oder Wohnungsgenossenschaft

Teilt eine Kommune oder eine Wohnungsgenossenschaft dem BMPT oder einer der AGen mit, daß sie einen neuen Zuordnungsantrag beabsichtigt, darf die Liegenschaftserklärung zwar abgegeben, aber das Ersuchen nicht gestellt werden.

Wird ein Ersuchen trotzdem gestellt, so ist es jedoch zu vollziehen.

3. Ausnahme: Umzuordnung, Restitution

In den neuen Ländern kann das auf Grund der bestätigten Liegenschaftserklärung berichtigte Grundbuch nachträglich außerhalb des Grundbuchs noch unrichtig werden, und zwar, wenn

a) durch Zuordnungsbescheid ein Restitutionsanspruch beschieden wird, Art. 3 § 12 Abs. 3 Satz 3 PTNeuOG,

oder

b) nachträglich die Zuordnung durch Zuordnungsbescheid geändert wird,

oder

c) nachträglich ein Zuweisungsbescheid ergeht, Art. 3 § 13 Abs. 1 PTNeuOG.

III. Zuordnung bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Die neuen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erhalten kein Vermögen kraft Gesetzes. Sie erhalten Vermögen auch nicht durch einen Zuordnungsbescheid, sondern bundeseinheitlich durch einen *Zuweisungsbescheid* des BMPT (oder einer von ihm beauftragten Stelle) nach Art. 3 § 13 PTNeuOG. Der Zuweisungsbescheid wird grundbuchlich genauso behandelt wie ein Zuordnungsbescheid.

Das heißt: Die Übertragung erfolgt außerhalb des Grundbuchs durch diesen Bescheid. Das Grundbuch wird nach Art. 3 § 13 Abs. 3 Satz 1 PTNeuOG auf Ersuchen des BMPT oder der von ihm beauftragten Stelle berichtigt.

Wie der Zuordnungsbescheid mit einem Zuordnungsplan kann auch der Zuweisungsbescheid mit einem Zuweisungsplan versehen werden. Grundstücke können also

ohne Vermessung und

ohne Teilungsgenehmigung usw.

durch Bescheid geteilt werden.

Die Anforderungen an die Karte sind in §§ 1, 11 der Sonderungsplanverordnung vom 2. Dezember 1994 (BGBl. I S. 3701) geregelt.

3. Antragsberechtigung für die Erstellung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung

mitgeteilt von Notar *Dr. Schmidt*, Rotthalmünster

Das Bayerische Staatsministerium des Innern hat folgendes Schreiben vom 25.9.1995 an die nachgeordneten Behörden gerichtet:

Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.74 (AVA – MABl S. 554)

Aus Notarkreisen wurde mitgeteilt, daß Bauaufsichtsbehörden bei Anträgen auf Abgeschlossenheitsbescheinigung vereinzelt nur Eigentümer und Erbbauberechtigte für antragsberechtigt halten. Sie stützen sich dabei auf den Wortlaut der Nr. 1 der AVA. Für Erwerber, insbesondere von Grundstücksteilflächen, deren Eintragung im Grundbuch sich schon wegen der erforderlichen Vermessung hinzieht, können dadurch für ihre weitere Planung und Verfügung erhebliche Probleme entstehen. Eine an der formalen Stellung als Eigentümer oder Erbbauberechtigter orientierte Antragsbefugnis ist in der Sache aber nicht notwendig, weil die Bescheinigung nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG nicht personen-, sondern sachbezogen ist. sie stellt auch keinen Verwaltungsakt dar und entfaltet daher für die Grundbuchämter keine Bindungswirkung.

In Übereinstimmung mit dem Justizministerium, das beim Bundesministerium der Justiz auch noch ausdrücklich um eine Änderung der Nr. 1 AVA gebeten hat, bitten wir künftig wie folgt zu verfahren (vgl. auch Nr. 1 AVA letzter Halbsatz):

Die Bescheinigung darüber, daß eine Wohnung oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume in sich abgeschlossen sind, §§ 3 Abs. 2, 32 Abs. 1 WEG, wird auf Antrag erteilt. Es ist nicht notwendig, daß der Antragsteller Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigter ist; ein irgendwie geartetes rechtliches Interesse an der Bescheinigung genügt.

4. Grunderwerbsteuer: Grundstücksgeschäfte mit ausländischen Briefkastengesellschaften

– Aufhebung des FMS vom 9.5.1994 –

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 5.10.1995 – 37 S 4600 – 5/48 – 59 119

Nach dem Beschluß des BFH vom 12.06.1995 II S 9/95, BStBl 1995 II S. 605, dient die Grundbuchsperre nach § 22 Abs. 1 GrEStG allein der Sicherung des Eingangs der Grunderwerbsteuer. Die Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 Abs. 1 GrEStG ist daher zu erteilen, wenn die Grunderwerbsteuer entrichtet oder sichergestellt ist. Es obliegt allein dem Grundbuchamt, die Wirksamkeit der von den Beteiligten erklärten Auflassung als Voraussetzung für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu prüfen.

Das FMS vom 9. Mai 1994 wird daher im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder ersatzlos aufgehoben.

Ich bitte, in allen offenen Fällen die Grunderwerbsteuer festzusetzen und die Unbedenklichkeitsbescheinigungen zu erteilen.

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a.D. Dr. Carl-Heinz Reichert, Straubing, gest. 27.8.1995

Notar a.D. Dr. Albert Auernhammer, Nürnberg, gest. 2.10.1995

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.1996:

Notar Dr. Franz Suyter, Augsburg
Notar Dr. Helmut Schreitter, Ansbach

Mit Wirkung vom 1.4.1996:

Notar Prof. Dr. Helmut Schippel, München

Entlassung aus dem Amt auf Verlangen:

Mit Wirkung vom 1.10.1995:

Notar Dr. Wolfram Waldner, Stadtsteinach

3. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung vom 1.12.1995:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Beck)	dem Notar Dr. Wolfram Eckhardt (bisher in Fürth)
Kirchheimbolanden	dem Notar Werner Landau (bisher in Dahn)

Mit Wirkung vom 1.1.1996:

Frankenthal (in Sozietät mit Notar Barth)	dem Notar Klaus-Peter Seiberth (bisher in Frankenthal in Sozietät mit Notar Scheerer)
Garmisch-Partenkirchen	dem Notar Dr. Gunther Friedrich (bisher in Bad Kissingen)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.1995:

Hubert Krebs, Ansbach (Notarstellen Dr. Karl/Dr. Anderle)

Michael Grötsch, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/ Schmidl)

Dr. Martin Böhmer, Coburg (Notarstellen Dannecker/ Dr. Heil)

Mit Wirkung vom 1.12.1995:

Klaus Engelhardt, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Dr. Stefan Kurz, Zwiesel (Notarstelle Dr. Mayer)

Mit Wirkung vom 1.1 1996

Thomas Engel, Lindau (Notarstelle Kluy)

Mit Wirkung vom 1.2.1996:

Huwendiek Ferdinand, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger)

Mit Wirkung vom 1.3.1996:

Sieghörtner Robert, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Peter Schubert, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann), ab 1.10.1995 in Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friedrich)

Notarassessor Christian Hertel, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 1.11.1995 in Würzburg (Deutsches Notarinstitut)

Notarassessor Alexander Karl, Wolfratshausen (Notarstellen Dr. Reithmann/Dr. Adler), ab 1.11.1995 in Augsburg (Notarstelle Hille)

Notarassessorin Ursula Wilfart, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker), ab 13.11.1995 in München (Notarstellen Dr. Stummer/ Dr. Schalkhaußer)

Notarassessor Joachim Barth, Ebersberg (Notarstelle Stühler), ab 1.12.1995 in München (Notarstellen Graf zu Castell/Singer)

Notarassessor Hans-Joachim Vollrath, Zwiesel (Notarstelle Dr. Mayer), ab 1.1.1996 in München (Notarstellen Kader/Höfling)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i.N. Sebastian Linz, Bamberg (Notarstellen Hilmann/Höfer), ab 1.8.1995 im Ruhestand

Amtsrätin i.N. Gudrun Polifka, München (Notarstellen von Oefele/Dr. Rosenbauer), ab 1.8.1995 im Ruhestand

Amtmännin i.N. Rosemarie Paul, Friedberg (Notarstellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil), ab 1.9.1995 im Ruhestand

Notariatsrat i.N. Helmut Ackermann, Speyer (Notar stellen Dr. Ball/Kaempfe), ab 1.10.1995 im Ruhestand

Oberamtsrat i.N. Karl Brattinger, Memmingen (Notarstelle Dr. Herrmann/Kassner), ab 1.10.1995 im Ruhestand