

Mitteilungen

des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 2

MittBayNot

März/April 1992

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

Überlassungen und Übergaben im Lichte des Sozialrechts

von Notarassessor *Dr. Hans-Frieder Krauß*, München

Inhaltsübersicht

<p>A. Die Grundbesitzübertragung als auslösendes Moment für den Erhalt oder Wegfall von Sozialleistungen 79</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Bezug des Altersgeldes für Landwirte 79</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Beendigung des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes 80</p> <p>B. Nichtigkeit oder Rückabwicklung von Grundbesitzübertragungen bei Sozialleistungsbedürftigkeit des Veräußerers .. 80</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB 80</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Rückforderung bei späterer Verarmung des Schenkers 81</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 528 BGB 82</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Inhalt des Rückforderungsanspruchs 82</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Ausschlußtatbestände 82</p> <p style="padding-left: 40px;">4. Überleitung durch den Sozialleistungsträger 82</p> <p>C. Auswirkungen der Übertragung bzw. vereinbarter Gegenleistungen auf den Umfang sozialrechtlicher Ansprüche .. 83</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Vermögens- und einkommensunabhängige Ansprüche .. 83</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Vermögensabhängige Sozialleistungsansprüche 83</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Betroffene Sozialleistungen 83</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Bundessozialhilfeleistungen 83</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Kriegsoferfürsorge 84</p> <p style="padding-left: 60px;">c) Arbeitslosenhilfe 84</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Einfluß der Übertragung bzw. vereinbarter Gegenleistungen auf vermögensabhängige Ansprüche ... 84</p> <p style="padding-left: 60px;">a) anknüpfend an den Vermögensverlust 84</p> <p style="padding-left: 60px;">b) anknüpfend an den Vermögenswert der Gegenleistungen 84</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Einkommensabhängige, nicht pflegefallspezifische Sozialleistungsansprüche 85</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Keine Kürzung, da Einkommensbegriff nicht auch vertragliche Versorgungsansprüche umfaßt 85</p> <p style="padding-left: 60px;">a) Arbeitslosengeld 85</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Witwen-/Witwerrenten gem. §§ 46, 48 SGB VI .. 85</p> <p style="padding-left: 60px;">c) Leistungen nach dem KVLG 1989 86</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Kürzung aufgrund Einkommensanrechnung der Gegenleistungen 86</p> <p style="padding-left: 60px;">a) gesetzliche Krankenversicherung 86</p> <p style="padding-left: 60px;">b) Arbeitslosenhilfe 86</p> <p style="padding-left: 60px;">c) Ausgleichsrenten § 32 BVG 87</p> <p style="padding-left: 60px;">d) Berufsschadensausgleichsrenten § 30 BVG 87</p> <p style="padding-left: 60px;">e) Hinterbliebenenrenten § 38 ff. BVG 87</p> <p style="padding-left: 60px;">f) Hilfe zum Lebensunterhalt gemäß BSHG und § 27 a BVG 87</p>	<p>IV. Sonderproblem: Einfluß vertraglicher Gegenleistungen, insbesondere freier Wart und Pflege, auf pflegefallspezifische Sozialleistungsansprüche 88</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Steuerrechtliche Vergünstigungen 88</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Vergünstigungen in der gesetzlichen Rentenversicherung 89</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherungen für Schwerpflegebedürftige 89</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Leistungen im Rahmen der staatlichen Beihilfe ... 90</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Private Pflegeversicherungen/Entwürfe einer gesetzlichen Pflegeversicherung 90</p> <p style="padding-left: 20px;">6. Häusliche Krankenpflege als Kassenleistung 91</p> <p style="padding-left: 20px;">7. Pflegezulage § 35 BVG 91</p> <p style="padding-left: 20px;">8. Hilfe zur Pflege gemäß §§ 68, 69 BSHG 91</p> <p style="padding-left: 40px;">a) Sozialhilfeleistungen bei häuslicher Pflege und ihre Wechselwirkung mit vertraglichen Versorgungsansprüchen 92</p> <p style="padding-left: 40px;">b) Sozialhilfeansprüche für Pflegebedürftige bei Heimunterbringung und ihre Wechselwirkung mit vertraglichen Überlassungsgegenleistungen ... 94</p> <p>D. Übersicht zu den übertragungsunabhängigen Ausgleichsansprüchen des Sozialleistungsträgers 95</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Überleitung zivilrechtlicher Unterhaltsansprüche (z. B. § 91 BSHG) 96</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Selbständige Erbenhaftung (§ 92 c BSHG) 96</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Rückforderungsrechte nach allgemeinem Sozialverwaltungsrecht 97</p> <p>E. Vertragliche Regelungsmöglichkeiten im Konfliktbereich zum Sozialleistungsrecht 97</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Gestaltungsrahmen 97</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Gestaltungsüberlegungen im Hinblick auf §§ 138, 528 BGB 98</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Gestaltungsüberlegungen hinsichtlich der „Gegenleistungen“ des Erwerbers 98</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Genaue Festlegung des Umfangs der geschuldeten Leistung 99</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Vermeidung von Leistungserhöhungen bei auswärtiger Unterbringung des Veräußerers 100</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Wegfall von Leistungen in sozialleistungsverdächtigem Kontext? 100</p> <p style="padding-left: 40px;">4. Regelungen im Verhältnis zu weichenden Geschwistern 101</p> <p style="padding-left: 40px;">5. Regelungen zur Ausübung des Sozialleistungsbezugs 101</p>
--	---

Jeder Notar wird in der täglichen Beratungs- und Beurkundungspraxis mit Fragen nach den sozialrechtlichen Konsequenzen von Grundbesitzübertragungen und den dabei häufig vereinbarten Versorgungsansprüchen konfrontiert. Der *Veräußerer*, durch warnende Hinweise und Beispiele sensibilisiert, begehrt Auskunft, ob durch die Übertragung oder dabei eingeräumte Gegenleistungen bereits gewährte oder zu erwartende Sozialleistungen wegfallen oder gekürzt werden. Der *Erwerber* befürchtet, daß die Übertragung möglicherweise für den Fall künftiger Sozialleistungsbedürftigkeit des Veräußerers keinen Bestand (mehr) haben könnte, oder daß sich die zu dessen Gunsten vereinbarten Natural- oder Geldzuwendungen als „Einfallstore“ für eine Inanspruchnahme des Erwerbers durch den Sozialleistungsträger erweisen könnten. Die genannten Risiken werden insbesondere bedeutsam bei nicht beitragserteilten¹ Sozialleistungen, die gegenüber privater Bedarfsdeckung nachrangig sind, etwa der Sozialhilfe. So können z. B. vertragliche Versorgungsansprüche zu einer Leistungsminderung führen, da der Veräußerer „die erforderliche Hilfe bereits von anderen, besonders von Angehörigen, erhält“ (§ 2 Abs. 1 BSHG, vgl. auch § 9 Abs. 1 SGB I). *Geschwister* des Erwerbers schließlich gehen vor allem bei Übertragung des wesentlichen elterlichen Grundvermögens gegen Übernahme von Versorgungspflichten im traditionellen Umfang (z. B. im Rahmen der landwirtschaftlichen Übergabe) davon aus, zumindest finanziell der Verantwortung für das Wohlergehen der Eltern enthoben zu sein, und wünschen vom Notar eine Bestätigung dieser Erwartung. Für diesen Personenkreis geht es also primär um das allgemeine Rangverhältnis zwischen bürgerlichrechtlicher Unterhaltsverpflichtung und öffentlichrechtlicher Sozialleistung.

Obwohl es sich bei den sozialrechtlichen Konsequenzen von Grundbesitzübertragungen regelmäßig um mittelbare wirtschaftliche und rechtliche Folgen des zu beurkundenden Vertrages handelt, die vom Pflichtumfang notarieller Belehrung gem. § 17 BeurkG nicht umfaßt werden², können Fälle auftreten, in denen der Notar gehalten ist, im Rahmen seiner von der Rechtsprechung entwickelten sogenannten erweiterten Belehrungspflicht³ in Betreuungs- und Vertrauensverhältnissen die Beteiligten vor ihnen nicht evidenten, drohenden Schäden zu bewahren. Doch auch außerhalb des haftungsrechtlich relevanten Bereichs steht es dem Notar gut an, zumindest mögliche Kollisionsbereiche mit Sozialleistungsansprüchen zu erkennen und aufzuzeigen, sobald der mitgeteilte oder aufgeklärte Sachverhalt hierzu näher Anlaß bietet. Aus der Sicht des Kautelarjuristen verschränken sich dabei Sozialrecht und vertragliche Regelung in reizvoller, jedoch zugleich komplizierter und nicht immer verläßlich prognostizierbarer Wechselwirkung: einerseits können Übertragungen oder dabei vereinbarte Versorgungsansprüche Auswirkungen auf Bestand oder Höhe der Sozialleistung haben, andererseits erwachsen aus sozialrechtlichen Wertungen Grenzen für den Gestaltungswillen der Parteien und damit die notarielle Beurkundungstätigkeit, indem der Über-

tragung selbst oder Nachrangvereinbarungen im Rahmen der „Gegenleistungen“ die (sozial-)rechtliche Anerkennung versagt wird. Die Aufmerksamkeit des Notars ist daher sowohl bei der Erforschung und begleitenden Konkretisierung des Parteiwillens als auch bei der Formulierung von Vereinbarungsvorschlägen in erhöhtem Maße gefordert.

Wenn auch die dabei einschlägigen Normen und zahlreiche Rechtsfragen durch die grundlegende Dissertation des Kollegen Dr. Ernst *Wahl*⁴ erstmals zusammenhängend erörtert und dargestellt wurden, bleibt es für den einzelnen Notar oft schwierig, anhand der in häufig für ihn kaum zugänglichen Zeitschriften⁵ veröffentlichten einschlägigen Rechtsprechung und der regional abweichenden praktischen Handhabung des Sozialleistungsrechtes konkrete Anhaltspunkte für die Beurteilung dieser Wechselwirkung zu gewinnen und den Parteien zu vermitteln. Im folgenden soll daher — aufbauend auf einem vom Verfasser im Rahmen einer Fortbildungsveranstaltung für Assessoren gehaltenen Referat — der Versuch unternommen werden, die wichtigsten Berührungspunkte zwischen Grundbesitzübertragungsvorgängen und Sozialrecht aufzuzeigen. Im Vordergrund stehen dabei Überlassungs- und Übergabeverträge, wobei unter letzteren die lebzeitige Regelung der Nachfolge in landwirtschaftliche Betriebe unter gleichzeitiger Einräumung sogenannter Altenteilsleistungen an den Veräußerer verstanden werden soll. Die dabei typischerweise gewählte Gestaltung — möge sie auch nach örtlichem Herkommen variieren — sowie der übliche Umfang vereinbarter Versorgungsrechte (Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht, Recht auf Verköstigung, freie „Wart und Pflege“, regelmäßige Geldzuwendungen sowie ggf. einmaliger „Abstandsbeitrag“ an den Veräußerer) werden für den Gang der Untersuchung als bekannt und „feststehend“ vorausgesetzt. Auch Abgrenzungsfragen des Leibgedingsrechtes sowie Sonderprobleme im Zusammenhang mit höherrechtlichen Vorschriften bleiben unberücksichtigt.

Nachfolgend werden zunächst die unmittelbarsten Wechselwirkungen zwischen Sozialrecht und Grundbesitzübertragung erörtert: Fälle, in denen die Übertragung selbst Sozialleistungsansprüche auslöst oder beendet (A), oder in denen umgekehrt Sozialleistungsbedürftigkeit auf Wirksamkeit oder Bestand der Grundstücksübertragung „zurückschlägt“ (B). Der Hauptteil (C) befaßt sich mit den „umgekehrten“ Auswirkungen der Übertragung bzw. hierbei üblicherweise vereinbarter, erbrachter Gegenleistungen auf den Umfang staatlicher Sozialleistungen an den Veräußerer. Hierbei wird zu differenzieren sein zwischen Sozialleistungsansprüchen, die vermögens- und einkommensunabhängig sind und daher vom Übertragungssachverhalt nicht tangiert werden (I), sowie solchen, die vermögensabhängig gewährt werden (II) — insoweit kann die Übertragung selbst zur Kürzung oder

¹ Zu den Gestaltungsprinzipien, welche den einzelnen Sozialleistungen zugrundeliegen, vgl. ausführlich *Wahl*, Vertragliche Versorgungsrechte in Übergabeverträgen und sozialrechtliche Ansprüche, S. 30 ff.; *Gitter*, Sozialrecht § 5; *ders.*, DNotZ 84, 601.

² Vgl. *Wahl*, a. a. O., S. 297 f.; *Ott*, Anm. 3 zu Art. 14 BayAGBGB, in: *Sprau* u. a., Justizgesetz in Bayern, München 1988.

³ Vgl. hierzu etwa BGH DNotZ 1954, 330 und DNotZ 1987, 157; *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rz 533 ff. (zu „wirtschaftlichen Gefahren“ insbesondere Rz. 582); *Keidel/Kuntzel/Winkler*, § 17 BeurkG Rdnr. 18.

⁴ Vertragliche Versorgungsrechte in Übergabeverträgen und sozialrechtliche Ansprüche, Diss. jur. Bayreuth 1989, mit Bespr. von *Feller* in MittBayNot 1990, 17. Die weitere zwischenzeitlich erschienene Dissertation von *Millich*, Der Pflegefall des Altenteilers unter besonderer Berücksichtigung des Sozialhilferechtes, Stuttgart 1989 (zugleich Diss. jur. Tübingen 1989) nimmt demgegenüber gerade zu den bislang ungelösten Problemfeldern kaum Stellung.

⁵ Etwa „Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch“ (= ZfSH/SGB); „Zeitschrift für das Fürsorgewesen“ (= ZfF); „Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und soziale Fürsorge“ (= NDV); „Fürsorgerechtliche Entscheidungen der Verwaltungs- und Sozialgerichte“ (= FEVS). Die erwähnten Abkürzungen dieser Publikationen werden in den weiteren Fußnoten zitiert zugrundegelegt.

Rückforderbarkeit der Leistung führen —, und schließlich Sozialleistungsansprüchen, die (auch) einkommensabhängig ausgestaltet sind (III), wo das Hauptaugenmerk also auf die Anrechnung der Gegenleistungen, vor allem im Rahmen von Leibgedingsverträgen, gerichtet sein wird. Eine Sonderstellung nimmt das Schicksal von Sozialleistungsansprüchen ein, die für den häuslichen oder den Heimpflegefall gewährt werden (IV), da sich hier das zusätzliche Problem ihres möglichen Wegfalls aufgrund anderweitiger Bedarfsdeckung (in Gestalt vertraglicher Pflegeversprechen) stellt. Der Vollständigkeit halber sollen ferner übertragungsunabhängige Ausgleichsansprüche des Sozialleistungsträgers (z. B. gegen Geschwister des Erwerbers oder gegen die Erben des Hilfeempfängers) kurz vorgestellt werden (D). Eine zusammenfassende Darstellung der „gegenläufigen“ Wechselwirkung, d. h. der sozialrechtlichen Grenzen für die Kautelarpraxis schließt den Aufsatz ab (E). In diesem Zusammenhang werden auch einige Formulierungsvorschläge zur vertraglichen Regelung des angesprochenen Konfliktfeldes zur Diskussion gestellt.

A. Die Grundbesitzübertragung als auslösendes Moment für den Erhalt oder Wegfall von Sozialleistungen

I. Bezug des Altersgeldes für Landwirte

Nach dem *Gesetz über eine Altershilfe für Landwirte (GAL)*⁶ begründet die dingliche⁷ Abgabe der landwirtschaftlichen Existenzgrundlage einen Anspruch auf Altersgeld, wenn der Übergeber das 65. Lebensjahr vollendet und vor Vollendung seines 60. Lebensjahres mindestens 180 Beitragsmonate nachweisen kann. Die monatlichen Aufwendungen betragen seit 1.1.1992 einheitlich 269,— DM (für mitarbeitende Familienangehörige die Hälfte); die meisten Landwirte erhalten jedoch staatliche Zuschüsse auf diesen Betrag zwischen 58,— und 243,— DM pro Monat (§ 3 c GAL). Das Altersgeld beträgt derzeit für den verheirateten Berechtigten 686,— DM, für den unverheirateten 457,— DM; es erhöht sich für jedes weitere Beitragsjahr (wobei aus altersstrukturpolitischen Gründen allerdings nur Beiträge vor dem 65. Lebensjahr zählen) um weitere 3%. GAL-Altersgeld sowie vorzeitiges Altersgeld (bei Erwerbsunfähigkeit nach mindestens 5 Beitragsjahren) werden als beitragserkaufte, wenn auch staatlich erheblich subventionierte Leistungen, unabhängig von Vermögen oder Einkommen des Beziehers gezahlt; sonstige Versorgungsansprüche des Übergebers bleiben unberührt und sind — wie sich der relativ geringen, standardisierten Höhe des Altersgeldes entnehmen läßt — durchaus erwünscht und vorausgesetzt.

Beratungsbedarf in der notariellen Praxis besteht insoweit vor allem hinsichtlich der bereits wiederholt dargestellten⁸ Problematik des *Rückbehalts* von Grundstücken beim Ver-

äußerer. Sofern dieser Rückbehalt nämlich ein Viertel der Existenzgrundlagengröße des § 1 Abs. 4 GAL überschreitet (oder das abgegebene Restunternehmen die genannte Basisgröße unterschreitet), liegt (noch) keine wirksame Abgabe vor; GAL-Altersgeld wird nicht gewährt (§ 2 Abs. 7 GAL). Die Bezugsgröße wird durch die jeweilige Landwirtschaftliche Alterskasse (welche in Bayern bei den landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts errichtet sind) festgelegt; die genauen Flächengrößen, welche auch nach der Qualität der Böden und den vorgesehenen Kulturen variieren, können von deren Geschäftsführern erfragt werden (der Bundesdurchschnittswert liegt bei etwa 4 ha)⁹. Ferner hat der Notar in der Beratungspraxis darauf hinzuweisen, daß bei erheblichem Rückbehalt die Erteilung der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz gefährdet sein kann (§ 9 Abs. 3 GrdstVG), daß die Ertragswertprivilegien (§§ 2312, 2049, 1376 Abs. 4 BGB) hinsichtlich des zurückbehaltenen Teils mangels Landguteigenschaft entfallen und im übrigen ebenfalls gefährdet sein können, sowie daß die im Verhältnis etwa zu opponierenden Geschwistern wichtige 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB insoweit nicht zu laufen beginnt. Sozialhilferechtlich zählen zurückbehaltene landwirtschaftliche Grundstücke nicht zum Schonvermögen des Veräußerers, da sie nicht für dessen „Erwerbstätigkeit“ unentbehrlich sind (§ 88 Abs. 2 Nr. 4 BSHG). Unliebsame Folgen können auch im Einkommensteuerrecht erwachsen: werden wesentliche Betriebsteile¹⁰ nicht übergeben, ist die Buchwertfortführung durch den Erwerber gefährdet; werden einzelne nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen zählende Grundstücke zurückbehalten, entsteht ein Entnahmegewinn, welcher zudem nicht nach §§ 14, 34 EStG begünstigungsfähig ist. Weitgehend unproblematisch ist lediglich der Rückbehalt von Bauernwaldgrundstücken, da diese fast immer einen eigenen forstwirtschaftlichen Betrieb darstellen¹¹. Den geschilderten gravierenden Nachteilen des Veräußererrückbehalts steht lediglich die mögliche Vermeidung der Rechtsfolgen des § 419 BGB gegenüber.

Auch die *Nießbrauchsbestellung* an Flächen, welche ein Viertel der oben genannte Berechnungsgröße überschreiten, wie überhaupt alle Vereinbarungen, die den Übergeber in die Lage versetzen, bezüglich der betroffenen Flächen in vergleichbarem Umfang wie vor der Übergabe unternehmerisch tätig zu sein¹², lassen die für das GAL-Altersgeld erforderliche „Abgabe des Betriebs“ entfallen. Der Vorbehalt des Nießbrauchs könnte auch insoweit das Anlaufen der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB hindern¹³; die steuerrechtlichen Probleme sind bekannt.

⁹ Vgl. von Maydell, Weiterentwicklung des landwirtschaftlichen Sozialrechtes, 1988, S. 33. Winkler, MittBayNot 1979, 56 referiert Berechnungsweise und Zahlen für die Bezirke Schwaben und Oberbayern.

¹⁰ Dies hat der BFH etwa bei Rückbehalt von 18% der landwirtschaftlichen Fläche angenommen (MittBayNot 1990, 210), jedenfalls bei annähernd gleichwertiger Bonität der übertragenen und zurückbehaltenen Böden. Anders der Sachverhalt in BFHE 143, 559 (12%iger Rückbehalt geringwertigen Weidelandes schadet nicht).

¹¹ Vgl. Spiegelberger in Münchner Vertragshandbuch Bd 4/2, 2. Aufl. 1986, VI.53 Anm. 8; Ochs MittBayNot 1985, 174; Martin MittBayNot 1980, 145; Leingärtner/Zalsch, Die Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirtschaft, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 1665 ff.

¹² Vgl. BSG, SozR 5850 § 41 Nr. 14.

¹³ Vgl. hierzu Wegmann, MittBayNot 1991, 5; Wieser, MittBayNot 1970, 135 ff.; Rolland, DNöZ 1989, Sonderheft, S. 148.

⁶ Vgl. BGBl. 1965 I 1448, mit zahlreichen späteren Änderungen, zuletzt BGBl. 1990 I 2110; zum ganzen eingehend Noell, Die Altershilfe für Landwirte, 10. Aufl.

⁷ Zumindest ist die Erklärung der Auffassung erforderlich (BayLSG MittBayNot 1990, 199 zu einem Sachverhalt, in welchem mangels Bestimmtheit der zu übergebenden Teilfläche die Auffassung noch nicht erklärt werden konnte); die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Steuerrechts ist hier ohne Belang. Die Eintragung im Grundbuch ist aber nach BSG, SozR 5850 § 2 Nr. 1 nicht erforderlich. Auch in einer für mindestens 9 Jahre vereinbarten Verpachtung kann die „prinzipielle Trennung des Landwirtes von den bewirtschafteten Flächen“ liegen, vgl. BSGE 35, 115.

⁸ Vgl. etwa Winkler, MittBayNot 1979, 56; Plagemann, AgrarR 1989, 86; Gitter, DNöZ 1984, 596.

Nicht mit dem GAL-Altersgeld zu verwechseln ist die *Produktionsaufgaberechte* nach dem Gesetz zur Förderung der Einstellung landwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit (FELEG, BGBl. 1989 I 233), welches gerade nicht an die Übergabe einer intakten landwirtschaftlichen Einheit, sondern an die dauerhafte Stilllegung landwirtschaftlicher Flächen anknüpft¹⁴.

II. Beendigung des gesetzlichen Unfallversicherungsschutzes

Eine anspruchsbeendende Funktion kommt der Übertragung insbesondere im Rahmen des Unfallversicherungsschutzes gem. § 539 Abs. 1 Nr. 5 RVO zu. Mit Verlust seiner landwirtschaftlichen Unternehmereigenschaft und damit seiner Mitgliedschaft in der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft sind der Übergeber und sein in häuslicher Gemeinschaft lebender Ehegatte nicht mehr gesetzlich unfallversichert. Der Abschluß privater Unfallversicherungen, den bereits etwa 1/4 der Landwirte getätigt hat, sowie die Regelung der Übernahme der Versicherungsprämie im Rahmen des Leibgedings kann im Einzelfall erwogen werden.

B. Nichtigkeit oder Rückabwicklung von Grundbesitzübertragungen bei Sozialleistungsbedürftigkeit des Veräußerers

I. Sittenwidrigkeit, § 138 BGB

Gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) von Grundbesitzübertragungen sind in keinen Sozialleistungsgesetzen enthalten. Zu prüfen ist jedoch die mögliche Nichtigkeit der Veräußerung und Übereignung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), und zwar insbesondere dann, wenn sich die Vermögens- und Einkommensminderung beim Veräußerer zu Lasten der öffentlichen Hand auswirkt, bei welcher er vermögens- und einkommensabhängige Sozialleistungen (insbesondere Sozialhilfe, Kriegsopferfürsorge nach dem BVG und Arbeitslosenhilfe) beantragt.

Der BGH¹⁵ und ihm folgend die Untergerichte¹⁶ haben in teilweiser Abkehr von der früheren Rechtsprechung, wonach in Betonung des subjektiven Elementes „gewissenloses Handeln, geleitet von der wesentlichen Absicht, die Unterhaltslast auf den Sozialhilfeträger zu überbürden“ gefordert war¹⁷, einen *Verzicht auf nahehelichen Ehegattenunterhalt* als u.U. sittenwidrig beurteilt, auch wenn er nicht auf einer Schädigungsabsicht der Ehegatten gegenüber dem Sozialhilfeträger beruhe. Entscheidend komme es auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung an, welcher der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmen sei. Der so ggf. festzustellende objektiv sittenwidrige Gehalt des Verzichts sei den Ehegatten auch subjektiv zuzurechnen, wenn sie sich bei Vertragsschluß der Bedürftigkeit des Verzichtenden bewußt oder grob fahrlässig nicht bewußt gewesen seien¹⁸. In seiner zweiten, nicht unbestritten geblie-

benen Leitentscheidung zur Frage des Verstoßes gegen § 138 BGB wegen (beabsichtigten) Unterlaufens des Nachrangprinzips hat der BGH¹⁹ ein sogenanntes „*Behindertentestament*“ nicht beanstandet, durch welches der Vater eines behinderten Kindes sein bescheidenes Vermögen so weiterzuleiten versuchte, daß der Sozialhilfeträger wegen seiner Aufwendungen für das Kind nicht auf den Nachlaß (im Regreßwege) zugreifen konnte. Hier könne nicht davon die Rede sein, daß „der Hilfeempfänger eigene Unterhaltsquellen nicht ausgeschöpft oder solche aufgegeben oder verschüttet habe.“ Die Motive der Eltern seien regelmäßig nicht zu beanstanden. Offen bleibt die rechtliche Beurteilung des Sittenverstoßes bei Vorhandensein „beträchtlichen Vermögens“.

Für den hier zu untersuchenden Bereich der Sittenwidrigkeit von *Grundbesitzübertragungen*, welche sich zum Nachteil des Sozialleistungsträgers auswirken, fehlt bisher eine solche höchstrichterliche Klärung. Soweit aus der veröffentlichten Rechtsprechung ersichtlich, haben sich — abgesehen von mehreren obiter dicta — lediglich zwei Untergerichte hiermit auseinandergesetzt: In dem der Entscheidung des *OVG Münster* (NJW 1989, 2834) zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine bereits seit Jahren im Altenheim untergebrachte Bezieherin von Sozialhilfe ihren Grundbesitz, welcher — da nicht mehr von der Hilfeempfängerin bewohnt — nicht zum verwertungsfreien Schonvermögen im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG gehörte, an die Schwiegermutter übertragen gegen Gewährung eines Wohnungsrechtes und häuslicher Pflege. Das Gericht wertete die Übertragung als sittenwidrig, da sie, wie auch die späteren Verheimlichungsversuche zeigten, lediglich vorgenommen worden sei, um den Zugriff des Sozialleistungsträgers auf den Grundbesitz zu vereiteln. Die vereinbarten „Gegenleistungen“ waren angesichts des Gesundheitszustandes der Übergeberin (Hirntumor mit Lähmungserscheinungen aller Gliedmaßen) bloße Scheinvereinbarungen. Der Verstoß gegen die guten Sitten erfasse auch die an sich wertneutrale Auffassung, weil gerade mit dem dinglichen Rechtsvorgang unsittliche Zwecke verfolgt würden. Dem Herausgabe- bzw. Grundbuchberichtigungsanspruch der Übergeberin (§§ 985, 894 BGB, übergeleitet gem. § 90 BSHG auf den Sozialhilfeträger) könne der Rechtsgedanke des § 817 Satz 2 BGB nicht entgegeng gehalten werden.

Das *VG Freiburg*²⁰ hält die während des Bezugs von Sozialhilfe vorgenommene Übertragung geschützten Schonvermögens auf den Enkel der Hilfeempfängerin für sittenwidrig. Das Gericht schließt aus den äußeren Sachverhalts Umständen (z. B. aus der Tatsache, daß die Übergeberin durch die Mutter des Erwerbers aufgrund Generalvollmacht vertreten wurde), der Grundbesitz sei gerade deshalb an den Enkel übertragen worden, um zu vermeiden, daß er bei der Tochter der Übergeberin in den Nachlaß falle. Dieser Nachlaß hätte nämlich gem. § 92 c BSHG (hierzu unten D II) — abgesehen

¹⁴ Vgl. hierzu etwa *Plagemann*, AgrarR 1989, 88. Die Verwaltungszuständigkeiten bezüglich des FELEG sind in Bayern durch Gesetz vom 5. 4. 1990 (GVBl. S. 78) und Verordnung vom 4. 5. 1990 (GVBl. S. 142) geregelt.

¹⁵ BGHZ 86, 82 = MittBayNot 1983, 129; vgl. auch BGH NJW 1987, 1546, 1548.

¹⁶ Vgl. etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1981, 1081; OLG Karlsruhe FamRZ 1982, 1215; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 930.

¹⁷ So etwa LG Ellwangen FamRZ 1955, 108; OLG Düsseldorf FamRZ 1955, 293.

¹⁸ Vgl. hierzu etwa *Karpen* MittRhNotK 1988, 150; *Gitter*, DNotZ 1984, 610.

¹⁹ MittBayNot 1990, 245; vgl. zu diesem Problemkreis auch umfassend *van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233 ff.; *Krampe*, AcP 1991, 526 ff. Das LG Konstanz hat jüngst (FamRZ 1992, 360 m. abl. Anm. *Kuchinke* FamRZ 1992, 363 ff.) allerdings vertreten, die Einsetzung des Bruders des behinderten Kindes zum Nacherben (im BGH-Sachverhalt war eine anerkannte Behindertenorganisation zum Nacherben eingesetzt) verstoße gegen § 138 BGB, da die aus § 92 c BSHG sich ergebende Haftung des Nachlasses dadurch in unvertretbarer Weise vereitelt werde: Der Nacherbe ist nicht Erbe nach dem behinderten Vorerben, sondern nach dem Testator.

²⁰ ZfF 1980, 15/17.

von geringen Freibeträgen — ohne Rücksicht auf die frühere Schonvermögenseigenschaft des Grundbesitzes zur Erstattung der Kosten der Sozialhilfe, die während eines Zeitraums von 10 Jahren vor dem Erbfall aufgewendet worden sind, herangezogen werden können.

Die vom BGH im Rahmen der Beurteilung nahehehlicher Unterhaltsverzichte entwickelten Grundsätze, wonach schon die voraussehbare objektive Benachteiligung des Sozialleistungsträgers genügen kann, ist meines Erachtens auf die hier zu erörternde Frage, ob für den Sozialleistungsträger nachteilige Grundbesitzübertragungen sittenwidrig sein können, nicht übertragbar. Zum einen müssen Belange der Rechtssicherheit bei der Einzelfallüberprüfung dinglicher Übertragungsakte, welche für eine Vielzahl von Drittbeteiligten unmittelbare Auswirkungen zeitigen, eine ungleich größere Rolle spielen als bei dem primär bilateral bedeutsamen Unterhaltsverzicht. Soll etwa bezogenes GAL-Altersgeld zurückzuerstatten sein — mit der Folge erhöhter Bedürftigkeit des Veräußerers — wenn sich im gerichtlichen Verfahren herausstellt, daß eine wirksame dingliche Abgabe des Betriebes wegen § 138 BGB von Anfang an nicht vorlag? Zum zweiten spricht auch die spezialgesetzliche Wertung der Sozialleistungsnormen selbst für große Zurückhaltung bei der Feststellung eines Verstoßes gegen die guten Sitten: §§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29a BSHG (ähnlich § 51 Kriegsopferfürsorgeverordnung — KFÜrsVO — für die ebenfalls streng nachrangigen Leistungen der Kriegsopferfürsorge gem. §§ 25 – 27 i BVG) sehen vor, daß die Sozialleistungen auf das „zum Lebensunterhalt Unerläßliche“ eingeschränkt werden können, sofern der Hilfesuchende sein Vermögen (oder Einkommen) in der Absicht vermindert hat, die Voraussetzungen für den Bezug der Sozialleistung oder deren Erhöhung herbeizuführen. Der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber geht also offensichtlich von der Rechtswirksamkeit selbst vorsätzlich schädigender Rechtsgeschäfte aus, denn andernfalls unterläge das ja weiterhin beim Hilfeempfänger verbliebene Vermögen ohne weiteres dem Zugriff des Sozialleistungsträgers, ohne daß es besonderer Kürzungsvorschriften bedürfte²¹. Schließlich ist zu betonen, daß bei der vertraglichen Gestaltung der lebzeitigen Generationenfolge insbesondere in der Landwirtschaft — zahlreiche anerkanntenswerte Regelungsmotive (Erhaltung des Betriebes, Rechtssicherheit im Verhältnis zu weichenden Geschwistern, Versorgung des Übergebers etc.)²² typischerweise mitbeteiligt sind, welche schon bei der nach BGH anzustellenden objektiven Unwertprüfung anhand der Gemengelage von „Inhalt, Beweggrund und Zweck“ zugunsten der Rechtswirksamkeit der Übertragung berücksichtigt werden müssen. Sittenwidrigkeit kann daher allenfalls in kraß gelagerten Ausnahmefällen vorliegen, insbesondere wenn während des Bezugs oder in fast sicherer Erwartung nachrangiger Sozialleistungen²³ anrechnungspflichtiges Vermögen von gewissem Wert ohne ins Gewicht fallende anderweitige

Veranlassung weitgehend gegenleistungsfrei übertragen wird²⁴. In der Praxis der Sozialleistungsverwaltung wurde — soweit ersichtlich — äußerst selten die Sittenwidrigkeit des Übertragungsaktes eingewendet; auch in Fällen, die dazu wohl Anlaß gegeben hätten²⁵, wird lediglich der übergeleitete Anspruch auf Herausgabe einer Schenkung wegen Verarmung (§ 528 BGB, hierzu unten II) geltend gemacht. Beurkundungsablehnungen oder entsprechende Belehrungsvermerke (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG) durch den Notar werden daher nur in Ausnahmefällen angezeigt sein, in welchen sich das Sittenwidrigkeitsverdikt geradezu aufdrängt.

Liegt ein Verstoß gegen § 138 BGB vor, ist die zu Unrecht gewährte Sozialleistung nach Rücknahme des rechtswidrigen Bewilligungsbescheides (§§ 45 Abs. 2, 50 SGB X) zurückzugewähren bzw. der Hilfeempfänger und sein nicht getrennt lebender Ehegatte werden gem. §§ 28, 29 Satz 2 BSHG zur Erstattung der Aufwendungen des Sozialhilfetragers herangezogen. Diese Verpflichtungen sind vererblich und als Nachlaßverbindlichkeit unter anderem aus dem Grundbesitz zu erfüllen, der sich ja mangels wirksamer Übertragung noch im Nachlaß befindet. In Fällen der Absichtsschädigung kommen ferner Schadensersatzansprüche auch gegen den kollusiv mitwirkenden Erwerber gem. § 826 BGB in Betracht.

II. Rückforderung bei späterer Verarmung des Veräußerers

Wie ausgeführt, spielt der Rückforderungsanspruch wegen späterer Verarmung des Schenkers gem. § 528 BGB in der Praxis jedenfalls des wichtigsten Bereiches nachrangiger Sozialleistung (des BSHG) eine immer bedeutsamere Rolle²⁶. Der etwaige Anspruch gem. § 528 BGB stellt einzusetzendes Vermögen dar, auf dessen vorrangige Verwertung der Hilfeempfänger verwiesen werden kann. Im Weigerungsfall leitet der Sozialleistungsträger den Anspruch gem. § 90 BSHG (bzw. § 27 g BVG, § 140 Abs. 1 AFG für die ebenfalls nachrangigen Kriegsopferfürsorgeleistungen und die Arbeitslosenhilfe) auf sich über und realisiert nachträglich durch dessen Geltendmachung das gesetzliche Subsidiaritätsprinzip.

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 528 BGB

Im Rahmen des § 528 BGB bereitet das Tatbestandsmerkmal der „Schenkungs“ dabei relativ geringe Probleme: Zum einen bedarf es einer Abgrenzung gegenüber sog. „ehebdingten Zuwendungen“²⁷ jedenfalls im Bereich des BSHG nicht, da dort auch das Vermögen der nicht getrenntlebenden Ehefrau in gleichem Umfang wie das Vermögen des Hilfeempfängers selbst herangezogen werden kann. Die Übertragung von Vermögen innerhalb dieser *gesetzlichen Einsatzgemeinschaft*, zu welcher auch der nichteheliche Lebensgefährte (sowie

²⁴ Ähnlich im Ergebnis auch *Wahl*, S. 196 ff.; vgl. zum ganzen auch *Karpen*, MittRhNotK 1988, 142.

²⁵ So etwa der Sachverhalt, welcher der Entscheidung des LG Münster, NJW 1984, 1188 zugrundelag: fünf Wochen vor dem Sozialhilfeantrag wird ein Achtfamilienhaus weitgehend gegenleistungsfrei auf den Sohn übertragen. Auch dort wird lediglich § 528 BGB erörtert.

²⁶ Vgl. hierzu allgemein *Germer*, BWNotZ 1987, 61 ff.; *Karpen*, MittRhNotK 1988, 138 ff.; *Millich* a. a. O. S. 165 ff.; *Plagemann*, AgrarR 1989, 86 ff.

²⁷ Hierzu grundlegend BGHZ 87, 145; *Morhard* NJW 1987, 1734 m. w. N.; BGH MittBayNot 1990, 178; *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen 2. Aufl. 1989, Rdnr. 395 ff.

²¹ Zum Vorstehenden vgl. umfassend *Wahl*, S. 188 ff. Aus den angesprochenen Gründen des Schutzes der Interessen Dritter wird in der neueren Kommentarliteratur auch die sog. relative Unwirksamkeit (lediglich zugunsten des Sozialleistungsträgers) diskutiert (*Gottschick/Giese*, § 90 BSHG Rdnr. 8.3., 9. Aufl. 1985).

²² Vgl. zu den Regelungszielen des Übergabevertrages etwa *Wahl*, S. 22 ff.

²³ In diesem Zusammenhang ist bedeutsam, daß die h. M. (vgl. im einzelnen *Herb*, ZfSH 1990, 67) einen Verzicht auf nahehehlichen Unterhalt nach Zugang einer Rechtswahrungsanzeige des Sozialhilfetragers nicht schon aufgrund dieser Tatsache als sittenwidrig qualifiziert, sondern an den allgemeinen Kriterien mißt.

bei minderjährigen Kindern die Eltern) gehören, ist also ohne Einfluß auf dessen Verwertungspflicht und die Anrechnung hieraus erwirtschafteten Einkommens (§§ 28, 122 BSHG). Zum zweiten ist die Rechtsprechung bisher den Versuchen des Schrifttums, die Überlassung und insbesondere die landwirtschaftliche Übergabe als Vertragstyp sui generis dem Regelungsbereich der §§ 516 ff. zu entziehen²⁸, nicht gefolgt. Auch § 1624 BGB bietet regelmäßig keine ausreichende Handhabe, da die Zuwendung des überwiegenden elterlichen Vermögens an einen Abkömmling das „den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt“, so daß zumindest hinsichtlich des Übermaßes regelmäßig Schenkungsrecht zur Anwendung kommt²⁹. Die noch nicht überzeugend geklärte Frage schließlich, ob und inwieweit Gegenleistungen des Erwerbers, vor allem Leibgedingsleistungen, als Auflagen im Sinne des § 525 BGB anzusehen sind³⁰, so daß der Schenkungscharakter des gesamten Rechtsgeschäftes erhalten bleibt, oder ob sie den Übertragungsakt zur gemischten Schenkung werden lassen, bei welcher nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen wäre, ob der entgeltliche oder unentgeltliche Teil überwiegt, spielt seit dem Urteil des BGH DNotZ 1986, 138 in der Praxis ebenfalls keine Rolle mehr: Soweit der Wert des übertragenen Grundbesitzes — wie regelmäßig — den jeweils aktuellen Unterhaltsbedarf des verarmten Schenkers übersteigt, folgt aus dem Wortlaut des § 528 Abs. 1 („soweit“) und dem Rechtsfolgenverweis auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, daß gem. § 818 Abs. 2 BGB jeweils nur Wertersatz für denjenigen Teil der Schenkung verlangt werden kann, der wertmäßig zur Deckung des Unterhaltsbedarfs zwar ausreichend wäre, dessen Herausgabe aber in Folge der Unteilbarkeit von Grundstücken unmöglich ist.

2. Inhalt des Rückforderungsanspruchs

Der Inhalt des Rückforderungsanspruchs ist also auch bei Grundbesitzübertragungen regelmäßig auf Geldzahlung gerichtet. Gem. §§ 528 Abs. 1, 760, 1613 Abs. 2 BGB haftet der Erwerber für den laufenden Unterhaltsbedarf, welcher gem. § 760 BGB jeweils auf 3 Monate im voraus zu befriedigen ist, sowie für den Sonderbedarf (z. B. außergewöhnlich hohe Aufwendungen wegen Übersiedlung in ein Alters- oder Pflegeheim) des vorangegangenen Jahres, und zwar auch ohne Vorliegen von Verzug oder Rechtshängigkeit. Die Einrede der Entreicherung des Erwerbers ist, solange er nicht verschärft haftet, möglich (§§ 818 Abs. 3, 819 Abs. 1 BGB). Die unentgeltliche Weitergabe des geschenkten Gegenstandes an einen Dritten ist jedoch dem Sozialhilfeträger gegenüber unbeachtlich (§ 822 BGB³¹; in diesem Zusam-

menhang gewinnt die Abgrenzung der Schenkung zur ehebedingten Zuwendung wieder Bedeutung³²).

3. Ausschlußtatbestände

Dem Anspruch stehen die landesrechtlichen Rückabwicklungssperren bei Leibgedingsverträgen (z. B. Art. 17 BayAGBGB) nicht entgegen³³. Gesetzlich normierte *Ausschlußtatbestände* enthalten § 529 Abs. 1 BGB für den Fall, daß der geschenkte Gegenstand mehr als 10 Jahre vor Eintritt der Verarmung geleistet wurde³⁴ oder der Schenker seine Bedürftigkeit zumindest grob fahrlässig herbeigeführt hat. Von zunehmender Bedeutung ist auch § 529 Abs. 2 BGB, wonach der Beschenkte die Gefährdung seines eigenen Unterhaltes oder seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten einwenden kann (etwa wenn er eine gerade noch leistungsfähige „Kümmelerlandwirtschaft“ erhalten hat). Pflicht- oder Anstandsschenkungen gem. § 534 BGB, welche ebenfalls den Rückforderungsanspruch entfallen lassen, sind dagegen angesichts der restriktiven Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa NJW 1986, 1926) kaum noch denkbar: Der Schenker wurde von seinem nicht mehr berufstätigen Sohn und der Schwiegertochter jahrelang versorgt und gepflegt. Drei Jahre vor der Übersiedlung in ein Pflegeheim übertrug er an den Sohn einen Geldbetrag von DM 42.000,—. Der BGH führt aus, die „Hege und Pflege“ des Vaters habe zwar einer sittlichen Pflicht des Sohnes entsprochen, nicht jedoch die Übergabe des Geldes vom Vater auf den Sohn. Nur wenn der Pflegendе schwerwiegende persönliche Opfer bringt und deswegen selbst in eine Notlage gerät (z. B. eine Berufstätigkeit aufgibt), könne davon ausgegangen werden, daß solche Zuwendungen einer moralischen oder sittlichen Pflicht entsprechen und daher „rückforderungsfest“ seien.

4. Überleitung durch den Sozialleistungsträger

Der Rückforderungs- (bzw. Wertersatz-) Anspruch ist zwar nicht vererblich, erlischt aber weder mit dem Tode des Beschenkten³⁵ noch beim Tod des Schenkers, sofern er in letzterem Falle vorher z. B. gem. § 90 BSHG³⁶ übergeleitet wurde³⁷. Konnte eine solche Überleitung nicht mehr stattfinden, behilft sich die Praxis teilweise mit einer Rückforderung der Sozialleistung gem. § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2, IV, § 50 SGB X wegen Verschweigens des Bestehens eines solchen Herausforderungsanspruches. Dieser Rückforderungsanspruch ist Nachlaßverbindlichkeit, die Erben können jedoch die Einrede der Dürftigkeit (§ 1990 BGB) erheben³⁸.

²⁸ So etwa *Faßbender/Hötzell/Pikalo*, § 17 HöfeO Rdnr. 8.

²⁹ Vgl. hierzu eingehend *Karpen*, MittRhNotK 1988, 139; a. A. im Ergebnis offenbar *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. Rdnr. 598.

³⁰ So BGH MittBayNot 1989, 206 jedenfalls für Versorgungsansprüche des Übergebers, in Fortführung von BGHZ 3, 211; ebenso schon OLG Bamberg NJW 1949, 788 bei Grundstücksübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs. Schenkungssteuerrechtlich ist seit BFH MittBayNot 1989, 232 im Bereich der Leibgedingsauflagen weiter zwischen Leistungsaufgaben (welche wie bei der gemischten Schenkung den Wert der Zuwendung mindern) und Duldungsaufgaben (z. B. Wohnrechten) zu differenzieren. Zur Bewertung einer Pflegeverpflichtung als wertmindernde Auflage im Rahmen eines Pflichtteilsergänzungsverfahrens vgl. nunmehr OLG Hamburg FamRZ 1992, 228 m. Anm. *Reiff*, FamRZ 1992, 363.

³¹ Vgl. BGHZ 106, 354; kritisch noch *Germer*, BWNNotZ 1987, 63.

³² Vgl. jüngst OLG Koblenz NJW-RR 1991, 1218, wonach zwar § 822 BGB auf den Rückforderungsanspruch des § 528 BGB Anwendung finde, Zuwendungen unter Ehegatten jedoch in der Regel ehebedingt seien und daher den Tatbestand des § 822 BGB nicht erfüllten.

³³ Dies folgt schon aus dem Wortlaut des Art. 17 BayAGBGB, welcher lediglich § 527 erwähnt; vgl. BayObLG AgrarR 1989, 132.

³⁴ Es genügt wohl — ebenso wie beim „Vollzug der Schenkung“ i. S. d. § 518 BGB — der Erwerb einer Anwartschaft (vgl. auch OLG Köln FamRZ 1986, 988), nicht erforderlich ist die Umschreibung im Grundbuch (wie i. R. d. § 2325 Abs. 3 BGB); str.

³⁵ Tritt die Bedürftigkeit des Schenkers nach dem Tode des Beschenkten ein, richtet sich der Anspruch gegen die Erben des Beschenkten, vgl. BGH NJW 1991, 2558 = MittBayNot 1992, 125.

³⁶ Es gelten nicht die Sonderregelungen des § 91 BSHG, auch wenn der Anspruchsgegner (wie häufig) zum Kreise der gesetzlichen Unterhaltspflichtigen gehört, BVerwG NVwZ 1987, 890.

³⁷ Vgl. BGH MittBayNot 1986, 118.

³⁸ Vgl. VGH Mannheim NJW 1986, 272; und zwar schon im Anfechtungsprozeß gegen den Rückerstattungsbescheid.

Der Überleitung des Rückforderungsanspruchs auf den Träger nachrangiger Sozialleistungen steht nicht entgegen, daß der Anspruch aus § 528 BGB gem. §§ 852 Abs. 2 ZPO, 400 BGB nicht abtretbar ist (vgl. § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG, § 27 g Abs. 1 S. 4 BVG im Bereich der Kriegsopferversorgung, § 140 Abs. 1 S. 4 AFG für Leistungen der Arbeitslosenhilfe). Die Überleitung darf jedoch nur erfolgen in Höhe der gewährten nachrangigen Sozialleistungen (wobei die Rechtsprechung die dabei häufig verwendete Formulierung „in Höhe der anfallenden Sozialhilfeleistungen“ genügen läßt³⁹). Ferner darf nur insoweit übergeleitet werden⁴⁰, als bei rechtzeitiger Leistung des Anspruchsgegners die Sozialleistung nicht zu gewähren gewesen wäre. Die Überleitung ist also rechtswidrig, wenn es sich bei dem übertragenen Gegenstand in der Hand des Hilfeempfängers um pfändungsfreies Vermögen oder Schonvermögen (z. B. gem. § 88 BSHG) gehandelt hätte.

Rückforderungsfälle gem. § 528 BGB häufen sich nach Angaben des Bayerischen Bauernverbandes in letzter Zeit insbesondere im Raum Unterfranken. Die Sozialleistungsträger werden um so nachhaltiger auf dieses „Instrument“ zurückgreifen, als (aus ihrer Sicht) ausreichende, anrechnungsfähige oder überleitungsfähige „Gegenleistungen“ nicht vereinbart sind. Nach dem oben Dargestellten ist jedoch im Regelfall keine Existenzgefährdung des Erwerbers zu befürchten.

C. Auswirkungen der Übertragung bzw. vereinbarter Gegenleistungen auf den Umfang sozialrechtlicher Ansprüche

I. Vermögens- und einkommensunabhängige Ansprüche

Einkommenszuwachs und Vermögensreduzierung beim Veräußerer haben auf diese Sozialleistungen naturgemäß keinen Einfluß. Hierzu zählen etwa:

- die *Regelaltersrente* für Versicherte der gesetzlichen Rentenversicherung ab Erreichen des 65. Lebensjahres (§§ 35, 34 Abs. 2 Satz 1 SGB VI) sowie die Berufsunfähigkeitsrenten gem. § 43 SGB VI, welche im Rahmen der verbliebenen Erwerbsfähigkeit unbegrenzten Hinzuerdienst erlauben.
- die *Grundrente* gem. § 31 BVG. Hierbei handelt es sich um einen pauschalierten Ausgleich für den Beschädigten Mehraufwand des durch militärischen Dienst gesundheitlich Geschädigten i. S. d. § 1 BVG bzw. derjenigen Personen, auf welche das BVG kraft Verweisung Anwendung findet⁴¹. Die monatliche Grundrente wird in festen Beträgen gestuft nach dem Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) gewährt und ggf. durch Alterzuschläge und Schwerbeschädigtenzulagen erhöht. Derzeit⁴² beträgt die Grundrente zwischen 190 und 998 DM monatlich, die Alterszulage ab Vollendung des 65. Lebensjahres zwischen 38 und 60 DM, die weitere Schwerbeschädigtenzulage (Stufe I bis VI) zwischen 114 und 709 DM.

³⁹ Vgl. etwa BGH NJW 1985, 2419.

⁴⁰ Vgl. § 90 Abs. 1 S. 3 BSHG; § 27 g Abs. 1 S. 3 BVG. Nach OVG Münster NJW 1988, 1866 muß sogar die Überleitungsanzeige selbst zum Ausdruck bringen, daß die Überleitung nur insoweit bewirkt werde, als bei rechtzeitiger Leistung (z. B. Herausgabe gem. § 528 BGB) die Hilfe nicht gewährt worden wäre.

⁴¹ Etwa für die Opfer von Gewalttaten gem. Opferentschädigungsgesetz vom 11. 5. 1976, BGBl I 1181. Das BVG hat ferner Modellcharakter für ähnlich gelagerte Aufopferungsfälle.

⁴² Vgl. Gesetz über die zwanzigste Anpassung der Leistungen nach dem BVG vom 21. 6. 1991, BGBl I 1310.

II. Vermögensabhängige Sozialleistungsansprüche

1. Betroffene Sozialleistungen

a) Sämtliche Leistungen nach dem BSHG werden erst bei Unterschreiten gewisser Vermögensgrenzen gewährt, verweisen also auf den vorgehenden Einsatz verwertbarer Gegenstände mit Ausnahme der gem. §§ 811, 812 ZPO unpfändbaren Sachen sowie des gem. § 88 Abs. 2 BSHG geschützten *Schonvermögens*. Auf Seite des Veräußerers als Hilfeempfängers sind hierbei besonders relevant: angemessene, am bisherigem Lebenszuschnitt orientierte Haushaltsgegenstände (Ziffer 3), Familien- und Erbstücke mit Affektionswert (Ziffer 5), sowie sog. kleinere Barbeträge (Ziffer 8, ergänzt durch die Verordnung vom 11. 02. 1988, BGBl. I, 150). Hiernach bleiben anrechnungsfrei DM 2500,— bei Bezug allgemeiner Hilfe zum Lebensunterhalt (seit 1. 10. 1991 erhöht um weitere 2000,— DM für Hilfesuchende über 60 Jahre und Erwerbsunfähige, BGBl. 1991 I 2037), 4500,— DM bei Erhalt sogenannter Hilfe in besonderen Lebenslagen, z. B. Pflegehilfe, sowie bei Schwerstpflegebedürftigen 8000,— DM, jeweils zuzüglich 1200,— DM für den nicht getrennt lebenden Ehegatten.

Von wirtschaftlich ungleich größerer Bedeutung ist jedoch das sog. „angemessene Hausgrundstück“ im Sinne des (novellierten) § 88 Abs. 2 Ziffer 7 BSHG. Die „Angemessenheit“ ist dabei nach der mittlerweile auch gesetzlich normierten Kombinationstheorie aus personenbezogenen, sachbezogenen und wertbezogenen Merkmalen zu ermitteln (Zahl der Bewohner, Wohnbedarf, Grundstücksgröße, Hausgröße, Zuschnitt und Ausstattung des Wohngebäudes, Wert des Grundstücks samt Wohngebäude)⁴³. Die „beanstandungsfreie“ Wohnfläche des Familienheims bzw. der Eigentumswohnung⁴⁴ orientiert sich an den Grenzwerten des II. Wohnungsbaugesetzes (Sartorius Nr. 355; Richtzahl bei Familienheimen 130 qm, bei Eigentumswohnungen 120 qm, jeweils mit Überschreitungsmöglichkeit bei beruflichem Mehrbedarf oder Unterbringung von über 4 Personen. Bei häuslicher Pflegeerbringung dürfen gem. § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG a. E. i. V. m. § 82 II. WoBauG die Grenzwerte um weitere 20% überschritten werden). Unter der Geltung des früheren Gesetzeswortlautes hatte das Bayerische Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung durch Bekanntmachung vom 24. 10. 1985 (AMBl 85 A 167) ausgeführt, daß bis zu einer Wertgrenze von DM 300.000,—⁴⁵ ohne weitere Prüfung von der Angemessenheit ausgegangen werden könne, und auch eine deutliche Überschreitung dieser Wertgrenze in Ballungsgebieten in Betracht komme. In der Praxis der Sozialhilfeverwaltungen der bayerischen Großstädte ist der Wertmaßstab mittlerweile weitgehend in den Hintergrund getreten.

Die Schonvermögenseigenschaft des Grundbesitzes ist jedoch kraft Gesetzes daran geknüpft, daß der Hilfesuchende oder ein Mitglied seiner Einsatzgemeinschaft (d. h. bei den hier interessierenden Fallgestaltungen im wesentlichen der nicht getrenntlebende Ehegatte oder Lebensgefährtin) allein oder zusammen mit weiteren Angehörigen (z. B. Kindern) das Hausgrundstück bzw. die Eigentumswohnung ganz oder teilweise bewohnt und dieses nach dem Tod des Hilfesuchen-

⁴³ Hierbei sind jedenfalls die bei Eigentumserwerb bereits bestehenden oder eingegangenen Belastungen (BayVGH NJW 1989, 2832: Wohnungsrecht) abzuziehen.

⁴⁴ Vgl. BGH MittBayNot 1991, 131; nunmehr ist die Gleichstellung der Eigentumswohnung auch ausdrücklich in § 88 Abs. 2 Nr. 7 S. 3 BSHG erwähnt.

⁴⁵ Zu dieser Verwaltungsrichtlinie vgl. VG München NJW 1985, 163.

den durch die übrigen genannten Personen weiter bewohnt werden soll. Der Schutz des § 88 Abs. 2 Ziffer 7 BSHG endet also bei dauernder Heimunterbringung des Hilfesuchenden, es sei denn, dessen Ehegatte bewohnt die Räume weiter und gilt nicht als von ihm dauernd getrennt lebend⁴⁶.

b) Leistungen der *Kriegsopferfürsorge* gem. §§ 25 bis 27 i. BVG werden zur Ergänzung der übrigen BVG-Ansprüche als besondere Hilfen im Einzelfall gewährt, etwa als sog. ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt oder als Hilfe zur Pflege (§ 27 a bzw. § 27 d Abs. 1 Nr. 9 BVG). Diese Leistungen sind inhaltlich den Regelungen der Sozialhilfe stark angenähert. So gelten etwa die Bestimmungen des § 88 Abs. 2 und 3 BSHG über Einsatz und Verwertung von Vermögen des Hilfeempfängers entsprechend (§ 25 f Abs. 1 BVG), jedoch unter abweichender — großzügigerer — Festlegung der anrechnungsfreien „kleineren Barbeträge“⁴⁷ sowie vereinfachter Definition des Grundbesitz-Schonvermögens durch § 25 f Abs. 3 BVG: privilegiert sind Familienheime im Sinn des § 7 des 2. Wohnungsbaugesetzes (hierfür gelten keine ausdrücklichen Wohnflächenobergrenzen), soweit sie vom Hilfesuchenden selbst ganz oder teilweise allein oder zusammen mit Angehörigen, denen sie nach seinem Tod als Wohnung dienen sollen, bewohnt werden. Der Verwertungsschutz entfällt also, sobald der Hilfesuchende selbst (z. B. aufgrund stationärer Pflege) das Familienheim verlassen hat.

c) Leistungen der *Arbeitslosenhilfe* gem. §§ 133 ff. AFG, die ein früher erwerbstätiger Übergeber etwa wegen Nichterfüllung der Anwartschaften oder wegen Ablauf der Gewährungszeit für das Arbeitslosengeld beziehen mag, sind gem. § 6 der Arbeitslosenhilfeverordnung vom 07.08.1974 ebenfalls vermögensabhängig. Der Arbeitslose, sein nicht getrennt lebender Ehegatte und — eine Erweiterung gegenüber dem Sozialhilfrecht — seine im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern und Kinder zählen zur Einsatzgemeinschaft. Gem. § 6 Abs. 3 AlhIVVO sind neben angemessenen Hausratsgegenständen und Familien- bzw. Erbstücken auch „Hausgrundstücke bzw. Eigentumswohnungen von angemessener Größe, welche der Eigentümer selbst bewohnt, oder zum Erwerb solcher Gegenstände nachweislich bestimmtes Vermögen“ verwertungsfrei. Hinsichtlich des einsatzpflichtigen Vermögens gelten zusätzlich Wertfreigrenzen (DM 8.000,— je Ehegatte, DM 12.000,— je Elternteil bzw. Kind). Der übersteigende Verkehrswert ist durch den Betrag des Arbeitsentgeltes zu teilen, nach dem sich der Hauptbetrag der Arbeitslosenhilfe richtet. Für die sich aus dieser Division ergebende Wochenzahl liegt keine Bedürftigkeit im Sinn des Arbeitslosenhilfrechts vor (§§ 8, 9 AlhIVVO).

2. Einfluß der Übertragung bzw. vereinbarter Gegenleistungen auf vermögensabhängige Ansprüche

Die Vermögensabhängigkeit der oben 1) dargestellten nachrangigen staatlichen Unterstützungsleistungen kann bei der

sozialrechtlichen Beurteilung von Überlassungs- und Übergabeverträgen in zweierlei Hinsicht Bedeutung gewinnen:

a) Zum einen ist denkbar, daß der *Vermögensverlust*, welchen der Veräußerer durch die als wirksam anerkannte und auch gegenüber § 528 BGB bestandskräftige Übertragung — hierzu oben B — zwangsläufig erlitten hat, zu „nachteiligen“ Folgen bei der Höhe oder Art der Gewährung der Sozialleistung führt.

aa) Eine *Anspruchskürzung* zu Lasten des Veräußerers sehen beispielsweise §§ 25 Abs. 2 Ziff. 1, 29 a BSHG sowie § 51 KFürsVO⁴⁸ vor, wonach die Leistungen auf das zum Lebensunterhalt Unerläßliche bzw. das zur Gewährleistung von Hilfe in besonderen Lebenslagen unverzichtbare Minimum eingeschränkt werden können, wenn der Hilfesuchende sein (Einkommen oder) Vermögen in der Absicht, die Voraussetzungen für die Gewährung oder Erhöhung der Hilfe herbeizuführen, vermindert hat. Ausweislich der veröffentlichten und durch Umfragen erhärteten Rechtspraxis wird hiervon im Zusammenhang mit Grundbesitzübertragungen höchst selten Gebrauch gemacht. Der Nachweis, daß die Herbeiführung der Sozialbedürftigkeit ein (mit-) bestimmendes Motiv der Übertragung war, dürfte angesichts der hierbei regelmäßig verfolgten zahlreichen, bereits im Rahmen der Feststellung des subjektiven Sittenwidrigkeitstatbestandes (B I) dargestellten Regelungsziele kaum geführt werden können. Da übertragener Grund und Boden zudem häufig beim Veräußerer als Grundlage der Erwerbstätigkeit oder als selbstbewohntes angemessenes Hausgrundstück (§ 88 Abs. 2 Nr. 4 bzw. 7 BSHG; ggf. i. V. m. § 25 f. Abs. 1 BVG) zum Schonvermögen zählte, kommen Leistungskürzungen wohl allenfalls bei nicht anderweit erkläraren Übertragungen größerer Geldbeträge in „sozialleistungsnahe“ Kontext in Frage.

bb) Eine weitere „Sanktionsmöglichkeit“ im Hinblick auf die *Art der Sozialleistungsgewährung* eröffnet § 92 a BSHG⁴⁹: danach kann die (normalerweise als „verlorener Zuschuß“ beim Hilfeempfänger verbleibende) Sozialhilfe nachträglich zurückgefordert werden, wenn die Voraussetzungen der Sozialleistungsbedürftigkeit durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt wurden. Die Ersatzpflichtung geht als Nachlaßverbindlichkeit auf die Erben über, welche begrenzt auf den Nachlaß, jedoch ohne Privilegierung etwaiger früherer Schonvermögensteile haften (§ 92 a Abs. 2 BSHG, sog. unselbständige Erbenhaftung). Obwohl hier — anders als etwa bei §§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29 a BSHG — keine auf die Herbeiführung eigener Vermögenslosigkeit gerichtete Absicht gefordert wird, hat auch § 92 a BSHG als „Handhabe“ gegen die Vermögensübertragung per se bisher wenig Bedeutung gewonnen; Hauptanwendungsbereich ist wohl der Kostenersatz für Sozialhilfe, welche an die Familie eines inhaftierten Straftäters geleistet wurde⁵⁰.

b) In sehr viel stärkerem Maße wird die Vermögensabhängigkeit nachrangiger Sozialleistungsansprüche jedoch nicht gegenüber der Vermögensübertragung als solcher, sondern hinsichtlich der *Heranziehung* der Vermögenspositionen, die dem Veräußerer im Rahmen der „Gegenleistungen“ geleistet oder versprochen werden, relevant. Wiederkehrende Bezüge (z. B. Naturalansprüche, Renten etc.) sind im Zufluß-

⁴⁶ Bel zeitlich nicht absehbarem Heimaufenthalt ist nach der Rechtsprechung (OVG Münster ZfSH 1983, 519; BayVGH BayVBI 1964, 159) darauf abzustellen, ob trotz der räumlichen Trennung an der Familieneinheit im Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft festgehalten wird oder nicht.

⁴⁷ Vgl. § 25 f. Abs. 2 i. V. m. § 33 Abs. 1 Satz 2 lit. a BVG in der Fassung des Zwanzigsten KOV-Anpassungsgesetzes vom 21. 6. 1991, BGBl I 1310: derzeit 3.648,— DM bei ergänzender Hilfe zum Lebensunterhalt, im übrigen das doppelte, bei Schwerstpflegebedürftigen das vierfache dieses Betrages, jeweils erhöht um 1.459,— DM für den überwiegend unterhaltenen Ehegatten. Für das Beitrittsgebiet gelten abweichende Zahlen (vgl. zuletzt Verordnung vom 9. 3. 1992, BGBl I 488).

⁴⁸ Eine entsprechende Regelung fehlt im Bereich der ebenfalls nachrangigen und vermögensabhängigen Arbeitslosenhilfe.

⁴⁹ Diese Bestimmung findet im Recht der Kriegsopferfürsorge und der Arbeitslosenhilfe keine Entsprechung.

⁵⁰ Vgl. etwa Frank, BWNtZ 1983, 160.

zeitraum Einkommen; das Problem der Vermögensanrechnung stellt sich also nur, wenn diese Erträge nicht mit ihrer Erbringung „verbraucht“ sind, sondern z. B. in Form von Ersparnissen angesammelt werden. Diese hindern, sofern sie die oben genannten jeweiligen Freigrenzen übersteigen, die Gewährleistung von Sozialleistungen, bis sie (ggf. rechnerisch) aufgezehrt sind. Gleiches gilt für Einmalzahlungen (Gutabstandsgeld). Die Erbringung vertraglich geschuldeter Wart und Pflege — welche möglicherweise als Einkommen zu qualifizieren ist, hierzu unten IV 6 — führt dagegen in keinem Fall zu einem sozialrechtlich relevanten Vermögenszuwachs. Die dingliche Rechtsposition des Veräußerers hinsichtlich der von ihm weiter bewohnten Räume (z. B. Wohnungsrecht) zählt zwar zum Vermögen. Sie muß jedoch nach richtiger Auffassung⁵¹ unberücksichtigt bleiben, wenn auch die weitergehende Eigentumsposition an diesen Räumen (z. B. gem. § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG) Schonvermögenscharakter beanspruchen könnte (Erst-Recht-Schluß). Die Frage der „Anrechnung“ bzw. „Überleitung“ solcher Wohnungsrechte stellt sich daher regelmäßig erst bei der Heimunterbringung, sofern die Beendigung der Selbstnutzung durch den Hilfeempfänger nach den jeweiligen, oben dargestellten Normen zum Erlöschen des „Vermögensschutzes“ führt (hierzu unten IV 6 b).

III. Einkommensabhängige, nicht pflegefallspezifische Sozialleistungsansprüche

Die meisten Sozialleistungen dienen dem Ausgleich individueller Bedürfnislagen oder bezwecken — wie etwa das BVG — eine Kompensation für Erwerbsminderungen, welche auf Schädigungen beruhen, die bei Erfüllung gemeinwohligender Aufgaben entstanden sind. Demzufolge sehen sie häufig — jedenfalls soweit sie nicht beitrags-erkaufte sind — die Berücksichtigung anderweitiger Einkünfte des Anspruchstellers vor. Diese *Einkommensabhängigkeit* kann (ebenso wie die teilweise zu berücksichtigende Vermögensabhängigkeit, siehe oben II.2) im Rahmen von Übertragungssachverhalten ebenfalls in zweierlei Hinsicht Bedeutung gewinnen: zum einen könnte der Sozialleistungsträger „Sanktionen“ an die Einkommensminderung knüpfen, welche durch die Weggabe der Erwerbsgrundlage (z. B. des landwirtschaftlichen Betriebs) eintritt. Die oben II.2 a dargestellten gesetzlichen Regelungen (§§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29 a BSHG, § 92 a BSHG, § 51 KFÜrsVO) erfassen auch die „absichtliche“ bzw. „verschuldete“ Einkommensminderung. Da die Herstellung eigener Sozialleistungsbedürftigkeit jedoch wohl nie von den genannten subjektiven Tatbestandsmerkmalen in hinreichend belegbarer Weise umfaßt sein wird, sind in der Praxis kaum Versuche bekannt geworden, eine Kürzung oder Rückforderung der Sozialleistung allein auf die mit dem Austritt aus dem Erwerbsleben verbundene Einkommensminderung zu stützen, wenn die Übertragung der Einkunftsquelle einen alters- oder krankheitsbedingten Kontext nahelegt. Gleiches gilt im Arbeitslosenrecht aufgrund der Sonderbestimmung des § 10 Nr. 1 AlhIVVO⁵².

⁵¹ So etwa auch *Wahl*, z. B. S. 104. Ein gesetzlicher Anhaltspunkt läßt sich allenfalls dem Zusammenspiel der Norm des § 25 f. Abs. 3 BVG (Eigentumsposition) einerseits mit § 30 Abs. 2 Nr. 5 KFÜrsVO andererseits entnehmen, wonach ein „freies Wohnrecht“ nicht (allerdings auf das Einkommen des Hilfeempfängers) angerechnet wird. Ähnlich § 2 Abs. 1 Ziff. 36 der unten (C.III.2.c) erwähnten Verordnung zu § 33 BVG, wonach der Sachbezugswert eines freien Wohnrechtes innerhalb bestimmter Flächengrenzen (bei der Einkommensermittlung) unberücksichtigt bleibt.

⁵² Hiernach scheidet Bedürftigkeit aus, wenn der Arbeitslose eine Tätigkeit als Selbständiger fortsetzen und sich dadurch in ausreichendem Maße selbst unterhalten könnte; vgl. *Wahl*, S. 101.

Eine — praktisch allerdings wenig bedeutsam gewordene — Spezialregelung enthält § 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung über die Einkommensfeststellung nach dem BVG⁶⁰ für die Ausgleichsrenten gem. §§ 32, 33 BVG (hierzu unten 2 c): Hat der Schwerbeschädigte ohne verständigen Grund über Vermögenswerte in einer Weise verfügt, daß dadurch sein bei der Feststellung der Ausgleichsrente zu berücksichtigendes Einkommen gemindert wird, ist seine Ausgleichsrente so festzustellen, als hätte er die Verfügung nicht getroffen. Die Kürzung der Sozialleistung tritt hier also aufgrund der Fiktion der Nichtübertragung der Erwerbsquelle (ohne daß die Voraussetzungen des § 138 BGB gegeben sein müßten) ein.

Eine sehr viel größere Bedeutung gewinnt die Einkommensabhängigkeit zahlreicher Sozialleistungen jedoch bei der Anrechnung der „Gegenleistungen“, welche sich der Übergeber insbesondere im landwirtschaftlichen Bereich bis heute regelmäßig ausbedingt. Im folgenden soll daher der Einfluß der am häufigsten vereinbarten Versorgungsansprüche (Geldrente, Naturalleistungen, Wart und Pflege) auf die Höhe des Sozialleistungsanspruchs untersucht werden. Dabei empfiehlt es sich, zwischen allgemeinen Sozialleistungen (III.) und solchen, welche an den Pflegefall anknüpfen (nachstehend IV.) zu differenzieren, zumal sich bei letzteren Ansprüchen das zusätzliche Problem denkbaren gänzlichen Wegfalls aufgrund unmittelbarer Naturalbedarfsdeckung durch Erbringung vertraglich vereinbarter Wart und Pflege stellt. Im Bereich der nichtpflegespezifischen Ansprüche ist wiederum der jeweils zugrunde liegende Einkommensbegriff zu untersuchen, so daß diese Ansprüche teilweise von Altenteilsleistungen unberührt bleiben (nachstehend 1.), teilweise jedoch eine Kürzung erfahren können (nachstehend 2.).

1. Keine Kürzung, da Einkommensbegriff nicht auch vertragliche Versorgungsansprüche umfaßt:

a) *Arbeitslosengeld* kann einem arbeitslos gewordenen Übergeber, welcher zugleich als beitragspflichtiger Arbeitnehmer oder als Heimarbeiter beschäftigt war, nach Erfüllung der Anwartschaftszeit des § 104 AFG zustehen, wenn er vor Vollendung des 65. Lebensjahres dem Arbeitsmarkt noch zur Verfügung steht (§ 100 AFG). Gem. § 115 AFG mindern lediglich bestimmte anderweitige Erwerbseinkünfte den Sozialanspruch — hierunter fallen die primär versorgungsorientierten Gegenleistungen für Grundbesitzübertragungen nicht⁵³.

b) *Witwen/Witwerrenten* gem. §§ 46, 48 SGB VI (früher § 1281 RVO bzw. § 58 a AVG) bleiben ebenfalls von Altenteilsansprüchen unberührt, da sie nach Ablauf des sog. Sterbevierteljahres lediglich die Teilanrechnung anderweitigen Erwerbs- oder Erwerbserwerbseinkommens (insbesondere eigener Renten; im einzelnen vgl. §§ 18 a bis e SGB IV) vorsehen. (Gem. § 97 SGB VI ist 40% des Betrages anzurechnen, der einen Sockelbetrag von derzeit 1.094,— DM monatlich übersteigt). Auch die gesetzliche Altersrente vor Erreichen des 65. Lebensjahres sowie Altersteilrenten sehen lediglich die teilweise Anrechnung von Arbeits- oder freiberuflichem Einkommen vor (vgl. im einzelnen § 34 Abs. 2 und 3 SGB VI). Erwerbsunfähigkeitsrente schließlich wird nicht gewährt, wenn der Versicherte durch eigene Erwerbstätigkeit (derzeit) mindestens 500,— DM monatlich erzielen könnte; auf den tatsächlichen Zufluß anderweitigen Ein-

⁵³ Vgl. hierzu *Wahl*, S. 83.

kommens durch Leistungen des Übernehmers kommt es auch hierbei nicht an.

c) Die Leistungen nach dem *Zweiten Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte* (KVLG 1989 in der Fassung des Gesundheitsreformgesetzes, vgl. BGBl 1988 I 2557 ff.) sind — zumal beitragserkauft — grundsätzlich einkommensunabhängig. In der landwirtschaftlichen Krankenkasse ist regelmäßig der hauptberufliche Landwirt (bei Ehegatten in Gütergemeinschaft, welche gemeinsam ein landwirtschaftliches Unternehmen betreiben, derjenige Ehegatte mit überwiegender Leitungsfunktion bzw. der von der Krankenkasse bestimmte Ehegatte, vgl. § 2 Abs. 3 Satz 3 und 4 KVLG) versicherungspflichtig; der andere Ehegatte genießt Versicherungsschutz entweder im Rahmen der beitragsfreien Familienversicherung oder aufgrund eigener Versicherungspflicht als mitarbeitender Familienangehöriger (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 KVLG). Nach der Abgabe des Betriebes bleibt der frühere landwirtschaftliche Unternehmer gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 oder 5 KVLG versichert; sein Ehegatte erhält in der Regel allenfalls Familienversicherungsschutz (§ 7 KVLG). Wie in allen gesetzlichen Krankenkassen ist der Anspruch auf Familienversicherung jedoch daran geknüpft, daß der Angehörige (hier der Ehegatte) ein bestimmtes eigenes Gesamteinkommen regelmäßig nicht überschreitet. Während die Einkommensgrenze bei der gesetzlichen Krankenversicherung (unten 2. a) relativ niedrig angesetzt ist, so daß geldwerte Altenteilsbezüge zu einem Wegfall der Familienhilfe führen können, ist die Familienversicherung im Rahmen der KVLG insoweit privilegiert, als nach § 7 Abs. 1 Satz 2 KVLG Einkünfte aus früherer landwirtschaftlicher Tätigkeit nicht zum Gesamteinkommen des betreffenden Ehegatten hinzugerechnet werden. Altenteilsleistungen können also auch vom Ehegatten des Übergebers (u. U. aufgrund der Gesamtberechtigung in Gütergemeinschaft) unschädlich bezogen werden.

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Übergeber zugleich als Arbeitnehmer tätig war, denn die Versicherungspflicht gem. § 5 Abs. 1 Nr. 1 (bzw. für Rentner Nr. 11) SGB V geht der Versicherung in landwirtschaftlichen Krankenkassen vor (§ 3 Abs. 1 KVLG). In diesem Fall könnte der Familienversicherungsanspruch des (Rentner-) Ehegatten durch den Bezug von Altenteilsleistungen entfallen⁵⁴.

2. Kürzung aufgrund Einkommensanrechnung der Gegenleistungen:

a) Wie dargestellt, können Einkünfte des Übergeber-Ehegatten seinen Anspruch auf Familienversicherung im Rahmen der *gesetzlichen Krankenversicherung* gefährden. Gem. § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V darf das regelmäßige Gesamteinkommen des Ehegatten $\frac{1}{12}$ der jeweiligen monatlichen Bezugsgröße nicht überschreiten. Diese Bezugsgröße beträgt ab 1. 1. 1992⁵⁵ 3.500,— DM (im Beitrittsgebiet 2.100,— DM), so daß der Anspruch auf beitragsfreie Familienversicherung bei regelmäßigen Gesamteinkünften des betreffenden Ehegatten über 500,— (bzw. 300,—) DM pro Monat entfällt. Das maßgebliche Gesamteinkommen umfaßt den Gesamtbetrag der Einkünfte im Sinne des § 16 SGB IV, d. h. die Summe der einkommenssteuerrechtlich relevanten Einkünfte, zu welchen gem. § 22 EStG insbesondere Rentenbezüge bzw. dauernde Lasten gehören. (Auch echte Leibrenten im Sinne des Steuerrechts werden hierbei gem. § 10 Abs. 1 Nr. 5 letzter

Halbsatz mit dem vollen Zahlbetrag berücksichtigt). War der übergebene Hof Gesamtgut der Ehegatten in Gütergemeinschaft, fallen auch ausbedungene Altenteilsleistungen notwendig in das Gesamtgut. Dies bedeutet nach Ansicht des BFH⁵⁶, daß solche in Gütergemeinschaft erhaltenen Bezüge beiden Ehegatten einkommensteuerrechtlich je zur Hälfte zuzurechnen seien. Insbesondere bei (häufig durch den Steuerberater des Übernehmers angeregter) Vereinbarung monatlicher Geldzahlungspflichten kann also der Familienversicherungsschutz im Rahmen des § 10 SGB V rasch gefährdet sein. Es ist angesichts der Ausführungen des BFH fraglich, ob diese Folge dadurch verhindert werden kann, daß die Altenteilsleistung ehevertraglich zum Vorbehaltsgut des unmittelbar krankenversicherten Ehegatten erklärt wird, da die Gesamteigentumschaft des abgegebenen Unternehmens, aus welchem die Versorgungsleistungen nunmehr gewährt werden, nicht nachträglich beseitigt werden kann. *Gitter* (DNotZ 1984, 609) sieht deshalb nur die Möglichkeit, die Gütergemeinschaft insgesamt vertraglich zu beenden.

b) Die „Auffangleistungen“ der *Arbeitslosenhilfe* werden gem. §§ 137 Abs. 1, Abs. 2a, 138 AFG unter Anrechnung aller Einnahmen in Geld (Renten etc.) oder Geldeswert — unabhängig von ihrer Besteuerbarkeit — gewährt. Auch Naturalleistungen (z. B. Tischkost) mindern daher die Höhe der Arbeitslosenhilfe in Höhe der Werte, welche die gem. § 17 Abs. 1 Nr. 3 SGB IV erlassene Sachbezugsverordnung⁵⁷ festlegt. Hiernach sind als Wert für „freie Kost und Wohnung“ monatlich 570 DM⁵⁸ anzusetzen, wovon auf die Wohnung 34%, auf Heizung 10%, auf Beleuchtung 2%, auf Frühstück 12% und auf Mittag- und Abendessen je 21% des Monatswertes entfallen. Wird lediglich „freie Wohnung“ als Sachbezug gewährt, ist gem. § 1 Abs. 5 SachBezVO der ortsübliche Mietpreis zugrunde zu legen. Hinsichtlich der Duldung des Bewohnens durch den Unternehmer (Wohnungs- und Mitbenützungrecht) ist jedoch — wie bereits zur Vermögensanrechnung ausgeführt — wertend zu berücksichtigen, daß der viel stärkere Vorbehalt des Eigentums an den Austragsräumen (z. B. gem. WEG, ErbbauVO) oder eines Dauerwohnrechtes gem. § 31 WEG zu keiner einkommensrelevanten Berücksichtigung (ähnlich etwa dem früheren § 21 a EStG) führen würde. Dann kann dies erst recht nicht für die dahinter zurückbleibende Position eines schuldrechtlichen oder dinglichen Wohnrechtes gelten. Anders liegt es jedoch hinsichtlich der Heizungs- und Beleuchtungsaufwendungen, wenn diese — wie häufig — der Grundstückseigentümer insgesamt zu tragen hat. Sonstige, nicht in obiger Auflistung enthaltene Sachbezüge sind mit „dem üblichen Mittelpreis am Verbrauchsort“ anzusetzen (§ 3 SachBezVO). Hinsichtlich der Erbringung von Wart- und Pflegeleistungen, welche hierunter dem Wortlaut nach fallen könnten, stellt sich allerdings ein Anrechnungsproblem kaum, da pflegebedürftige Übergeber dem Arbeitsmarkt wohl regelmäßig entzogen sind, also Arbeitslosenhilfe schon dem Grunde nach nicht mehr beziehen können⁵⁹.

⁵⁷ Verordnung über den Wert der Sachbezüge in der Sozialversicherung, BGBl. 1984 I 1643, zuletzt angepaßt durch die Verordnung zur Änderung der Sachbezugsverordnung 1991 vom 12. 12. 1991 BGBl I 2210.

⁵⁸ Im Beitrittsgebiet gelten gem. § 4 SachBezVO 1992 (BGBl. 1991 I 2210) geringere Werte (freie Kost und Wohnung 440,—, wovon auf Wohnung 90,— und auf Heizung 38,50 DM entfallen).

⁵⁹ Zu Recht weist allerdings *Wahl*, S. 107 darauf hin, daß gem. § 105 b AFG für die Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit von bis zu sechs Wochen während des Bezugs von Arbeitslosengeld sich das Anrechnungsproblem stellen kann. Häufig wird jedoch bei Dauerpflegebedürftigkeit kein Fall der Krankheit i. S. d. § 105 b AFG vorliegen.

⁵⁴ Vgl. hierzu ausführlich (allerdings noch zum alten Recht) *Gitter*, DNotZ 1984, 607 ff.

⁵⁵ Vgl. die Verordnung über die maßgeblichen Rechengrößen der Sozialversicherung vom 18. 12. 1991, BGBl I 2331.

⁵⁶ Vgl. Gutachten in BStBl. 1959 III 263 ff.

c) *Ausgleichsrente* gem. § 32 BVG erhalten Schwerbeschädigte (mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50%) neben der Grundrente (hierzu oben C.1.), wenn sie eine zumutbare Erwerbstätigkeit nicht (voll) ausüben können; die Leistungen betragen seit 1.7.1991 zwischen 610,— und 988,— DM monatlich. Die Ausgleichsrente soll einen abstrakten Ausgleich für den kriegsschädigungsbedingten wirtschaftlichen Schaden sicherstellen, setzt also Bedürftigkeit voraus. Art und Anrechnung des einzusetzenden Einkommens ergeben sich aus § 33 BVG und der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung⁶⁰, welche in § 1 Abs.3 Nr.9 ausdrücklich Altenteilsleistungen und Leibrenten als anzurechnende Einkünfte erwähnt. Zugrundelegen sind die Werte der Sachbezugsverordnung (§ 3 Abs.1 der VO zu § 33 BVG)⁶¹. Anrechnungsfrei bleibt jedoch aufgrund ausdrücklicher Erwähnung (§ 2 Abs.1 Ziff.36 der VO zu § 33 BVG) der Sachbezugswert eines freien Wohnrechtes, das aus der Überlassung eines früher selbstbewohnten Heimes oder eines landwirtschaftlichen Gutes herrührt. Diese Bestimmung ist als normatives Indiz für die oben (b) aufgestellte These zu werten, daß die spezialgesetzliche Schonvermögenseigenschaft der Eigentumsposition an selbstbewohnten Räumen a maiore ad minus auch die Anrechnung des dinglichen oder schuldrechtlichen Wohnrechtes an solchen Räumen etwa im Rahmen der SachBezVO ausschließt.

Gem. § 12 Abs.1 der VO zu § 33 BVG sind Einkünfte aus zurückbehaltenem Grundbesitz oder aus Nießbrauch hieran anrechnungsfrei, wenn der Einheitswert des Grundbesitzes 15.000 DM nicht übersteigt. Bezieht der Übergeber Ausgleichsrente gem. § 32 BVG, sollten daher die auf zurückbehaltenen Grundbesitz oder zurückbehaltene Nießbrauchsrechte entfallenden steuerlichen Einheitswerte geprüft werden.

In diesem Zusammenhang enthält § 3 Abs.3 Satz 2 der genannten Durchführungsverordnung eine methodisch interessante Regelung: sind die vertraglich vereinbarten Altenteilsleistungen im Verhältnis zum Wert des Übergabegenstandes oder der üblicherweise vereinbarten Versorgungsleistungen „zu hoch oder zu niedrig“, so ist als Einkommen zu berücksichtigen, was „unter angemessener Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse“ zu leisten wäre. Der in §§ 25 Abs.2 Nr.1, 29a, 92a BSHG, 51 KFürsVO sehr viel restriktiver geregelte Gedanke, dem Hilfeempfänger dürfe ein Verzicht auf zumutbare Erwerbsquellen nicht zugute kommen, führt hier zu einer Fiktion „angemessener Versorgungsleistungen“, welche dem Sozialleistungsträger einen kaum kontrollierbaren Berücksichtigungsspielraum beläßt. Einen ähnlichen Sonderweg beschreitet die VO zu § 33 BVG auch, wie bereits oben III vor 1. ausgeführt, hinsichtlich der Fiktion des Nichtvorliegens einkommensmindernder Vermögensverfügungen, welche nach Ansicht der Versorgungsämter „ohne verständigen Grund“ vorgenommen wurden. In der Praxis ist jedoch von diesen Handhaben — der abnehmenden Bedeutung der Kriegsofpferausgleichsrenten entsprechend — nur selten Gebrauch gemacht worden.

d) Neben der BVG-Beschädigtenrente, welche sich regelmäßig aus Grundrente (§ 31 BVG, oben I) und Ausgleichsrente (§ 32 BVG, vorstehend c.) zusammensetzt, kann dem Kriegsbeschädigten zusätzlich *Berufsschadensausgleichsrente* gem. § 30 BVG zustehen. Diese soll eine Kompensation für das durch die Schädigungsfolgen geminderte Einkommen aus gegenwärtiger oder früherer Tätigkeit darstellen. Zu den anzusetzenden Einnahmen aus früherer Tätigkeit zählen gem. § 9 Abs.2 Nr.3 der zu § 30 BVG erlassenen Durchführungsverordnung⁶² auch „Einnahmen aus Vermögen, das der Geschädigte ... geschaffen hat, um sich nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben den Lebensunterhalt zu sichern“. Hierunter können auch Versorgungsleistungen etwa aus Altenteilsverträgen fallen. Das Bundessozialgericht⁶³ differenziert insoweit dahingehend, ob der überlassene Gutsbetrieb „objektiv erarbeitet“, insbesondere vergrößert wurde — dann Anrechnung der Altenteilsleistungen hieraus — oder lediglich „verwaltet“ und allenfalls „erhalten“ worden war — dann keine Berücksichtigung der Versorgungsleistungen. Dieses auf den ersten Blick paradoxe Ergebnis (der Landwirt, welcher den ererbten Hof durch außergewöhnlich intensives Wirtschaften erweitert hat, wird durch Anrechnung der hieraus erzielten Altenteilsinkünfte „bestraft“) erklärt sich aus der Zielsetzung der Berufsschadensausgleichsrente, welche nicht an das Bedürftigkeitsprinzip anknüpft, sondern an den schädigungsbedingten Ausfall der Erwerbsleistungskraft des Übergebers⁶⁴.

e) Alle vorstehenden Ausführungen zu den Renten gem. BVG gelten entsprechend für die jeweiligen *Hinterbliebenen-, insbesondere Witwen- und Waisenrenten* gem. §§ 38 ff. BVG.

f) Den wichtigsten Anwendungsfall einkommensabhängiger, nicht pflegespezifischer Sozialleistungsansprüche bildet statistisch die *Hilfe zum Lebensunterhalt* (abgekürzt HLU) gem. Abschn. 2 des BSHG sowie § 27 a BVG (im Bereich der Kriegsofpferfürsorge). Die HLU dient der Grundsicherung des notwendigen Lebensunterhaltes durch vermögens- und einkommensabhängige Gewährung von Regelbedarfssätzen⁶⁵, welche um den Wohnbedarf (Mietübernahme) sowie Mehrbedarfzuschläge (z. B. für Senioren, werdende Mütter etc.) und gegebenenfalls Sonderbedarfzuschläge erhöht werden (§§ 22 ff. BSHG). Diese „Grundversorgungsleistungen“ werden von Veräußerern, welche auf dem übertragenen Grundbesitz verbleiben und sich laufende Versorgungsansprüche ausbedungen haben, erfahrungsgemäß⁶⁶ selten in Anspruch genommen.

Eigenes Einkommen des Hilfeempfängers, das heißt sämtliche Einkünfte in Geld oder in Geldeswert (mit Ausnahme der Grundrente gemäß BVG), ist gem. § 76 BSHG und der hierzu erlassenen Durchführungsverordnung⁶⁷ in voller Höhe anzurechnen. Hierzu zählen laufende Geldzuwendungen

⁶⁰ Verordnung über die Einkommensfeststellung nach dem BVG (Ausgleichsrentenverordnung) vom 1.7.1975, BGBl I 1769, zuletzt geändert durch VO vom 12.6.1990 (BGBl I 1096). Für die neuen Bundesländer gelten seit 1.1.1992 Sondervorschriften (Dritte VO über das anzurechnende Einkommen nach dem BVG in dem in Art. 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet vom 9.3.1992, BGBl I 488).

⁶¹ Das früher insoweit vorgesehene Punktesystem, das bei landwirtschaftlichen Gutsüberlassungsverträgen einen Bewertungsabschlag von 25% gewährte, ist entfallen.

⁶² Verordnung zur Durchführung des § 30 Abs.3 bis 5 des BVG vom 18.1.1977, BGBl I 162 ff.

⁶³ BSG SozR 3640, § 9 Nr.4.

⁶⁴ Vgl. Gitter, DNotZ 1984, 601; kritisch Wahl, S.132, der zu Recht darauf hinweist, daß die Voraussetzungen des weiteren Tatbestandsmerkmals des § 9 Abs.2 Nr.3 VO zu § 30 BVG (Motiv der Vermögensmehrung muß die Sicherung des Altenteilerdaseins sein) bei wortlautgerechter Prüfung wohl nur selten gegeben sein werden.

⁶⁵ Der derzeitige Regelbedarfssatz für den Haushaltsvorstand beträgt derzeit beispielsweise für den Bereich der Landeshauptstadt München 511,— DM, für den Landkreis München 486,— DM.

⁶⁶ Vgl. Millich, S.8, welcher Fn.3 entsprechende Umfrageergebnisse referiert.

⁶⁷ Verordnung zur Durchführung des § 76 BSHG vom 28.11.1962, BGBl I 692, i. d. F. der VO vom 23.11.1976 (BGBl I 3234).

gen sowie Ansprüche auf Naturalleistungen, z. B. Tischkost — letztere mit den nach der Sachbezugsverordnung zu errechnenden Werten (vgl. hierzu oben b.) —, jedoch nach dem dort ausgeführten nicht die Gewährung freien Wohnrechtes, sofern die entsprechende Eigentumsposition anrechnungsfrei bliebe⁶⁸.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang allein die geldwerte Berücksichtigung der aufgrund vertraglicher Vereinbarung erbrachten tatsächlichen „Wart und Pflege“. Das Bundesverwaltungsgericht hat — allerdings zur Einkommensberücksichtigung im Rahmen der Hilfe zur Pflege nach dem BSHG — im Urteil vom 31. Januar 1968 (BVerwGE 29, 108) die Ansicht vertreten, die Gewährung freier Wart und Pflege habe grundsätzlich Geldeswert, zumal sie auch von dritter Seite erkaufte werden könne; zur konkreten Ermittlung der Höhe dieses Wertes mußte das Gericht jedoch nicht abschließend Stellung nehmen. Diese Feststellung wäre auch aufgrund allgemeiner Normen kaum zu treffen. § 2 Abs. 1 2. Halbs. der VO zu § 76 BSHG verweist auf die üblichen Mittelpreise am Verbrauchsort, sofern — wie hier — die SachBezVO keine Werte festsetzt. Der BayVGH hat in seinem Urteil vom 2. Februar 1989⁶⁹ ausdrücklich die Gegenposition bezogen: Die persönliche Hilfeleistung zugunsten des Übergebers habe nicht per se Einkommenscharakter⁷⁰. Dem ist zu folgen; insbesondere ergibt sich nichts anderes aus den landesrechtlichen Vorschriften⁷¹ über die Umwandlung von Pflegeverpflichtungen in Geldleistungen bei dauerndem Wegzug des Berechtigten, da hiermit nur die unbestrittene Ersparnis von Aufwendungen bei Fortfall der Pflegeverpflichtung auf Seiten des Erwerbers belegt ist⁷². Die Sozialhilfepraxis hat sich jedenfalls in Bayern dieser Auffassung des BayVGH angeschlossen, soweit es um die nicht pflegefallspezifische HLU geht. Im Bereich der möglichen Auswirkung vertraglicher Pflegeverpflichtungen auf BSHG-Leistungen, die für den häuslichen oder Heimpflegefall gewährt werden (z. B. das Pflegegeld, vgl. unten IV. 8.), ergeben sich jedoch deutliche Differenzierungen, zumal sich dort das Problem schon auf der vorgelagerten Ebene möglichen Bedarfswegfalls stellt.

IV. Sonderproblem: Einfluß vertraglicher Gegenleistungen, insbesondere freier Wart und Pflege, auf pflegefallspezifische Sozialleistungsansprüche

Wie teilweise schon aus dem bisherigen Gang der Untersuchung ersichtlich, erscheint es ratsam, den Einfluß vertraglicher „Gegenleistungen“ bei Vermögensübertragungen auf staatliche Vergünstigungen, die gerade für den Pflegefall gewährt werden, gesondert zu erörtern. Das Augenmerk ruht hier nicht nur auf der bereits oben III. untersuchten Frage, inwieweit die ausbedungenen (z. B. Altenteils-) Leistungen als „Einkommen“ der Höhe nach auf die Sozial-

ansprüche anzurechnen sind. Auf einer vorgelagerten Ebene ist vielmehr auch zu prüfen, inwieweit durch die tatsächliche Erbringung der vertraglich geschuldeten Wart und Pflege (oder durch das Verweisen auf deren Geltendmachung) der Sozialleistungsanspruch schon dem Grunde nach wegen anderweitiger Bedarfsdeckung entfällt. Des weiteren ergeben sich im Bereich der pflegespezifischen Sozialhilfeleistungen zahlreiche Sonderfragen, insbesondere bei Heimunterbringung des Übergebers (Umwandlung von Wohn- und Versorgungsrechten in Geldrenten etc.). Schließlich erscheint es systematisch wünschenswert, die staatlichen Vergünstigungen im Haus- oder Heimpflegefall — gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Diskussion zur gesetzlichen Pflegeversicherung — überblickartig zu erörtern.

1. Obwohl es sich nicht um Sozialleistungsansprüche im eigentlichen Sinne handelt, sollen zunächst der Vollständigkeit halber die nach dem geltenden *Steuerrecht* im Pflegefall gewährten Abzugsmöglichkeiten erwähnt werden. Soweit der Pflegebedürftige selbst noch Einkommenssteuer zu entrichten hat, kann er im Rahmen der außergewöhnlichen Belastungen (ohne Abzug zumutbarer Eigenbeteiligung) den sogenannten Behindertenpauschbetrag, welcher je nach dem Grad der Behinderung zwischen 600,— DM und 7.200,— DM jährlich beträgt (§ 33 b Abs. 3 EStG), sowie weitere 1.200,— DM bei Heimunterbringung ohne Pflegebedürftigkeit (1.800,— DM bei dauernder Pflegebedürftigkeit, § 33 a Abs. 3 Satz 2 EStG) absetzen. Beschäftigt der Pflegebedürftige selbst eine Haushaltshilfe, darf er hierfür pauschal 1.200,— DM, bei schwerer Behinderung (Behinderungsgrad mindestens 45%) oder Hilflosigkeit im Sinne des Schwerbehindertengesetzes (Behindertenausweis des Versorgungsamtes mit Kennbuchstaben „H“) 1.800,— DM geltend machen (§ 33 a Abs. 3 Satz 1 EStG). Im letzteren Fall kann er auch stattdessen für eine lohnsteuer- und sozialabgabenpflichtig beschäftigte Haushaltshilfe bis zu 12.000,— DM im Jahr geltend machen (§ 10 Abs. 1 Nr. 8 b EStG).

Zugunsten der pflegenden Personen gilt⁷³: Gem. § 33 EStG können die aus der Pflege entstehenden zwangsläufigen Aufwendungen als außergewöhnliche Belastung — jedoch nach Abzug der zumutbaren Eigenbeteiligung — berücksichtigt werden, sofern die Pflege aufgrund rechtlicher oder sittlicher Verpflichtung erbracht wird. Statt dessen kann die pflegende Person auch den sogenannten Pflege-Pauschbetrag (§ 33 b Abs. 6 EStG) in Höhe von 1.800,— DM pro Jahr (ohne Abzug einer Eigenbeteiligung) geltend machen. Dieser Pauschbetrag wird auch dann in voller Höhe gewährt, wenn die Pflege nur während einzelner Monate erforderlich war. Notwendig ist jedoch in jedem Fall, daß die zu pflegende Person, wie oben ausgeführt, einen Schwerbehindertenausweis mit dem Kennbuchstaben „H“ besitzt oder daß das Versorgungsamt zusätzlich Hilflosigkeit bescheinigt, was im Falle äußerlich erkennbarer dauernder Einbuße der körperlichen Beweglichkeit auch bei einem Behinderungsgrad von 25–50% möglich ist. Daneben können Aufwendungen für eine vom Pflegenden z. B. stundenweise eingesetzte Haushaltshilfe ohne festes Anstellungsverhältnis bis zu

⁶⁸ Vgl. für den Bereich der Kriegsopferfürsorge die diesbezügliche Sonderregelung des § 30 Abs. 2 Nr. 5 KFüVO.

⁶⁹ ZfSH/SGB 1989, 580.

⁷⁰ Ebenso etwa *Gottschick/Giese*, Kommentar zum BSHG § 69, Rdnr. 10.2.

⁷¹ Z. B. Art 18 BayAGBGB, wonach der Verpflichtete für die Befreiung von der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen bei dauerndem Wegzug des Berechtigten aus besonderen Gründen eine Geldrente zu entrichten hat, die dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entspricht.

⁷² Anders jedoch offenbar OVG Rheinland-Pfalz vom 18. 11. 1985, ZfSH/SGB 1990, 133, wo (im Zusammenhang mit der später zu behandelnden Anrechnung vertraglicher Pflegerechte auf das Pflegegeld gem. § 69 BSHG) der geldwerte Charakter der vertraglichen Versorgungspflicht hiermit begründet wird.

⁷³ Gem. § 3 Nr. 26 EStG sind zudem Aufwandsentschädigungen für die nebenberufliche Pflege alter, kranker oder behinderter Menschen im Dienst oder Auftrag einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts bis zu einem Betrag von 2.400,— DM jährlich steuerfrei. Die frühere Begrenzung auf Betreuung Dauerpflegebedürftiger wird nicht mehr angewendet (Schreiben des BMF IV B 4 — S 2121 — 4/91).

1.800,— DM pro Jahr steuermindernd berücksichtigt werden, sofern der Pflegepflichtig schwerbehindert oder hilflos ist und sein Einkommen bestimmte Grenzen (derzeit 870,— DM, künftig voraussichtlich 945,— DM pro Monat) nicht übersteigt. Daneben oder alternativ besteht, wie oben ausgeführt, die Möglichkeit der Berücksichtigung des Aufwandes für eine lohnsteuer- und sozialabgabenpflichtig vom Pflegenden beschäftigte Haushaltshilfe bis zu 12.000,— DM pro Jahr; hierbei spielt das Einkommen der gepflegten, dem selben Haushalt zugehörigen Person keine Rolle. Die oben erwähnten speziellen Pauschbeträge für die Behinderten selbst können nicht durch Kinder für ihre behinderten Eltern, sondern allenfalls durch Eltern für einkommenslose Kinder oder durch Ehegatten für den behinderten Partner geltend gemacht werden.

Auf die dargestellten steuerlichen Abzugsmöglichkeiten hat die vertragliche Vereinbarung einer Pflegeverpflichtung regelmäßig keinen Einfluß, da die Zwangsläufigkeit der Pflegeaufwendungen im Sinn des § 33 EStG seitens des Finanzamtes bei Fehlen einer vertraglichen Pflegepflicht aus sittlichen Gründen ohnehin bejaht wird und der Steuerminderungstatbestand im übrigen allein an das Vorliegen einer bestimmten Behinderung bzw. die Beschäftigung einer Haushaltshilfe anknüpft.

2. Seit 01.01. 1992 gewährt zudem die *gesetzliche Rentenversicherung* Vergünstigungen für Personen, welche im Inland in nicht erwerbsmäßiger Weise zugunsten einer hilflosen Person häusliche Pflegeleistungen von regelmäßig mindestens 10 Stunden wöchentlich erbringen (§§ 57 Abs. 2, 177 Abs. 1 SGB VI). Ein bestimmtes Verwandtschaftsverhältnis oder eine vertragliche bzw. sittliche Pflicht zur Pflege sind nicht erforderlich; das Vorliegen dauernder Hilflosigkeit auf Seiten des Pflegebedürftigen bestätigt regelmäßig der medizinische Dienst der Krankenkassen, den Umfang der Pfllegetätigkeit auch das Sozialamt. Voraussetzung ist allerdings, daß der Tatbestand der Pflege spätestens drei Monate nach Beginn der Pfllegetätigkeit dem Versicherungssträger gemeldet wird (anderenfalls werden die Vergünstigungen erst ab dem Antragsmonat gewährt, § 57 Abs. 2 Satz 2 SGB VI). Sie stehen ferner nicht denjenigen Pflegepersonen zu, die (z. B. als Beamte) von der gesetzlichen Rentenversicherung ausgeschlossen sind.

Zugunsten des antragsberechtigten Personenkreises — z. B. Hausfrauen — wirkt sich die gesetzliche Neuregelung in zweierlei Hinsicht günstig aus: Zum einen werden die Monate häuslicher Pflegeleistung auf Antrag als sogenannte Berücksichtigungszeiten (§ 57 SGB VI) gewertet. Diese wirken zwar (anders als etwa die Kindererziehungszeiten) selbst weder rentenbegründend noch rentensteigernd. Sie werden jedoch auf die Wartezeiten für Alters-, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrenten angerechnet⁷⁴, können sich ferner erhöhend bei der Bewertung anderer beitragsfreier Zeiten (z. B. für Ausbildung, Arbeitslosigkeit, Krankheit etc.) auswirken⁷⁵ und erleichtern die Erfüllung der Anwartschaft auf die Rente wegen Erwerbsminderung⁷⁶.

Zum anderen bietet § 177 SGB VI nunmehr die Möglichkeit, freiwillig für den Pflegezeitraum Beiträge⁷⁷ zu entrichten, die auf Antrag wie Pflichtbeiträge bewertet werden. Diese haben im Rentenrecht einen wesentlich höheren Stellenwert als schlichte freiwillige Beiträge, wie sie etwa von Hausfrauen jederzeit geleistet werden können. Zum Beispiel können sie (nach 36 Beitragsmonaten) den Anspruch auf Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrente sowie (bei 121 Beitragsmonaten zwischen dem 40. und 60. Lebensjahr) auf vorgezogenes Frauenaltersruhegeld mit derzeit noch 60 Jahren sichern.

Auch die vorgenannten Vergünstigungen bestehen unabhängig von der vertraglichen Pflicht zur Wart und Pflege schon aufgrund der tatsächlichen Erbringung der Pflegeleistung.

3. Durch das Gesundheitsreformgesetz 1989 wurden in den Leistungskatalog der *gesetzlichen Krankenversicherung* sowie der *landwirtschaftlichen Krankenkassen* erstmals Unterstützungen bei Schwerpflegebedürftigkeit aufgenommen. Diese ist gem. § 53 Abs. 1 SGB V gegeben, wenn der Versicherte nach ärztlicher Feststellung wegen einer Krankheit oder Behinderung so hilflos ist, daß er für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer in sehr hohem Maße der Hilfe bedarf. Nach den Richtlinien der Krankenkassen ist hiervon auszugehen, wenn der Pflegebedürftige bei nahezu allen in einem Katalog aufgezählten Tätigkeiten (insbesondere: selbständiges Aufstehen, Gehen, Stehen, Treppen steigen; selbständiges Waschen, Zähne putzen, Kämmen, Toilettenbenutzung; selbständige Nahrungszubereitung und -aufnahme; Kommunikation durch Sprechen, Sehen und Hören) regelmäßig auf intensive Hilfe angewiesen ist. Die Schwerpflegebedürftigkeit wird regelmäßig vom medizinischen Dienst der Krankenkassen (§ 275 Abs. 2 Ziff. 2 SGB V) bescheinigt; in Bayern werden jedoch auch die Hausärzte mit der Erstellung eines diesbezüglichen Gutachtens beauftragt. Teilweise werden auch Stellungnahmen des Sozialamtes, die bei bisherigem Bezug von Pflegegeld (§ 69 BSHG) häufig bereits vorliegen, anerkannt. Weitere Leistungsvoraussetzung ist, daß der in der gesetzlichen Krankenversicherung (z. B. als Rentner) oder landwirtschaftlichen Krankenkasse (z. B. als ehemaliger landwirtschaftlicher Unternehmer bzw. Familienversicherungsberechtigter) Versicherte seit der erstmaligen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bis zur Feststellung der Schwerpflegebedürftigkeit mindestens neun zehntel der zweiten Hälfte dieses Zeitraumes und in den letzten sechzig Kalendermonaten vor Feststellung der Schwerpflegebedürftigkeit mindestens 36 Kalendermonate Mitglied oder familienversicherungsberechtigt war (sog. Vorversicherungszeit). Hat der Versicherte keine Erwerbstätigkeit ausgeübt, tritt an die Stelle der erstmaligen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Tag der Geburt (§ 54 Abs. 1 und 2 SGB V)⁷⁸. Durch das 2. Änderungsgesetz zum SGB V wurde als Alternativvoraussetzung eine Mindestversicherungszeit von gesamt 180 Kalendermonaten eingeführt⁷⁹.

⁷⁴ Vgl. im einzelnen §§ 51 Abs. 3, 262 Abs. 1 SGB VI.

⁷⁵ Vgl. § 71 Abs. 3 SGB VI: Im Rahmen des mit dem RRG 1992 neu eingeführten Gesamtleistungsbewertungsmodells werden die Berücksichtigungszeiten fiktiv so angesetzt, als seien sie Beitragszeiten mit einer Bemessungsgrundlage von 75% des Durchschnittsentgeltes aller Versicherten.

⁷⁶ Hierfür sind 36 Pflichtbeitragsmonate innerhalb der letzten 60 Kalendermonate nachzuweisen. Dieser 60-Monats-Zeitraum verlängert sich um die Zahl der Berücksichtigungszeitmonate.

⁷⁷ Seit 1. 1. 1992 betragen die Mindestbeiträge für freiwillig Versicherte in den alten Bundesländern 88,50 DM monatlich (vom 1. 4. 1991 bis 31. 12. 1991 noch 99,— DM), in den neuen Bundesländern 53,10 DM monatlich.

⁷⁸ Bei der landwirtschaftlichen Krankenversicherung gilt jedoch als frühester Zeitpunkt für die Feststellung der Vorversicherungszeit der 1. 10. 1972 (§ 14 KVLG 1989).

⁷⁹ In der Landwirtschaftlichen Krankenkasse zählen insoweit seit 1. 1. 1992 auch Versicherungszeiten in der gesetzlichen Krankenversicherung vor dem 1. 10. 1972.

Die Kassenleistung erfaßt seit 01.01.1990 die Übernahme der Kosten einer Pflegehilfe für die Dauer von längstens vier Wochen je Kalenderjahr in Höhe von maximal 1.800,— DM, wenn die Pflegeperson wegen eigener Krankheit oder wegen Erholungsurlaubs an der Erbringung der Pflegeleistung gehindert ist. Die Pflegeperson muß jedoch den Schwerpflegebedürftigen vor ihrer eigenen Verhinderung mindestens 12 Monate gepflegt haben⁸⁰. Zusätzlich zu dieser Urlaubs- bzw. Kurzzeitpflegeleistung wird seit 01.01.1991 nach Wahl des Schwerpflegebedürftigen die häusliche Pflegehilfe (durch besondere, regelmäßig gelernte Pflegekräfte, welche die Grundpflege sowie die hauswirtschaftliche Versorgung übernehmen) in Höhe von bis zu 25 Stundeneinsätzen à 30,— DM je Kalendermonat (d.h. insgesamt maximal 750,— DM/Monat) mitfinanziert oder statt dessen ein monatlicher Pauschalbetrag von 400,— DM vergütet⁸¹, wenn die Versorgung des Schwerpflegebedürftigen durch eine andere Person, z. B. Angehörige, ausreichend sichergestellt ist (§§ 55, 57 SGB V). Diese monatliche Geldleistung von 400,— DM wird jedoch gem. Art. 42 Nr. 4 des Gesundheitsreformgesetzes auf das Pflegegeld gem. § 69 BSHG in voller Höhe angerechnet, so daß in zahlreichen Fällen am 1. 1. 1991 lediglich ein Wechsel der leistungsgewährenden Stelle eingetreten ist⁸².

Die Krankenkassenleistungen bei Schwerpflegebedürftigkeit sollen die häusliche Pflege ergänzen und erleichtern (§ 55 Abs. 1 S. 1 SGB V), so daß sie von vertraglichen Pflegeverpflichtungen unberührt bleiben. Solche Vereinbarungen sind im Gegenteil durchaus erwünscht. Die Kassenleistungen sind auch weder einkommens- noch vermögensabhängig. Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann sich jedoch empfehlen, festzulegen, in welcher Weise das gem. § 57 SGB V dem Schwerpflegebedürftigen selbst zustehende Wahlrecht zwischen Geldleistung und Kostenübernahme für externe Pflegeeinsätze ausgeübt werden soll und wem die Geldleistung zusteht (vgl. hierzu auch unten E III 5).

4. Im Rahmen der staatlichen *Beihilfeleistungen* (z. B. gem. § 79 Bundesbeamtengesetz, Art. 86 BayBG) wird seit 1.1.1991 ebenfalls eine monatliche Unterstützung von 400,— DM gewährt, wenn der beihilfeberechtigte Pflegebedürftige durch nahe Angehörige ständig zu Hause gepflegt und hierdurch nach Bescheinigung eines Amts- oder Vertrauensarztes die dauernde Anstaltsunterbringung vermieden wird⁸³. Auch diese Leistung, die gegenüber der oben 3. dargestellten Kassenleistung ausdrücklich subsidiär ist⁸⁴, wird unabhängig davon gewährt, ob die Pflegeerbringung aus sittlich-moralischen Motiven oder (auch) aufgrund vertraglicher Verpflichtung erfolgt. Die in den Beihilfevorschriften alternativ vorgesehene Erstattung der Vergütung an die verwandte Pflegeperson bis zur Höhe des

Arbeitsverdienstauffalles⁸⁵ entfällt demgegenüber naturgemäß bei vertraglichem Anspruch auf „freie“ Wart und Pflege.

Bei dauernder, amtsärztlich indizierter Anstaltsunterbringung des pflegebedürftigen Beihilfeberechtigten sind neben den allgemeinen oder besonderen Pflegesätzen auch die Kosten der Unterbringung und Verpflegung nach Abzug bestimmter Sockelbeträge bis zum niedrigsten Satz gemeinnütziger ortsnaher Pflegeheime dem Grunde nach beihilfefähig⁸⁶. Eine Kürzung um ersparte Aufwendungen des bei Heimunterbringung von seinen Verpflichtungen u.U. frei gewordenen Angehörigen (= Erwerbers) findet nicht statt.

5. Bei den zunehmend angebotenen *privaten Pflegeversicherungen* — ca. 100.000 Versicherungsverträge sind in Deutschland bereits abgeschlossen⁸⁷ — richten sich die gewährten Leistungen nach den stark voneinander abweichenden Tarifbedingungen. So wird beispielsweise bei der am häufigsten anzutreffenden Pflegekosten-Tagegeldversicherung (zu unterscheiden von Pflegekostenprozenttarifen und Pflegerentenversicherungen) ein Tagegeld für häusliche Pflege nach dem Inhalt zahlreicher Policen nur bezahlt, wenn die Pflege durch ausgebildete Krankenschwestern, Kranken- oder Altenpfleger erbracht wird. Grundsätzlich sind die beitragserkauften Leistungen jedoch unabhängig vom Bestehen etwaiger vertraglicher Pflegeverpflichtungen.

Zur Schaffung einer gesetzlichen Pflegeversicherung soll bis Ende Juni 1992 ein Entwurf der Regierungskoalition eingebracht werden. Die bisher diskutierten Modelle⁸⁸ der Regierungsparteien, der Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften, des VdK sowie der bereits im Bundesrat eingebrachte Entwurf der SPD-regierten Bundesländer⁸⁹ unterscheiden sich zwar erheblich hinsichtlich der Finanzierung und rechtlich-organisatorischen Ausgestaltung, sehen jedoch auf der Leistungsseite, soweit ersichtlich, weitgehend vergleichbar der oben 3. dargestellten Kassenzuwendungen bei Schwerpflegebedürftigkeit ein Wahlrecht zwischen Geldrente oder begrenzter Kostenübernahme bei häuslicher Pflege — welche zu favorisieren ist — sowie die teilweise Übernahme der pflegebedingten Heimkosten (nicht der Kosten für Unterbringung und Verpflegung) vor. Außerdem soll die Altersabsicherung der Pflegepersonen weiter verbessert werden. Eine wie auch immer geartete Wechselwir-

⁸⁵ Vgl. § 6 Abs. 1 Ziff. 7 Satz 2 b) der Beihilfevorschriften.

⁸⁶ Vgl. im einzelnen z. B. § 9 der bay. Beihilfevorschriften.

⁸⁷ Auskunft der Bay. Versicherungskammer lt. Süddeutsche Zeitung vom 10. 3. 1992.

⁸⁸ Die FDP favorisiert — extrem vereinfacht — den Abschluß privater Versicherungsverträge aufgrund gesetzlicher Verpflichtung (ähnlich der Kfz-Haftpflicht), die CDU hat sich zwischenzeitlich (vgl. SZ vom 26. 9. 1991) für eine gesetzliche Pflegesozialversicherung unter dem Dach der Krankenkassen ausgesprochen, welche im Umlageverfahren je zur Hälfte aus Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen finanziert werden und um einen Kapitalstock zur Abdeckung der „Altfälle“ ergänzt werden soll. Der neuerliche Kompromißvorschlag des DGB sowie der Bundesvereinigung der Arbeitgeberverbände (SZ vom 19. 2. 1992) sieht den Abschluß privater Versicherungen vor, wobei jedoch die Beiträge ab dem 60. Lebensjahr in einen Fonds, der auch durch Arbeitgeberzuweisungen gespeist wird, zu zahlen sind. Die Bay. Staatsregierung favorisiert ein Modell gesetzlicher Versicherung unter dem Dach der Krankenkassen, während für Selbständige und Beamte der Abschluß privater Versicherungen vorgeschrieben werden soll.

⁸⁹ BR-Drucksache 534/91, Identisch mit der Vorlage der SPD-Fraktion BT-Drucks. 12/1156; ausführliche Wiedergabe der Entwurfsbegründung in ZRP 1991, 483 ff.

⁸⁰ Nach Angaben des Bay. Staatsministeriums für Arbeit und Soziales wurden im Jahr 1990 in Bayern für Urlaubspflegehilfe 8,5 Mio DM durch die Krankenkassen aufgewendet.

⁸¹ Nach Umfragen bei Krankenkassen wird in 80 von 100 Fällen die Geldleistung gewählt.

⁸² Diese Anrechnung der Kassengeldleistung auf das BSHG-Pflegegeld hat erheblichen Unmut hervorgerufen, vgl. Der Spiegel, Heft 51/1991, S. 65.

⁸³ Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 7 der Beihilfevorschriften des Bundes vom 19. 4. 1985 (GMBl S. 290), hinsichtlich § 6 Abs. 1 Nr. 7 zuletzt geändert durch Verwaltungsvorschrift vom 10. 12. 1991, FMBl 1992, 165. Die Fassung der bayerischen Beihilfevorschriften (vom 31. 7. 1985, FMBl S. 285, mit Änderungen) ist insoweit weitgehend identisch.

⁸⁴ Vgl. § 6 Abs. 1 Ziff. 7 letzter Satz der Beihilfevorschriften.

kung zwischen vertraglicher Pflegeverpflichtung und den Leistungen der gesetzlichen Pflegeversicherung war bisher nicht Gegenstand der veröffentlichten Diskussion; sie erscheint auch eher unwahrscheinlich.

6. Als Kassenleistung (§ 37 SGB V, § 8 Abs. 1 KVLG 1989) sowie im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 558 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 RVO) wird ferner sogenannte *häusliche Krankenpflege* durch die Stellung geeigneter Pflegekräfte⁹⁰ oder die angemessene Kostenübernahme für selbstbeschaffte Pflegekräfte bis zu vier Wochen je Krankheitsfall gewährt. Voraussetzung ist, daß Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht durchführbar ist, oder daß sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. Die Satzung der Krankenkasse kann häusliche Krankenpflege auch in weiteren Fällen vorsehen (§ 37 Abs. 2 SGB V). Die Krankenpflege umfaßt neben der hauswirtschaftlichen Versorgung und den personenbezogenen Verrichtungen der sogenannten Grundpflege (aufstehen, anziehen, waschen, essen) auch die sogenannte Behandlungspflege, das heißt medizinisch indizierte Verrichtungen, die nach kurzer Anleitung von jedermann vorgenommen werden können, z. B. Verabreichung von Einreibungen, Umschlägen etc. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege entfällt, wenn eine im Haushalt des Versicherten lebende Person den Kranken in erforderlichem Umfang pflegen und versorgen kann. Maßgeblich ist also nicht die vertragliche Verpflichtung, sondern die tatsächliche Fähigkeit zur Pflege, die freilich durch die ausdrückliche vertragliche Übernahme regelmäßig indiziert sein wird. Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege entfällt also, wenn eine anderweitige Bedarfsdeckung möglich ist (§ 37 Abs. 3 SGB V). Eine Einkommens- oder Vermögensanrechnung findet jedoch nicht statt. Gleiches gilt für das im Bereich der Unfallversicherung als Ersatzleistung vorgesehene Pflegegeld (§ 558 Abs. 3 RVO)⁹¹.

7. Die an den Berechtigtenkreis des Bundesversorgungsgesetzes gem. § 35 BVG gewährte *Pflegezulage* beinhaltet eine pauschalierte Abgeltung der Zusatzaufwendungen, die aufgrund schädigungsbedingter Hilflosigkeit entstehen. Je nach dem Grad der Pflegebedürftigkeit werden monatliche Festbeträge (seit 1.7.1991 gestaffelt zwischen 422,— DM und 2.097,— DM) gewährt. Entstehen Zusatzaufwendungen für fremde Hilfe (z. B. infolge Krankheit der Pflegeperson), ist die Pflegezulage jeweils für höchstens sechs Wochen entsprechend zu erhöhen (§ 35 Abs. 2 S. 4 BVG)⁹². Auch diese Pflegezulage steht dem pflegebedürftigen Kriegsbeschädigten selbst zu. Sie ist unabhängig davon, wer die Pflege erbringt und ob diese vertraglich geschuldet wird oder nicht. Eine Anrechnung von Einkommen oder Vermögen findet nicht statt.

8. Mangels gesetzlicher Pflegeversicherung (vgl. oben 5.) entfällt die finanzielle Hauptlast der Unterstützung pflegebedürftiger Menschen derzeit auf die Sozialhilfeträger. Die sog. *Hilfe zur Pflege gem. §§ 68, 69 BSHG* bildet den kostenintensivsten Hilfetyp der Sozialhilfe⁹³. Etwa ein Drittel der 1,2 Mio. Hauptpflegebedürftigen in den alten Bundesländern sowie ca. 70% der etwa 650.000 Heimpflegebedürftigen beziehen Hilfe zur Pflege nach dem BSHG.

Die gesetzliche Regelung der Hilfe zur Pflege als Teil der sog. Hilfe in besonderen Lebenslagen (HbL) hat durch Verweisungen in anderen Gesetzen (z. B. § 27 d Abs. 1 Nr. 9 BVG für den Bereich der Kriegsopferfürsorge) Modellicharakter. Für alle Sozialhilfeleistungen im Bereich der HbL gelten gegenüber der allgemeinen BSHG-Hilfe zum Lebensunterhalt (HLU, hierzu oben III. 2. f.) Besonderheiten. Das Prinzip des Nachrangs der Sozialhilfe gegenüber eigenen Anstrengungen des Hilfeempfängers bzw. Leistungen Dritter ist mit Rücksicht auf die benachteiligte Stellung der Hilfeempfänger in besonderen Lebenslagen (z. B. Blinde, werdende Mütter, pflegebedürftige sowie alte Mitmenschen) gelockert. Die Schonvermögensgrenze für verwertungsfreie Barbeiträge (§ 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG) liegt beispielsweise im Rahmen der HbL — wie oben II 1 a. ausgeführt — deutlich höher als beim Bezug von HLU (4.500,— DM bzw. 8.000,— DM bei Schwerstpflegebedürftigkeit gegenüber allgemein 2.500,— DM). Auch ist gem. § 88 Abs. 3 Satz 2 BSHG bei der HbL in verstärktem Maße zu prüfen, ob die Verwertung des Vermögens für die angemessene Lebensführung des Hilfeempfängers eine Härte bedeuten würde. Sehr viel deutlicher wird die Privilegierung der HbL jedoch im Bereich der Einkommensanrechnung: Während bei der allgemeinen, dem Ausgleich individueller Bedürftigkeit dienenden HLU grundsätzlich jedes Einkommen anzurechnen ist (§ 76 bis 78 BSHG), gelten bei der HbL gestaffelte Einkommensgrenzen, bei deren Unterschreitung eine Anrechnung sehr häufig ausscheidet. Diese Einkommensgrenzen werden jährlich parallel zur Steigerung der allgemeinen Bemessungsgrundlage in der gesetzlichen Rentenversicherung angepaßt (§ 82 BSHG). Seit dem 1. Juli 1991 gilt bei sog. einfacher Pflegebedürftigkeit ein Grundeinkommensfreibetrag in Höhe von 900,— DM, zzgl. der Kosten einer angemessenen Unterkunft sowie eines weiteren Zuschlags in Höhe von 80% des Sozialhilferegelsatzes für den nicht getrenntlebenden Ehegatten (derzeit also z. B. 409,— DM im Stadtbereich München). Bei sog. erheblicher Pflegebedürftigkeit oder bei dauernder Heimunterbringung erhöht sich der genannte Grundbetrag auf 1.350,— DM; bei sog. Schwerstpflegebedürftigkeit beläuft er sich sogar auf 2.701,— DM (§§ 79 Abs. 1, 81 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 BSHG); hinzu kommen die oben erwähnten Zuschläge. Der Einsatz des die genannten Grenzen übersteigenden Einkommens ist dem Hilfeempfänger regelmäßig zuzumuten (§ 84 Abs. 1 BSHG)⁹⁴. Unterhalb der Einkommensgrenzen kann eine Aufbringung von Mitteln des Hilfeempfängers nur verlangt werden, soweit die Leistungen eines Dritten zu identischen Zwecken, wie sie die Sozialhilfe im Rahmen der HbL verfolgt, gewährt werden (§ 85 Nr. 1 BSHG) sowie bei der Heimunterbringung eines Pflegebedürftigen, insbesondere wenn diese Unterbringung voraussichtlich auf Dauer angelegt ist und der Hilfeempfänger keine weiteren Personen überwiegend zu unterhalten hat (§ 85 Nr. 3 BSHG).

⁹³ Im Jahre 1988 entfielen ca. 1/3 der Sozialhilfeausgaben auf Pflegehilfen, ca. 90% dieses Aufwandes von ca. 8,6 Milliarden DM flossen in stationäre Heimeinrichtungen zur Aufbringung der Pflegesätze von derzeit durchschnittlich 4.000 bis 5.500,— DM monatlich. Die Ausgaben dürften nach Auskunft der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe zwischen 1986 und 1990 um etwa 35% gestiegen sein. Die Bezirke in Bayern rechnen für 1992 mit einer weiteren Steigerung um ca. 9,5% (SZ 1991 Nr. 236, S. 23).

⁹⁴ Nach BVerwG ZfSH 1990, 358 handelt es sich bei der im Wortlaut des § 84 Abs. 1 BSHG verwendeten Einschränkung „in angemessenem Umfang“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff (also keine Ermessensvorschrift), für dessen Auslegung das Gesetz in Satz 2 beispielhafte Kriterien nennt.

⁹⁰ Gem. § 16 KVLG 1989 können beispielsweise landwirtschaftliche Krankenkassen häusliches Krankenpflegepersonal anstellen.

⁹¹ Hiernach wird ein besonderes Pflegegeld gewährt, wenn der Unfallversicherte weder durch Angehörige noch durch externe Pflegekräfte in geeigneter Weise gepflegt werden kann, vgl. *Wahl*, S. 63.

⁹² In der Fassung des 20. Anpassungsgesetzes der Leistungen nach dem BVG vom 21.6.1991, BGBl I 1311.

Die Untersuchung des Einflusses vertraglich vereinbarter Versorgungsleistungen auf die Sozialhilfeansprüche bei Pflegebedürftigkeit hat zwischen HbL-Leistungen für Hauspflegebedürftige (§ 69 BSHG) und Leistungen für in Heimen untergebrachte Sozialhilfebezieher zu differenzieren. Der ambulanten Pflege, welche möglichst durch nahestehende Personen oder im Wege der Nachbarschaftshilfe vorgenommen werden soll (§ 69 Abs. 2 Satz 1 BSHG) gebührt hierbei nach dem Leitbild des BSHG der Vorrang (§ 3 a BSHG).

a) *Sozialhilfeleistungen bei häuslicher Pflege* und ihre Wechselwirkung mit vertraglichen Versorgungsansprüchen. Soweit die häusliche Pflege durch Angehörige oder Nachbarn übernommen wird, sind die angemessenen Aufwendungen dieser sog. Pflegepersonen dem Pflegebedürftigen zu erstatten. Die einschlägigen Verwaltungsvorschriften⁹⁵ nennen etwa den Ersatz angefallener Fahrtkosten, Verpflegungsmehraufwand, Ausgaben für die Reinigung der Kleidung der Pflegeperson, für eine durch die Pflege erforderliche gewordene Kinderbetreuung etc. Ferner können dem Pflegebedürftigen angemessene Beihilfen zugunsten dieser Pflegepersonen gewährt werden (z. B. Entschädigung für unvermeidbaren Verdienstausfall; Übernahme der Prämien einer Krankenversicherung der Pflegeperson etc.). Als weitere Ermessensleistung können Alterssicherungsbeiträge für die Pflegeperson übernommen werden. Aufwendungsersatzung und Pflegebeihilfen stehen dem Pflegebedürftigen zu; sie werden in der Praxis häufig in Form einer monatlichen Pauschalsumme gezahlt (sog. „kleines Pflegegeld“)⁹⁶.

Ist neben oder anstelle der häuslichen Pflege durch Angehörige oder Nachbarn die Heranziehung einer besonderen Pflegekraft (z. B. Altenpfleger, Krankenpfleger, Zivildienstleistender) erforderlich, so sind die angemessenen Kosten (regelmäßig in Höhe der von einem Wohlfahrtsverband in Rechnung gestellten Pauschalsätze) zu übernehmen (§ 69 Abs. 2 Satz 3 BSHG).

Ab sog. erheblicher Pflegebedürftigkeit — d. h. Hilflosigkeit, welche für die regelmäßig wiederkehrenden (personenbezogenen)⁹⁷ Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens in erheblichem Umfang dauerndes Angewiesensein auf Wartung und Pflege erwarten läßt (Zeitaufwand täglich mindestens eine Stunde) — wird zudem ein *Pflegegeld* gewährt. Dieses beträgt seit 1. Juli 1991 341,— DM; es ist bei sog. außergewöhnlicher Pflegebedürftigkeit angemessen (in der Praxis regelmäßig um 50%) zu erhöhen (§ 69 Abs. 4 Satz 1 2. Halbsatz BSHG). Außergewöhnliche Pflegebedürftigkeit erfordert nach der Rechtsprechung⁹⁸ etwa besonders zeitaufwendige (täglich mindestens 2 Stunden), unangenehme oder peinliche (häufiges Einnässen) oder körperlich anstrengende Pflegetätigkeit. Für sog. Schwerstpflegebedürftige (z. B. Schwerstbehinderte im Sinne des § 1 der SchwbVO, geistig behinderte oder vergleichbare Personen, die ständi-

ger Aufsicht bedürfen⁹⁹) beträgt das Pflegegeld derzeit 928,— DM pro Monat (§ 69 Abs. 4 Satz 2 BSHG). Es liegt an der Hand, daß die Abgrenzung der Pflegebedürftigkeitsstufen in der Praxis nur unter Schwierigkeiten gelingt¹⁰⁰.

Das (jährlich dynamisierte, § 69 Abs. 6 BSHG) Pflegegeld entfällt, wenn gleichartig andere gesetzliche (Geld-¹⁰¹) Leistungen (z. B. Pflegezulage gem. § 35 BVG) bezogen werden (§ 69 Abs. 3 Satz 3 BSHG); es ist zu kürzen bei Bezug von Blindengeld oder teilstationärer Unterbringung (§ 69 Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 Satz 3 BSHG)¹⁰². Soweit neben dem Pflegegeld Aufwendungen nahestehender Pflegepersonen oder die Kosten von Pflegekräften (§ 69 Abs. 2 Satz 2 oder 3 BSHG) erstattet werden, kann das Pflegegeld um bis zu 50% gekürzt werden (§ 69 Abs. 5 Satz 2 BSHG)¹⁰³. Auch das Pflegegeld steht dem Pflegebedürftigen selbst zu; es soll ihm die Möglichkeit geben, die Bereitschaft für künftige Hilfeleistungen zu wecken, dient also nicht unmittelbar der Abdeckung des Pflegebedarfs, sondern in erster Linie der Erhaltung der Pflegemotivation¹⁰⁴.

Hinsichtlich der *Anrechnung* vertraglich vereinbarter Gegenleistungen gelten für die Berücksichtigung regelmäßiger Geldzahlungen und geldwerter Sachleistungsbezüge (abgesehen von den erhöhten Einkommensgrenzen) keine Besonderheiten gegenüber der oben III 2 f. dargestellten Situation bei HLU-Bezügen nach dem BSHG. Die vertragliche Verpflichtung zur Wart und Pflege ihrerseits wird, wie dort bereits ausgeführt, mittlerweile nicht mehr als Problem der numerischen Anrechnung eines wie auch immer festzustellenden Geldwertes dieser Pflegeverpflichtung gesehen, sondern als Frage des (teilweisen) Wegfalls der in § 69 BSHG vorgesehenen Sozialhilfeleistungen wegen anderweitiger Bedarfsdeckung. Hierbei ist wiederum hinsichtlich der drei oben dargestellten Leistungsbereiche (Aufwendungsersatzung für Pflegepersonen, Kostenübernahme für Pflegekräfte, Pflegegeld) zu differenzieren:

— der Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen nahestehender Pflegepersonen („kleines Pflegegeld“), welcher schon bei einfacher Pflegebedürftigkeit gewährt wird, entfällt nach überwiegender Auffassung, wenn die häusliche Wart und Pflege aufgrund vertraglicher Verpflichtungen geschuldet wird¹⁰⁵. Hat der Hilfeempfänger bereits Anspruch auf „freie“ Wart und Pflege, besteht kein Bedürfnis, ihn durch Geldzuwendungen zur Kosten- und Aufwandserstattung zu befähigen¹⁰⁶.

⁹⁵ Bekanntmachung des Bay. Staatsministeriums für Arbeit und Sozialordnung vom 6. 5. 1983, AMBl 1983 A 111, Ziff. 3.1.1.

⁹⁶ Vgl. BVerwGE 55, 31.

⁹⁷ Nach BVerwG FEVS 26, 1 und Tz. 2.2.1. der vorerwähnten Verwaltungsrichtlinien des BayStMinAS zählen zu den „Verrichtungen“ i. S. d. § 69 Abs. 3 BSHG nur die personenbezogenen Tätigkeiten (An- und Auskleiden, Nahrungsaufnahme, Waschen, Verrichten der Notdurft etc.), nicht die hauswirtschaftlichen Arbeiten (Wäsche waschen, Nahrungsmittel einkaufen, Mahlzeiten zubereiten, Zimmer reinigen etc.; insoweit kann jedoch §§ 70, 71 BSHG — Hilfe zur Weiterführung des Haushaltes — einschlägig sein). Das OVG Münster vertritt in seiner Entscheidung ZfSH 1989, 194 allerdings die Ansicht, diejenigen hauswirtschaftlichen Tätigkeiten, für die ein besonderer, durch das Leiden des Pflegebedürftigen bedingter Bedarf bestehe, zählten ebenfalls zu den Verrichtungen i. S. d. § 69 Abs. 3 BSHG.

⁹⁸ Vgl. etwa OVG Berlin FEVS 16, 180; OVG Lüneburg FEVS 31, 138.

⁹⁹ Vgl. § 24 Abs. 2 Satz 1 BSHG und die hierzu ergangene Durchführungsverordnung vom 28. 6. 1974, BGBl. I 1375.

¹⁰⁰ An die Eintragungen im Behindertenausweis (z. B. Merkmal „H“ bei Hilflosigkeit) ist der Sozialleistungsträger dabei nicht gebunden, BVerwG NJW 1989, 601.

¹⁰¹ Vgl. VG Hannover vom 27. 3. 1990 — 3 VG A 324/88 — : häusliche Krankenpflege gem. §§ 53 ff. SGB V als Sachleistung führt zu keiner Kürzung.

¹⁰² Hierzu jüngst BVerwG MDR 1991, 1101.

¹⁰³ *Krahmer* führt in ZfSH 1989, 567 zu Recht aus, eine schematische Ermessensausübung in Form der Subtraktion der übernommenen Pflegekraftkosten vom Pflegegeld sei rechtswidrig.

¹⁰⁴ So schon BVerwGE 29, 108; BVerwG FEVS 23, 45, st. Rspr.

¹⁰⁵ Eine pauschale Kürzung allein aufgrund des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Pflegeperson und Pflegebedürftigem ist jedoch nicht zulässig, OVG Münster ZfSH 1989, 475.

¹⁰⁶ Vgl. auch Tz. 69.01, letzter Satz der Sozialhilferichtlinien des Bayerischen Städtetages, des Landkreisverbandes Bayern und des Verbandes der bayerischen Bezirke i. d. F. der Bekanntmachung des Bay. Staatsministeriums für Arbeit und Soziales vom 15. 9. 1989, AImBl 1989, 821 ff. Über die Anwendung dieser Richtlinien beschließt der Sozialhilfeausschuß beim örtlichen und überörtlichen Träger der Sozialhilfe (Art. 2 Abs. 1 Satz 2, Art. 6 Abs. 1 Satz 2 BayAGBSHG). Ihre Anwendung führt zur Selbstbindung der Verwaltung.

— die Übernahme der Kosten für externe Pflegekräfte kann gem. § 69 Abs. 2 Satz 3 BSHG beansprucht werden, wenn deren Heranziehung „erforderlich“ ist. Die Praxis der Sozialhilfeträger knüpft hierbei, soweit ersichtlich, an die Ermittlung des vertraglich geschuldeten Pflegeumfanges an: hinsichtlich der Pflegeleistungen, welche im Rahmen des Überlassungsvertrages versprochen wurden, besteht die (allenfalls durch unvorhersehbare Schicksalsschläge widerlegliche) Vermutung, daß sie vom Pflegeverpflichteten ohne Inanspruchnahme externer Kräfte erbracht werden können. Damit entfällt regelmäßig die Übernahme der Kosten einer externen Kraft für allgemeine hauswirtschaftliche Verrichtungen (Lebensmitteleinkauf, Reinigen der Wäsche, Zubereiten der Mahlzeiten, Reinigung des Zimmers etc.), auch soweit sie mit der Pflegebedürftigkeit im Zusammenhang stehen (Betten machen, Leeren des Nachtstuhls). Gleiches gilt regelmäßig für die sog. personenbezogenen Verrichtungen der Grundpflege (Hilfe bei Aufstehen und zu Bett gehen, An- und Auskleiden, Nahrungsmittelaufnahme, Körperpflege, Bewegung, geistiger Erholung). Im Bereich der medizinisch indizierten Behandlungspflege werden allerdings wohl nur solche Verrichtungen geschuldet sein, welche ohne besondere Ausbildung nach kurzer Anleitung von jedermann vorgenommen werden können (z. B. Einreibungen, Umschläge etc.), nicht jedoch Maßnahmen, die üblicherweise gewisser Kenntnisse oder Erfahrung bedürfen und bei unsachgemäßer Handhabung Risiken bergen (z. B. Verabreichung von Spritzen etc.). Es ist — nicht nur mit Blick auf den Wegfall des Kostenersatzes für externe Pflegekräfte — ratsam, das Maß der geschuldeten Wart und Pflege im Übergabevertrag detaillierter zu regeln, als dies bisher regelmäßig im Rahmen formelhafter Umschreibungen geschehen ist (vgl. hierzu unten E III 1). Differenzierungen können sich auch hinsichtlich des zeitlichen Maßes sowie der „Lästigkeit“ des Pflegeaufwandes ergeben. Nach Ansicht von *Wahl*¹⁰⁷ ist beispielsweise die Übernahme von Wart und Pflege im Rahmen der beiden höchsten Pflegebedürftigkeitsstufen des § 69 BSHG (d. h. bei einer zeitlichen Inanspruchnahme von mehr als 2 Stunden täglich oder besonders unangenehmer bzw. schwieriger Leistung) im Rahmen von Altenteilsverträgen nur dann geschuldet, wenn dies ausdrücklich vorgesehen ist. Die Rechtsprechung hat dagegen den Verpflichtungsumfang aus vertraglichen Versorgungsansprüchen eher extensiv ausgelegt: mangels klar einschränkender Regelung sei u. U. sogar die Übernahme der Pflege bei außergewöhnlicher Pflegebedürftigkeit (d. h. in der höchsten Pflegestufe!) geschuldet¹⁰⁸; ggf. müsse der Verpflichtete eben die Kosten einer qualifizierten Pflegekraft übernehmen¹⁰⁹.

Soweit die pflegende Versorgung des Veräußerers nach dem Ergebnis der Auslegung oder nach der Formulierung des Überlassungsvertrages nicht geschuldet wird oder unverschuldet nicht im versprochenem Maße erbracht werden kann, sind die Kosten für den angemessenen Einsatz externer Pflegekräfte — sofern die allgemeinen Einkommensgrenzen nicht überschritten sind — im Rahmen des § 69 Abs. 2 Satz 3 BSHG ohne Kürzung zu ersetzen.

— der Einfluß einer vertraglichen Pflegeverpflichtung auf die (betragsmäßig am stärksten ins Gewicht fallende) Gewährung von Pflegegeld ist noch immer nicht vollständig geklärt¹¹⁰. Der in der oben III 2 f. erwähnten Entscheidung BVerwGE 28, 109 entwickelte Ansatz, der Anspruch auf Pflegeleistung sei als Einkommen zu werten, dessen Einsatz wegen § 85 Nr. 1 BSHG (Zweckidentität) auch unterhalb der Einkommensgrenzen der HbL gefordert werden könne, darf wohl in dieser Form nicht mehr zugrundegelegt werden. Da das Pflegegeld gem. § 69 Abs. 3 BSHG die tatsächliche Erbringung der Pflege durch nahestehende Personen gerade voraussetzt und fördern soll, also offensichtlich das Gesetz selbst davon ausgeht, daß auch bei tatsächlicher Leistungserbringung weiterhin Bedarf für finanzielle Motivation besteht, kann von einer Zweckidentität der vertraglichen Pflegeverpflichtung mit dem gesetzlichen Pflegegeld keine Rede sein. Der BayVGh hat in der ebenfalls bereits erwähnten Entscheidung ZfSH 1989, 580 kurz ausgeführt, es sei allenfalls an einen teilweisen Bedarfswegfall zu denken, da der Motivationsschub bei ohnehin bestehender vertraglicher Verpflichtung nicht die Intensität erreichen müsse, die bei der Pflege aus „bloß“ sittlicher Veranlassung notwendig sei. Der einzige im Gesetz geregelte Fall einer teilweisen Kürzung des Pflegegeldes wegen teilweisen Wegfalles des Bedarfes ist jedoch die Reduzierung bei teilstationärer Betreuung des Pflegebedürftigen (§ 69 Abs. 4 Satz 3 BSHG). Meines Erachtens existiert daher de lege lata keine Grundlage für eine Teilkürzung des Pflegegeldes bei vertraglicher Pflegeverpflichtung¹¹¹.

In der Praxis wird jedoch, den Sozialhilferichtlinien¹¹² folgend, großenteils weiterhin das Pflegegeld in der Regel um die Hälfte gekürzt. Das OVG Münster hat dies gebilligt¹¹³. Wie eine telefonische Umfrage ergeben hat, versuchen allerdings einzelne Sozialhilfeträger insbesondere im fränkischen Raum, durch differenzierende Prüfung den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles besser gerecht zu werden: Je höher der Wert des übergebenen Anwesens ist, je kürzer die Übergabe zurückliegt, je geringer der Gesamtumfang der dabei vereinbarten Gegenleistungen ist, je weniger diese bisher tatsächlich aktuell geworden sind, um so höher wird die vertragliche Pflegeverpflichtung auf das Pflegegeld angerechnet.

Zur Stützung der Praxis einer Pflegegeldkürzung läßt sich allenfalls anführen, daß gem. § 69 Abs. 5 Satz 2 BSHG eine bis zu hälftige Reduzierung des Pflegegeldes erfolgen kann, wenn gleichzeitig Aufwendungen für Pflegepersonen oder Kosten von Pflegekräften erstattet werden. Hieraus ist zu schließen, daß auch nach Auffassung des Gesetzgebers das Pflegegeld zumindest teilweise den Charakter eines pauschalierten Aufwandsersatzes hat, der jedoch — wie ausgeführt — bei vertrag-

¹⁰⁷ A. a. O. S. 203 Fn 1, S. 157 f.; ähnlich *Millich*, S. 68 ff.

¹⁰⁸ So etwa OVG Münster ZfF 1990, 133 zu der Klausel, „... die Eltern bis an deren Lebensende in gesunden und kranken Tagen unentgeltlich zu warten und zu pflegen, d. h. denselben alle Handreichungen zu tun, wie es dem Stande und den Bedürfnissen derselben entspricht.“

¹⁰⁹ OLG Schleswig, SchIHA 56, 334 (335); vgl. auch *Millich*, S. 71.

¹¹⁰ Vgl. zum folgenden insbesondere *Germer*, BWNtZ 1983, 73 ff. sowie *Küfner*, ZfSH 1985, 66 ff.

¹¹¹ Ebenso *Gottschick/Giese*, Kommentar zum BSHG, 9. Aufl. 1985, Anm. 10.2. zu § 69; *Bayer*, ZfF 1977, 78 ff.

¹¹² Tz. 69.01 der SH-Richtlinien; eine Neuformulierung im Hinblick auf das noch nicht umgesetzte Urteil des BayVGh ZfSH 1989, 580 wird jedoch erwogen.

¹¹³ OVG Münster vom 25. 1. 1988, ZfSH 1989, 41. Im älteren Schrifttum wurde teilweise gar das völlige Entfallen des Pflegegeldes bei vertraglichem Pflegeanspruch gefordert, so etwa von *Fuchs*, ZfF 1967, 68 f.

licher Verpflichtung zur Vornahme der Pflege und zur Erbringung der notwendig damit verbundenen Aufwendungen entfallen kann.

In der täglichen Beratungspraxis ist bis auf weiteres davon auszugehen, daß die vertragliche Vereinbarung der Wart und Pflege im Rahmen von Altenteilsverträgen bei etwaigem künftigen Bezug von Pflegegeld zu dessen hälftiger Kürzung führen wird.

b) *Sozialhilfeansprüche¹¹⁴ für Pflegebedürftige bei Heimunterbringung* und ihre Wechselwirkung mit vertraglichen Überlassungsgegenleistungen

Ist eine ambulante Versorgung des Pflegebedürftigen nicht mehr möglich, erbringt der Sozialhilfeträger seine Verpflichtung zur Gewährung der Hilfe zur Pflege (§ 68 Abs. 1 BSHG) durch Übernahme der Kosten einer Alten- oder Pflegeheimunterbringung. Voraussetzung ist das Bestehen einer Pflegegesetzvereinbarung zwischen Sozialhilfeträger und Heimträger, wobei freie Wohlfahrtsverbände vorrangig berücksichtigt werden sollen (§ 93 Abs. 2 BSHG). Der Sozialhilfeanspruch des Heimbewohners, welcher ihm gegenüber durch Bewilligungsbescheid konkretisiert ist, wird durch Erklärung der Kostenübernahme unmittelbar gegenüber dem Heimträger erfüllt. Der durch den Pflegegesetz nicht abgedeckte notwendige Bedarf des Hilfeempfängers ist direkt vom Sozialhilfeträger — unter Wahrung des Nachrangprinzips der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 BSHG) — zu erbringen. In den meisten Fällen beschränkt sich diese ergänzende Leistungspflicht auf die Auszahlung des sogenannten „Barbetrages zur persönlichen Verfügung“ (§ 21 Abs. 3 in Verbindung mit § 27 Abs. 3 BSHG, sog. Taschengeld), welches zur Erfüllung der regelmäßig anfallenden persönlichen Bedürfnisse des Heimbewohners bestimmt ist. Der Barbetrag wird in Höhe von 30% des Regelsatzes eines Haushaltsvorstandes gewährt, beläuft sich also derzeit auf ca. 135,— bis 155,— DM; er erhöht sich regelmäßig um die Hälfte dieses Betrages, wenn der Hilfeempfänger einen Teil der Aufenthaltskosten im Heim aus eigenem Einkommen trägt. Der Barbetrag wird gekürzt, wenn der Hilfeempfänger ihn trotz Belehrung in „unwirtschaftlicher“ Weise einsetzt (z. B. ständig verspielt, § 25 Abs. 2 Nr. 2 BSHG); die Gewährung darf vollständig unterbleiben, wenn eine bestimmungsgemäße Verwendung z. B. aufgrund geistiger Behinderung nicht mehr möglich ist (§ 21 Abs. 3 Satz 1 BSHG).

Der Umfang der Pflicht zum Einsatz eigenen Vermögens oder Einkommens ist bei dauernder Heimunterbringung erweitert. So fällt regelmäßig die Schonvermögeenseigenschaft der angemessenen Wohnung im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG weg, wenn mit einer Rückkehr aus dem Heim nicht zu rechnen ist und kein weiteres Mitglied der Einsatzgemeinschaft (insbesondere der Ehegatte) diese Räume weiter bewohnt¹¹⁵. Der Einsatz eigenen Einkommens auch unterhalb der (gem. § 81 Abs. 1 Nr. 5 BSHG erhöhten) Einkommensgrenze kann „in angemessenem Umfang“ verlangt werden, solange der Hilfeempfänger nicht eine andere Person überwiegend unterhält und auf voraussichtlich längere

¹¹⁴ § 35 Abs. 2 BVG regelt in entsprechender Weise die Übernahme der Anstaltskosten für einen Infolge der Schädigung dauernd Pflegebedürftigen (unter Anrechnung auf die Versorgungsbezüge).

¹¹⁵ Das OVG Münster hatte in ZfSH 1983, 519 noch abweichend entschieden, das weitere Bewohnen der Räume durch den Ehegatten erhalte den Schonvermögenscharakter der Wohnung nicht. Dies dürfte durch die Neufassung des Gesetzes überholt sein.

Zeit¹¹⁶ der Pflege in einem Heim bedarf (§ 85 Nr. 3 Satz 2 BSHG). Von dieser Möglichkeit wird weitgehend Gebrauch gemacht.

Da die typischerweise vereinbarten Altenteilsnaturalleistungen einschließlich der Wart und Pflege ihrer Natur nach bzw. ihrem vertraglich konkretisierten Leistungsinhalt zufolge nur für den Zeitraum des Verbleibs des Übergebers im Anwesen zu erbringen sind (vgl. unten E III 3), entfällt bei Sozialhilfeleistungen im Rahmen der Heimunterbringung des Übergebers regelmäßig das oben behandelte, vorgelagerte Problem des möglichen Wegfalls der Sozialleistung wegen vorrangiger anderweitiger Bedarfsdeckung. Die Auseinandersetzung verlagert sich überwiegend auf die Ebene der Vermögens- und Einkommensanrechnung, wobei der Sozialhilfeträger in Höhe des anrechnungspflichtigen Einkommens entweder gegenüber dem Heimträger die Pflegegesetzleistungen kürzt oder — im Regelfall — den Heimträger in voller Höhe befriedigt, jedoch nach Überleitung gem. § 90 BSHG¹¹⁷ Erfüllung der geldwerten Ansprüche des Hilfeempfängers an die Sozialhilfeverwaltung verlangt. Hierbei wird seitens der Sozialhilfeträger häufig übersehen, daß die Überleitung des schuldrechtlichen Anspruchs zu keinem Übergang des diesen Anspruch sichernden dinglichen Rechtes (auch nicht kraft Gesetzes gem. §§ 401 Abs. 1, 412, 413 BGB) führt¹¹⁸. Anders liegt es nur bei der (akzessorischen) Hypothek. Dem Sozialhilfeträger dürfte jedoch nach Überleitung ein schuldrechtlicher Anspruch auf Neubestellung dinglicher Rechte zur Sicherung der schuldrechtlichen Ansprüche zustehen¹¹⁹, für welche jedoch wohl nicht die Vollstreckungsprivilegien des Altenteilsrechtes (z. B. § 9 Abs. 1 EGZVG oder § 850 d ZPO gelten)¹²⁰.

Hinsichtlich der Leistungen, welche ihrer Natur nach nur auf dem Grundstück gewährt werden können¹²¹ — d. h. insbesondere hinsichtlich eines Wohnungsrechtes und der Verpflichtung zur Erbringung von Dienstleistungen, bei entsprechender Klarstellung auch Wart und Pflege — stellt sich bei dauernder Heimunterbringung im Rahmen der Einkommens- und Vermögensanrechnung das zusätzliche Problem der „Umwandlung“ in Geldansprüche¹²², welche dann unstreitig anzurechnendes (und ggf. überzuleitendes) Einkommen darstellen. Die gem. Art. 96 EGBGB fortgeltenden landesrecht-

¹¹⁶ Nach Tz. 85.05 der SH-Richtlinien für Bayern ist hiervon auszugehen, wenn die Beendigung der Heimpflege nicht innerhalb von sechs Monaten zu erwarten ist.

¹¹⁷ Die Unpfändbarkeit oder Nichtabtretbarkeit bestimmter Altenteilsleistungen (§§ 850 b Abs. 1 Nr. 3 ZPO, 399 BGB) steht der Überleitung gem. § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG nicht entgegen. Wie oben (B II a. E.) ausgeführt, darf nur übergeleitet werden, soweit der Anspruch in der Hand des Hilfeempfängers nicht mehr zum Schonvermögen gezählt hätte, was jedoch bei auswärtiger Heimunterbringung im Hinblick auf § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG regelmäßig nicht mehr der Fall ist.

¹¹⁸ Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 147; *Plagemann*, AgrarR 1989, 86; a. A. zu Unrecht *Baur*, ZfSH 1982, 231 und LG Duisburg DNotZ 1984, 573.

¹¹⁹ So auch *Büllesbach*, ZfSH 1987, 350; *Plagemann*, AgrarR 1989, 87. Vgl. auch Art. 16 BayAGBGB, wonach der Leibgedingsberechtigte dingliche Sicherung seiner Ansprüche verlangen kann.

¹²⁰ A. A. jedoch *Plagemann*, AgrarR 1989, 87. Zur Durchsetzung übergeleiteter Altenteilsrechte durch den Sozialhilfeträger vgl. *Lanzenauer*, ZfSH 1966, 39 ff.

¹²¹ Vgl. insoweit auch Art. 8 BayAGBGB, wonach die dem Berechtigten zustehenden Leistungen auf dem überlassenen Grundstück zu bewirken sind.

¹²² Vgl. hierzu eingehend *Karpen*, MittRhNotK 1988, 144 f.; *Gitter*, DNotZ 1984, 603; *Büllesbach*, ZfSH 1987, 346; *Sbresny*, ZfF 1983, 222 ff.

lichen Vorschriften zum Leibgedingsrecht sehen überwiegend vor, daß eine dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entsprechende Geldrente zu entrichten ist, wenn der Berechtigte aus besonderen Gründen das Grundstück auf Dauer verläßt (so Art. 18 BayAGBGB). Diese Voraussetzungen sind in der Regel¹²³ erfüllt, wenn feststeht, daß der Berechtigte sein Wohnrecht und die Naturalleistungsansprüche wegen dauernder Heimunterbringung nicht mehr ausüben können¹²⁴. Die Rechtsprechung orientiert sich bei der Ermittlung der Höhe dieser Auszugsrente hinsichtlich des Wohnungsrechtes an der erzielbaren Nettomiete (deren Feststellung allerdings gerade im ländlichen Bereich häufig Schwierigkeiten bereitet), hinsichtlich des Wertes der Wart- und Pflegeverpflichtung am entfallenen täglichen Stundenaufwand (Stundensatz ca. 8–10 DM), hinsichtlich der entfallenen Aufwendungen für die Verköstigung an einer monatlichen Ersparnis von ca. 150,— DM¹²⁵. In Bayern wird aufgrund einer Abstimmung der zuständigen Sachgebietsleiter neuerdings häufig für den Wegfall der Verpflegung $\frac{1}{3}$ des Regelsatzes für Hilfeempfänger ab dem 19. Lebensjahr¹²⁶, für den Wegfall vertraglich vereinbarter Wart und Pflege die Hälfte des Pflegegeldbetrages gem. § 69 Abs. 3 BSHG (d. h. derzeit 170,50 DM pro Monat) angesetzt.

Auch außerhalb des Leibgedingsrechtes (also etwa häufig bei Übertragungsverträgen über städtisches Wohngebäude unter Rückbehalt eines Wohnungsrechtes)¹²⁷ hat der BGH (DB 1981, 1614) im Wege der Vertragsanpassung aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Abgeltung des Versorgungsanspruchs durch Zahlung von Geldbeträgen in entsprechender Höhe hergeleitet. Jüngst hat das OLG Köln (FamRZ 1991, 1432) diesen Ansatz weiter nuanciert: Die Parteien hatten das ursprünglich eingeräumte Nießbrauchsrecht gegen eine einmalige Zahlung in ein nichtübertragbares Wohnungsrecht „umgewandelt“. Nach Ansicht des Gerichts entfällt zwar die Geschäftsgrundlage für diese „Umwandlung“ aufgrund der späteren Heimunterbringung des Wohnungsrechtinhabers nicht, der Verpflichtete (= Erwerber) könne aber nach Treu und Glauben gehalten sein, die Ausübung des Wohnungsrechtes durch ihm zumutbare dritte Personen angesichts der wirtschaftlichen Notlage des Berechtigten zu gestatten. Dahinter steht wohl die (in den Urteilsgründen nicht ausgesprochene) Überlegung, die Mieteinnahmen als überleitungsfähiges Einkommen zur Deckung der Heimkosten heranziehen zu können.

Damit ist die Frage nach der *Überleitungsfähigkeit von Wohnungsrechten* aufgeworfen. Das frühere Schrifttum¹²⁸ hat sie unter Hinweis auf § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG, wonach die bürgerlich-rechtliche Nichtübertragbarkeit des Anspruchs seiner Überleitung auf den Sozialhilfeträger nicht entgegensteht, uneingeschränkt bejaht. Dem ist jedoch¹²⁹ zu widersprechen: Durch die Überleitung darf keine Erschwerung oder Änderung der Leistungspflicht des Schuldners eintreten. Diese Folge wäre jedoch unvermeidlich, wenn der Sozialhilfeträger ein Wohnungsrecht nach Überleitung durch Überlassung an dritte Personen „ausüben“ dürfte. § 90 Abs. 1 Satz 4 BSHG überwindet also lediglich rechtsgeschäftliche Ausschlüsse der Abtretbarkeit sowie gesetzliche Abtretungsausschlüsse, die nicht zur Wahrung der Identität des Leistungsinhaltes angeordnet sind. Bei unverändertem Leistungsinhalt aber ist das „übergeleitete“ Wohnungsrecht für den Sozialhilfeträger per se nichts wert, da es weiterhin auf Überlassung der Wohnräume an den ursprünglichen Wohnungsberechtigten gerichtet ist.

Es stellt sich also wiederum lediglich das oben behandelte Problem der Umwandlung des Wohnungsrechtsanspruchs in einen Geldanspruch (zu dessen Abdingbarkeit unten E III 3 c). Die in der sozialhilferechtlichen Kommentarliteratur¹³⁰ teilweise behauptete per-se-Umwandlung der Ansprüche auf Dienst- und Sachleistungen in Geldzahlungspflichten bei BSHG-Überleitung findet eine normative Grundlage nur im Erstattungsrecht der Leistungsträger untereinander (§ 108 SGB V), und ist daher außerhalb des oben beschriebenen spezialgesetzlichen Anwendungsbereichs der Landesausführungsgesetze zum BGB sowie der möglichen Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage abzulehnen.

Eine Überleitung von Wohnungsrechten gem. § 90 BSHG ist daher allenfalls dann möglich, wenn die Ausübung des Wohnungsrechtes schon vertraglich (über die gesetzliche Regelung des Art. 13 Abs. 1 BayAGBGB hinaus) gem. § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB an Dritte überlassen werden kann; die Rechtsprechung des OLG Köln, wonach sich eine solche Ausübungsübertragbarkeit aus § 242 BGB ergeben könne, ist allenfalls für den dort entschiedenen Sonderfall, in welchem das Wohnungsrecht an die Stelle eines früheren Nießbrauchrechtes getreten war, noch vertretbar.

D. Übersicht zu den übertragungsunabhängigen Ausgleichsansprüchen des Sozialleistungsträgers

Die bisherigen Ausführungen untersuchten primär die Frage, inwieweit der Bezug von Sozialleistungen die Wirksamkeit oder den Bestand der Grundbesitzübertragung selbst gefährdet (oben B) oder inwieweit die Übertragung selbst bzw. die vereinbarten Gegenleistungen zu Wegfall oder Kürzung der Sozialleistung führen können (oben C). Ein vollständiger Überblick erschließt sich jedoch erst, wenn auch die wichtigsten *übertragungsunabhängigen* Ausgleichsansprüche der Sozialleistungsträger mit einbezogen werden. Diese gewinnen insbesondere Bedeutung im Verhältnis zu Geschwistern des Erwerbers, welche sich häufig im Glauben wiegen, mit Erhalt einer geringen Abfindungszahlung zwar des elterlichen Erbes, aber auch der tatsächlichen und wirtschaftlichen Sorge um die Eltern im Alter ledig zu sein. Hier besteht für den Notar häufig Anlaß, auf folgende Gesichtspunkte hinzuweisen:

¹²⁸ Insbesondere *Baur* ZfSH 1982, 229 ff.

¹²⁹ Ebenso *Karpen*, MittRhNotK 1988, 146 f. und *Weirich*, Erben und Vererben, 2. Aufl. 1987 Rdnr. 410.

¹³⁰ *Schellhorn*, 13. Aufl. 1988 Anm. 9 zu § 90; *Gottschick/Giese*, Anm. 2.2. zu § 90; ebenso *Germer*, BWNotZ 1983, 75.

¹²³ Zu beachten ist jedoch in diesem Zusammenhang die Entscheidung des LG Duisburg NJW-RR 1987, 1349, wonach keine Geldersatzrente für ein Wohnungsrecht geschuldet wird, wenn die Räume für den Berechtigten auch nach dessen Heimunterbringung aus psychologischen Gründen weiter freigehalten werden. Nach AG Paderborn 2 C 621/91 (unveröff.) erlischt auch das „schlichte“ lebenslängliche Wohnungsrecht nicht ohne weiteres mit dem Umzug in ein Altenheim.

¹²⁴ Vgl. OLG Köln NJW-RR 1989, 138. Die bloße Aufnahme in ein Pflegeheim gestattet diese Schlußfolgerung allerdings noch nicht.

¹²⁵ Vgl. etwa LG Osnabrück, Recht der Landwirtschaft 1991, 270; an früheren Urteilen ist etwa zu nennen LG Kaiserslautern ZfF 1982, 157; OLG Hamm MittBayNot 1983, 228; LG Hannover AgrarR 1987, 20; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 13.

¹²⁶ Dieser entspricht i. d. R. 80% des Regelsatzes eines Haushaltsvorstandes. Für den Landkreis München ergibt sich demnach als Anrechnungsbetrag z. B. $\frac{1}{3}$ von 80% aus 486 DM, d. h. derzeit 128,30 DM pro Monat.

¹²⁷ So der Sachverhalt in LG Duisburg MittRhNotK 1989, 194; vgl. jedoch LG Bamberg MittBayNot 1992, 144 zu einem Leibgeding an städtischem Anwesen.

I. Überleitung zivilrechtlicher Unterhaltsansprüche:

Alle nachrangigen Sozialleistungsarten sehen vor, daß zivilrechtliche Unterhaltsansprüche des Hilfeempfängers gegen Verwandte ersten Grades oder geschiedene Ehegatten übergeleitet werden dürfen (§ 91 BSHG, § 27 g BVG hinsichtlich der Kriegsopferfürsorge, § 40 Abs. 1 AFG im Bereich der Arbeitslosenhilfe)¹³¹.

Der Inhalt des übergeleiteten Anspruchs richtet sich weiterhin nach dem Unterhaltsrecht des BGB. Da nicht gesteigert unterhaltspflichtige Schuldner den Unterhaltsgläubiger insoweit zunächst auf die vollständige Verwertung eigenen Einkommens oder Vermögens verweisen dürfen, findet in der Praxis¹³² eine fiktive Berechnung der „Aufzehrung“ vorhandenen etwaigen Schonvermögens statt mit der Folge, daß die Inanspruchnahme des Unterhaltsschuldners durch den Sozialhilfeträger erst nach einer gewissen „Karenzzeit“ zu greifen beginnt¹³³. Die Überleitung selbst darf nach § 91 Abs. 1 Satz 2 BSHG nur in dem Umfang vorgenommen werden, als der Hilfeempfänger — Erhalt des Unterhaltsbetrages unterstellt — zu dessen Einsatz verpflichtet wäre, wobei die erhöhte Einkommensverwertungspflicht bei Heimunterbringung (§ 85 Nr. 3 Satz 2 BSHG) kraft gesetzlicher Anordnung unberücksichtigt bleibt¹³⁴.

Vorausgegangene Vermögensminderungen der Unterhaltsschuldner durch Übertragung von Vermögensteilen an Personen, die zivil- oder sozialhilferechtlich nicht zum Unterhalt verpflichtet sind (z. B. Enkel der hilfebedürftigen Großeltern, vgl. § 91 Abs. 1 Satz 1 BSHG), sind durch den Sozialhilfeträger nicht beseitigbar, sofern keine Sittenwidrigkeit des Übertragungsvertrages festzustellen ist. Die Überleitung des Unterhaltsanspruchs gegen die unmittelbaren Abkömmlinge berechtigt nämlich den Sozialhilfeträger nicht dazu, einen etwaigen Herausgabeanspruch der Unterhaltsschuldner aus § 528 BGB (Verarmung) als nunmehriger „Unterhaltsgläubiger kraft Überleitung“ zu pfänden und anschließend an sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Dem steht die Unpfändbarkeit des Herausgabeanspruchs aus § 528 BGB entgegen (§ 852 Abs. 2 ZPO)¹³⁵.

Das Risiko der Überleitung bürgerlicher Unterhaltsansprüche stellt sich insbesondere im Verhältnis zu weichen Geschwistern. Häufig wird jedoch insoweit ein Härtefall gem. § 91 Abs. 3 BSHG vorliegen, so daß bei mäßigen Einkommensverhältnissen nicht selten von der Inanspruchnahme der Geschwister des Erwerbers abgesehen wird¹³⁶. Im übrigen beläuft sich die Einkommensfreigrenze bei der statistischen Durchschnittsfamilie (der alleinverdienende Ehemann ist Unterhaltsschuldner) mit regionalen Abweichungen auf derzeit ca. 2.800,— DM (1.350,— DM für den unterhaltspflichtigen Ehemann zuzüglich 366,— DM für

jeden Angehörigen und 30% Aufschlag für den nicht berufstätigen Ehegatten sowie ortsübliche Miete — bei Doppelverdienern entfällt der 30%ige Aufschlag und die Miete wird nur zur Hälfte berücksichtigt); vom übersteigenden Betrag wird (je nach Schuldendienst) durch die Sozialverwaltung grundsätzlich ein Viertel herangezogen. Hinsichtlich des einzusetzenden Barvermögens des Unterhaltsschuldners beträgt die Freigrenze derzeit das zehnfache (falls kein Grundbesitz vorhanden ist das zwanzigfache) Produkt der persönlichen Freibeträge, welche sich auf 4.500,— DM für den Unterhaltsschuldner, 1.200,— DM Familienzuschlag sowie weitere 500,— DM für jeden nicht verdienenden Angehörigen belaufen. Bei Gütergemeinschaft wird übersteigendes Vermögen zur Hälfte als Maßstab der Leistungsfähigkeit herangezogen (Angaben zur Praxis der Sozialhilfeverwaltung Mittelfranken über Notar *Dr. Albrecht*, Heilsbrunn).

Neben der Inanspruchnahme aus der Unterhaltspflicht ist an die Überleitung des elterlichen Rückforderungsanspruchs bezüglich der an die Geschwister geflossenen Abfindungszahlungen gem. §§ 528 BGB¹³⁷, 90 BSHG zu denken, sofern insoweit keine Entreicherung eingetreten ist. Mehrere „beschunkte“ Geschwister haften dem Übergeber gegenüber dabei nicht nur als Teilschuldner (BGH DNotZ 1992, 102).

In diesem Zusammenhang sei ferner darauf verwiesen, daß auch dem Übernehmer umgekehrt das Risiko, für weichende Geschwister aufkommen zu müssen, drohen kann. Dies ist dann der Fall, wenn wegen Erwerbs des überwiegenden elterlichen Vermögens (§ 419 BGB) die z. Zt. der Übergabe schon „im Keim“ vorhandene Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber den Geschwistern auf den Hofübernehmer übergeht, mit der Folge, daß er vom Sozialhilfeträger gem. §§ 90, 91 BSHG in Anspruch genommen wird. Dieses Risiko besteht insbesondere dann, wenn Geschwister des Übernehmers zum Übergabezeitpunkt behindert sind¹³⁸.

II. Selbständige Erbenhaftung (§ 92 c BSHG)

Gem. § 92 c BSHG — eine vergleichbare Vorschrift existiert bei den übrigen nachrangigen Sozialleistungen nicht — sind die Erben¹³⁹ des Hilfeempfängers oder seines Ehegatten, falls dieser vor dem Hilfeempfänger stirbt, zum Ersatz der innerhalb eines Zeitraums von 10 Jahren vor dem Erbfall rechtmäßig¹⁴⁰ aufgewendeten Sozialhilfe — abgesehen von einem geringen Freibetrag von derzeit 2.700,— DM — verpflichtet. Die Erben haften nur mit dem Nachlaß (§ 92 c Abs. 2 BSHG), wobei jedoch dieser — abgesehen von einem weiteren Sockelbetrag von wiederum

¹³¹ Vgl. hierzu allgemein *Frank* BWNNotZ 1983, 158; *Karpen*, MittRhNotK 1988, 137.

¹³² Entsprechend den Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (Empfehlungen für die Heranziehung Unterhaltspflichtiger, 1987, Rdnr. 41).

¹³³ Hierzu umfassend *Münder*, NJW 1990, 2033 ff.; *Schellhorn*, Familie und Recht (FuR) 1990, 20 ff.

¹³⁴ Diese Privilegierung gilt nur bei bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsansprüchen, nicht auch im Rahmen der Überleitung sonstiger Ansprüche gem. § 90 BSHG, welche sich zufällig gegen Unterhaltspflichtige richten, BVerwG NVwZ 1987, 890.

¹³⁵ Vgl. *Frank*, BWNNotZ 1983, 159; *Karpen*, MittRhNotK 1988, 141.

¹³⁶ Eingehend zur Heranziehung unterhaltspflichtiger Kinder mit Berechnungsbeispielen *Niemann* ZfSH 1988, 178, sowie die SH-Richtlinien in Bayern, Tz 91.01 ff.

¹³⁷ Zum Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Unentgeltlichkeit trotz Pflichtteilsverzichts, der durch die Geschwister „als Gegenleistung“ für die Abfindung regelmäßig erklärt wird, vgl. BGH MittBayNot 1991, 114.

¹³⁸ Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 146; *Winkler*, MittBayNot 1979, 58.

¹³⁹ Zugrunde zu legen ist der zivilrechtliche Erbenbegriff, *Knopp/Fichtner*, Kommentar zum BSHG, 6. Aufl. 1988, § 92 a Rdnr. 12. Daher ist z. B. beim sog. „Behindertentestament“ der Nacherbe nicht zum Ersatz der dem behinderten Vorerben gewährten Sozialhilfe verpflichtet, vgl. jüngst LG Konstanz, FamRZ 1992, 360.

¹⁴⁰ BVerwG NJW 1988, 2551: Keine Erbenhaftung, wenn der Sozialhilfeträger vorhandenes, einsatzpflichtiges Vermögen des Hilfeempfängers übersehen hat. Soll trotz einsatzpflichtigen Vermögens (etwa bis zu dessen wirtschaftlicher Verwertung) Sozialhilfe gewährt werden, ist regelmäßig die darlehensweise Auszahlung (§ 89 BSHG) angezeigt. Die im Rahmen des § 92 c BSHG vorgesehenen Erleichterungen für die Erben gelten bei der Rückzahlung der (dinglich zu sichernden, § 89 Satz 2 BSHG) Darlehensforderung selbstverständlich nicht.

2.700,— DM¹⁴¹ — vollständig, d.h. einschließlich der früheren Schonvermögensteile, zu verwerthen ist. Eine Privilegierung besteht nur hinsichtlich solcher Erben, welche den Hilfeempfänger bis zu seinem Tode in häuslicher Gemeinschaft gepflegt haben, sofern der Wert des Nachlasses unter 30.000 DM bleibt (§ 92 c Abs. 3 Ziff. 2 BSHG). Der Anspruch auf Kostenersatz gegen die Erben — in der Praxis häufig die Geschwister des Übernehmers hinsichtlich etwaigen Restbarvermögens — erlischt in drei Jahren nach dem Tod des Hilfeempfängers.

III. Rückforderungsrechte nach allgemeinem Sozialverwaltungsrecht

Solche Rückforderungsmöglichkeiten bestehen — wie im Leistungsverwaltungsrecht des VwVfG — insbesondere für den Fall des Erschleichens von Sozialleistungen durch falsche Sachverhaltsangaben. Gem. § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 und 3 SGB X kann beispielsweise der rechtswidrige begünstigende Bewilligungsakt zurückgenommen werden, welcher auf zumindest grob fahrlässig unwahren Sachverhaltsangaben beruht oder dessen Rechtswidrigkeit der Begünstigte bei erforderlicher Sorgfalt hätte erkennen müssen. Häufigster Anwendungsfall ist die wahrheitswidrige Verneinung der im BSHG-Antragsformular gestellten Frage nach vorangegangenen Grundstücksübertragungen des Hilfeempfängers, welche dazu führt, daß dem Sozialhilfeträger das Vorhandensein verwertbaren Vermögens (nämlich des Rückgewähranspruchs gem. § 528 BGB oder — für den Fall der Sittenwidrigkeit der Übertragung — des übertragenen Gegenstandes selbst) nicht bekannt wird¹⁴². Die bereits erbrachte Leistung ist zu erstatten (§ 50 Abs. 1 SGB X). Dieser Rückzahlungsanspruch trifft auch die Erben, welche sich jedoch schon im Anfechtungsprozeß gegen den Erstattungsbescheid auf die Dürftigkeit des Nachlasses (§ 1990 BGB), berufen und dadurch ihre Haftung beschränken können¹⁴³.

E. Vertragliche Regelungsmöglichkeiten im Konfliktbereich zum Sozialleistungsrecht

I. Gestaltungsrahmen

Die bisherige Darstellung befaßte sich mit der Untersuchung der Wechselwirkung zwischen vertraglicher Regelung einerseits und Sozialleistung andererseits, wobei die rechtsgeschäftliche Gestaltung der Grundbesitzübertragung als „Konstante“ im Sinne der typischerweise verwendeten Regelung zugrundegelegt wurde. Es war festzustellen, daß eine nach oder durch die Überlassung eintretende Sozialleistungsbedürftigkeit in seltenen Fällen zur Unwirksamkeit des Übertragungsaktes (§ 138 BGB), häufiger zur „teilweisen Wertrestitution“ (§ 528 BGB) des unentgeltlich übertragenen Gegenstandes führen kann. Umgekehrt kann einerseits die Übertragung selbst wegen der damit einhergehenden Einkommens- und Vermögensreduzierung beim

Veräußerer zu einer Sozialleistungskürzung führen (§§ 25 Abs. 2 Nr. 1 BSHG, § 51 KFürsVO), deren Rückforderbarkeit zur Folge haben (§ 92 a BSHG) oder im Rahmen der Berechnung der Sozialleistung als nichtbestehend fingiert werden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 der VO zu § 33 BVG, § 10 Nr. 1 AlhIVVO). Andererseits können insbesondere die im Rahmen landwirtschaftlicher Übergaben vereinbarten „Gegenleistungen“ beim Veräußerer als Einkommen angerechnet werden und somit seinen Sozialleistungsanspruch mindern; vereinzelt können gar als „unzureichend“ eingestufte Versorgungsrechte im Rahmen der Anrechnung fiktiv erhöht werden (§ 3 Abs. 3 Satz 2 der VO zu § 33 BVG)¹⁴⁴. Das in dieser Verweisung auf den Einsatz eigener Einkünfte oder verwertbaren Vermögens zum Ausdruck kommende Nachrangprinzip (insbesondere der Sozialhilfe, Kriegssopferfürsorge und Arbeitslosenhilfe) wird erforderlichenfalls nachträglich durch Überleitung (§§ 90 BSHG, 27 g BVG, 140 Abs. 1 AFG) geldwerter Ansprüche des Hilfeempfängers verwirklicht, welche dieser nicht geltend machen kann oder will, sowie durch den postmortalen Zugriff auf das vormalige Schonvermögen des Hilfeempfängers (Erbenhaftung, § 92 c BSHG). Bei vertraglichem Anspruch auf Wart und Pflege können nach der nicht zweifelsfreien Praxis der Sozialverwaltung zudem einzelne pflegespezifische Leistungen (z. B. Pflegeaufwandserstattung und Pflegegeld gem. § 69 BSHG) wegen anderweitiger Bedarfsdeckung wegfallen oder gekürzt werden.

Im folgenden wird die bisher als Konstante zugrundegelegte Vertragsgestaltung zur „Variablen“. Es soll kurz untersucht werden, welche Formulierungen gerade im Hinblick auf mögliche „Kollisionen“ mit dem Sozialrecht erwägenswert sind und wie sie sich im Bereich der Sozialleistungsansprüche auswirken können. Drei Bemerkungen sind hierzu vorab veranlaßt: Zum einen tut es not, gerade bei der Gestaltung von Übertragungsverträgen im Familienbereich sich zu vergegenwärtigen, daß es die Erklärungen der Beteiligten sind, welche der Notar beurkundet. Er wird zwar sozialrechtliche Aspekte ansprechen, um zu überprüfen, ob diese bei der Willensbildung berücksichtigt würden, jedoch jeglicher Versuchung zu widerstehen haben, den Vertrag so zu gestalten, wie er es „für richtig hält“, mögen auch die Beteiligten manchmal diese (unausgesprochene) Erwartung hegen. Zum zweiten ist zum wiederholten Male¹⁴⁵ darauf hinzuweisen, daß es nicht unbedingt Aufgabe der Kautelarpraxis sein kann, durch möglichst kunstvolle Vertragskonstruktionen sämtliche Lasten, die durchaus eigenverantwortlich getragen werden können, dem „sozialen Netz“ und damit der Allgemeinheit aufzubürden. Das Sozialrecht darf — ebensowenig wie das Steuerrecht¹⁴⁶ — nicht zur Determinante zivilrechtlicher Gestaltung in diesem Bereich werden.

Zum dritten muß betont werden, daß allgemeinverläßliche Prognosen über die sozialrechtlichen Konsequenzen be-

¹⁴¹ § 92 c Abs. 3 Nr. 1 BSHG; vgl. auch die SH-Richtlinien in Bayern Tz. 92 c. 03.

¹⁴² Ein unmittelbarer Auskunftsanspruch der Sozialverwaltung gegen den Notar besteht nicht; er wäre auch mit § 18 BNotO unvereinbar. Der Sozialleistungsträger wird im Hinblick auf §§ 90 f. BSHG jedoch regelmäßig in der Lage sein, ein berechtigtes Interesse auf Einsicht des Grundbuchs im Sinne des § 12 GBO darzulegen. Unmittelbar mitwirkungspflichtig sind nur die Betroffenen selbst, §§ 60 ff. SGB I.

¹⁴³ So VGH Mannheim NJW 1986, 272.

¹⁴⁴ Nach *Wahl* S. 250 ff. kann dieser Gedanke auch außerhalb des engen Anwendungsbereichs der Verordnung zu den BVG-Ausgleichsrenten Geltung beanspruchen, gestützt auf eine Analogie zu § 162 BGB (treuwidrige Einwirkung auf den Kausalverlauf) oder auf § 242 BGB (richterliche Billigkeitskontrolle).

¹⁴⁵ Vgl. etwa eindringlich *Wahl*, S. 276; zustimmend *Feller*, MittBayNot 1990, 18.

¹⁴⁶ Nicht selten raten Steuerberater dem Erwerber zur (vorgeblich nur „auf dem Papier“ stehenden) Vereinbarung hoher dauernder Geldlasten, welche bei Geltendmachung (ggf. nach Überleitung durch den Sozialleistungsträger) die Ertragskraft des übergebenen Hofes übersteigen würden, vgl. *Frank*, BWNZ 1983, 159; *Millich*, S. 182.

stimmter Klauseln kaum gestellt werden können, da normative Regelungen oder veröffentlichte Rechtsprechung hierzu weitgehend fehlen. Das „Vakuum“ wird durch regional sehr unterschiedliche Handhabungen seitens der Sozialverwaltungsbehörden notdürftig gefüllt. Telefonische Umfragen des Verfassers haben insbesondere zur Frage der Akzeptanz nachrangbegrenzender Klauseln stark abweichende Reaktionen feststellen lassen. Es empfiehlt sich daher, ggf. vor der Beurkundung das Gespräch mit dem örtlich zuständigen Sachbearbeiter in der Sozialverwaltung zu suchen. Für den Bereich der Sozialhilfe ist insoweit zu beachten, daß bei Heimunterbringung des Hilfeempfängers in der Regel (in Bayern stets)¹⁴⁷ gem. § 100 Abs. 1 Ziff. 1 BSHG die überörtlichen Sozialhilfeträger zuständig sind, während die Gewährung von Hilfe zum Lebensunterhalt und beispielsweise Pflegegeld den örtlichen Trägern (§ 99 BSHG)¹⁴⁸ obliegt.

Dies vorausgeschickt, sollen im folgenden einige Überlegungen zur Vertragsgestaltung samt Formulierungsvorschlägen — wobei häufig auf die grundlegende Darstellung des Kollegen *Wahl* (S. 284 ff.) zurückgegriffen wird — den Beitrag abrunden.

II. Gestaltungsüberlegungen im Hinblick auf §§ 138, 528 BGB

Beide Normen sind selbstverständlich nicht vertraglich abdingbar¹⁴⁹.

Da — wie oben B I dargestellt — die Sittenwidrigkeit von sozialleistungsrelevanten Übertragungsakten im objektiven Tatbestand eine Gesamtwürdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck der Überlassung voraussetzt, empfiehlt es sich (schon im Hinblick auf § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG) in Sachverhalten, die zur Prüfung dieser Frage Anlaß geben, die Motivlage der Beteiligten näher zu erforschen und ihre Erklärungen so konkret wie möglich in der Niederschrift wiederzugeben.

Im Hinblick auf § 528 BGB ist regelmäßig der mitgeteilte oder auf Befragen präzisierter Sachverhalt dahingehend zu prüfen, in welchem Umfang objektive und subjektive Unentgeltlichkeit im Sinne des § 516 BGB gegeben ist. Wie oben B II 1 kurz dargestellt, werden die Voraussetzungen einer das Schenkungsrecht verdrängenden Ausstattung (§ 1624 BGB) insgesamt nur selten vorliegen — falls doch, sollte dies allerdings in der Urkunde deutlich zum Ausdruck kommen. Nach wohl richtiger Ansicht¹⁵⁰ ist es den Beteiligten weitgehend verwehrt, mit Wirkung gegen Dritte, insbesondere Pflichtteilsberechtigte und Sozialleistungsträger, im Wege der Vereinbarung das die Ausstattung übersteigende „Übermaß“ der Zuwendung ebenfalls nach Ausstat-

tungsgrundsätzen zu behandeln. Häufig besteht jedoch Anlaß zu prüfen, inwieweit außer den regelmäßig mitgeteilten „künftigen“ Gegenleistungen des Erwerbers an Veräußerer und weichende Geschwister auch bereits erbrachte Zuwendungen des Erwerbers die Unentgeltlichkeit mindern. Zu denken ist etwa an Investitionen, die der Erwerber bereits ohne beiderseitige Einigkeit über ihren Schenkungscharakter auf dem nunmehr überlassenen Grundstück des Veräußerers getätigt hat, und hinsichtlich derer er jetzt auf Verwendungs- und Ersatzansprüche verzichtet. Häufig wird der Erwerber bereits bisher über die gesetzliche Pflicht (z. B. § 1619 BGB) hinaus auf dem Hof bzw. im Betrieb des Übergebers mitgearbeitet haben; dann ist zu prüfen, ob Überlassung und Mitarbeit in einer synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Leistungs/Gegenleistungsverknüpfung zueinander stehen oder nicht. Hierbei ist die feine Unterscheidung zu treffen, ob die nachträgliche Zuwendung des Grundbesitzes nach dem Willen der Beteiligten als „Belohnung“ (remuneratorische Schenkung¹⁵¹, somit Unentgeltlichkeit gegeben) gedacht war oder ob sie tatsächlich „Entlohnung“ darstellte — nur dann mindert die frühere überobligationsmäßige Mitarbeit, deren Darstellung in der Urkunde sich allerdings schon mit Blick auf § 2057 a BGB empfehlen kann¹⁵², die Unentgeltlichkeit der Zuwendung¹⁵³.

III. Gestaltungsüberlegungen hinsichtlich der „Gegenleistungen“ des Erwerbers

Nicht selten drängt der rechtlich etwas versiertere Erwerber den Veräußerer, die „Gegenleistungen“, insbesondere Versorgungsansprüche, möglichst gering zu halten oder gar „außerhalb der Notarurkunde“ zu vereinbaren — schließlich seien sie ja bei zahlreichen künftigen Sozialbezügen des Veräußerers als Einkommen anrechenbar (oben C III 2) oder führten dazu, daß der Sozialleistungsträger nach Überleitung elegante Möglichkeiten habe, den Erwerber — über die Grenzen des Unterhaltsrechts (§ 91 BSHG) hinaus — in Anspruch zu nehmen. Neben einer eingehenden Belehrung über § 313 BGB¹⁵⁴ wird der Notar, soweit im Rahmen der Erforschung des Parteiwillens und der Belehrung¹⁵⁵ möglich, dem Veräußerer vor Augen halten, daß seine legitimen, mit dem Erwerber und dessen Leistungsfähigkeit abzustimmenden Versorgungsinteressen vor allen sozial- und steuerrechtlichen Detailüberlegungen für die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses maßgeblich sein sollten. Dem Erwerber ist in diesem Zusammenhang auch die Einsicht zu vermitteln, daß mit abnehmender vertraglicher Versorgungs-

¹⁴⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 1 a), Abs. 2 BayAGBSHG. Überörtliche Träger der Sozialhilfe sind in Bayern die Bezirke, welche diese Aufgabe im eigenen Wirkungskreis wahrnehmen und der Aufsicht der Regierungen unterstehen (Art. 5 des genannten Ausführungsgesetzes).

¹⁴⁸ In Bayern sind dies gem. Art. 1 Abs. 1 des BayAGBSHG die kreisangehörigen Gemeinden und die Landkreise, welche insoweit Aufgaben des eigenen Wirkungskreises erfüllen. Zur Aufsicht vgl. Art. 110 Satz 2 BayGO, 96 Abs. 1 BayLKrO.

¹⁴⁹ Auch für § 528 BGB allgemeine Ansicht, vgl. etwa MünchKomm/Kollhoser, 2. Aufl. § 528 Anm. 7; Palandt/Putzo, 51. Aufl., § 528 Anm. 1 i. V. m. § 519 Anm. 2.

¹⁵⁰ Vgl. Schmidt, BWNNotZ 1971, 30; Karpen MittRhNotK 1988, 139; ähnlich BGH MittBayNot 1992, 150 zum Vorliegen von Unentgeltlichkeit im Rahmen des § 2278 BGB, sowie BGH MittBayNot 1991, 114 zur Unentgeltlichkeit im Rahmen des Anfechtungsgesetzes trotz Qualifikation der Zuwendung als „ehebedingt“ durch die Parteien.

¹⁵¹ Beispiel (Schenkungscharakter bejaht): OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 324; Gegenbeispiel jüngst OLG Hamm ZMR 1992, 113: Gewährung eines Wohnrechtes keine schenkweise Zuwendung, wenn sie als Gegenleistung für jahrzehntelange Dienste gewährt worden ist. Zum ganzen instruktiv MünchKomm/Kollhoser, 2. Aufl. § 516 Rdnr. 19.

¹⁵² Vgl. Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991, Rdnr. 599.

¹⁵³ Vgl. etwa BGH FamRZ 1965, 430; Erman/Ronke, § 1624 BGB Rdnr. 13; Karpen, MittRhNotK 1988, 139. Ähnlich BGH DNotZ 1991, 498 zur Entgeltlichkeit einer Zuwendung unter Ehegatten, durch welche langjährige Dienste des Erwerbers „vergütet“ werden.

¹⁵⁴ Zur Beurkundungsbedürftigkeit der Gegenleistungen vgl. etwa Wahl, S. 270.

¹⁵⁵ Wahl schlägt in diesem Zusammenhang (S. 300) eine umfangreiche allgemeine Vertragsbestimmung, welche notarielle Belehrungen und Hinweise zu sozialrechtlichen Tatbeständen enthält, vor. Diese dürfte die Beurkundung bei normalen Übergabesachverhalten überfrachten und zudem den Eindruck heraufbeschwören, der Notar habe eine besondere sozialrechtliche Betreuungspflicht gegenüber den Beteiligten übernommen.

pfligt der Grad der Unentgeltlichkeit und damit die Wahrscheinlichkeit der Rückforderung gem. § 528 BGB steigen wird¹⁵⁶.

1. Genaue Festlegung des Umfangs der geschuldeten Leistung

Insbesondere der Umfang der vertraglich vereinbarten „Wartung und Pflege“ bleibt allzu häufig völlig unbestimmt¹⁵⁷. In den gängigen Leibgedingsklauseln werden zwar regelmäßige Einzelheiten wie etwa die „Reinigung und Ausbesserung des Schuhwerks“ oder die „Besorgung der Fahrten zum Geistlichen“ erwähnt, die zur späteren Konfliktvermeidung dringend wünschenswerte¹⁵⁸ und im Kollisionsbereich zu Sozialhilfeleistungen bei ambulanter Pflegebedürftigkeit auch rechtlich erforderliche (vgl. im einzelnen oben C IV. 8 a) Konkretisierung der im einzelnen geschuldeten Maßnahmen unterbleibt jedoch. Wie oben (bei Fußnote 108 und 109) dargestellt, legt die Rechtsprechung unbestimmte Pflegeklauseln regelmäßig zu Lasten des Erwerbers aus — selbst zeit- aufwendige und kraftintensive Dauerpflege bei außergewöhnlicher Pflegebedürftigkeit (i. S. d. § 69 Abs. 4 Satz 2 BSHG) sei geschuldet; ggf. müsse eben eine qualifizierte Pflegekraft bezahlt werden.

Zur Eingrenzung des Inhalts der Pflegeverpflichtung eignen sich folgende Kriterien:

a) hinsichtlich des *Inhalts der Tätigkeit* unterscheidet die sozialrechtliche Literatur überwiegend¹⁵⁹ zwischen den — nicht pflegespezifischen — hauswirtschaftlichen Verrichtungen (Einkauf, Zubereiten der Mahlzeiten, Reinigen der Kleidung und der Wohnung), dem pflegefallbedingten hauswirtschaftlichen Bedarf (Betten machen bei Bettlägerigen, Leeren des Nächtstuhls etc.) — beides Leistungen für eine Person — und den eigentlichen, personenbezogenen Verrichtungen (an einer Person) der Grundpflege (Hilfe bei Aufstehen und Zubettgehen, An- und Auskleiden, Nahrungsaufnahme, Körperpflege etc.) und der Behandlung, d. h. medizinisch indizierten Pflege, welche letztere wiederum einerseits aus Tätigkeiten besteht, die ohne weiteres erlernbar sind (Einreibungen, Umschläge etc.), andererseits aus geschultem Personal vorbehaltenen Leistungen (Verabreichen von Spritzen etc.).

b) Festzulegen ist ferner, *unter welchen Voraussetzungen* diese Tätigkeiten geschuldet werden — regelmäßig erst dann, wenn der Übergeber dazu objektiv nicht mehr selbst in der Lage ist, und nur im Rahmen der (zeitlichen) Leistungsfähigkeit des Erwerbers (bzw. dessen Ehegatten), d. h. unter Berücksichtigung etwa vorrangiger Beanspruchung des Übernehmerehepaars bei der Sorge um erkrankte, eigene Kinder und ohne Verpflichtung zur Übernahme der Kosten externer Pflegeeinsätze.

¹⁵⁶ Vgl. etwa *Schneider/Winkler*, ZfF 1986, 195. Zu erinnern ist ferner an § 3 Abs. 3 Satz 2 der VO zu § 33 BVG, wonach bei Berechnung der BVG-Ausgleichsrenten die Gegenleistungen „in angemessener Höhe“ zugrundegelegt werden.

¹⁵⁷ Vgl. etwa die knappe Regelung in Vertragsmuster Nr. VI.53 (Übergabe mit Leibgeding) des Münchner Vertragshandbuchs Bd. IV, 2. Aufl. 1986, § 4 Nr. 5: „Wart und Pflege“; ähnlich unbestimmt: Baustein 6539 aus *Keim*, Diktat- und Arbeitshandbuch für Notare, Immobilienverträge: „... in ordentlicher und zuvorkommender Weise zu pflegen“.

¹⁵⁸ So auch *Germer*, BWNotZ 1983, 77.

¹⁵⁹ Vgl. etwa *Jürgens*, Pflegeleistungen für Behinderte, 1986, S. 110 ff.; *Brühl*, Sozialhilfe für Betroffene, 2. Aufl. München 1990, S. 222, je m. w. N.

c) Zu denken ist schließlich daran, den *zeitlichen Umfang* sowie die *Zumutbarkeitsgrenzen* insbesondere der Pflege-tätigkeit zu regeln. Hier könnte sich etwa eine Orientierung an den oben C IV. 8 a dargestellten Pflegeaufwandsstufen des § 69 BSHG anbieten (wo z. B. die den Pflegegeldbezug auslösende sog. erhebliche Pflegebedürftigkeit des § 69 Abs. 3 BSHG einen täglichen Zeitaufwand von mindestens einer Stunde voraussetzt¹⁶⁰).

Ergibt die Sachverhaltsaufklärung etwa, daß Haushaltsführung, Grund- und nichtqualifizierte Behandlungspflege im Bedarfsfall geschuldet werden, und zwar auch als Dauerpflege, jedoch unterhalb der Schwelle des § 69 Abs. 3 BSHG, und nur im Rahmen der Möglichkeiten des Übergebers und seines Ehegatten — externe Pflegekräfte sind nicht zu übernehmen —, könnte in Kurzfassung wie folgt formuliert werden:

„Soweit der Veräußerer hierzu nicht mehr selbst in der Lage ist, hat der Erwerber auf Verlangen unentgeltlich dessen Haushalt zu führen, also insbesondere die Mahlzeiten zuzubereiten, die Wohnung sauberzuhalten, Wäsche zu reinigen, sowie (ggf. Zusatz: auf Kosten des Veräußerers)¹⁶¹ Besorgungen und Fahrdienste zu erledigen.“

Soweit der Erwerber (ggf.: oder sein Ehegatte) hierzu — insbesondere¹⁶² ohne Inanspruchnahme fremder Pflegekräfte — zumutbarerweise in der Lage ist, hat er bei Krankheit und Gebrechlichkeit des Veräußerers ferner dessen häusliche Pflege zu übernehmen. Dauerpflege ist nur zu erbringen, sofern sie nach dem Urteil des Hausarztes des Veräußerers einen durchschnittlichen täglichen Zeitaufwand von weniger als einer Stunde erfordert.“

Für den Bereich der oben C VI. 8 a dargestellten BSHG-Pflegeleistungen ist damit zugleich klargestellt, daß der Aufwand „besonderer Pflegekräfte“ i. S. d. § 69 Abs. 2 Satz 3 BSHG zu erstatten ist, soweit der Pflegebedarf den vertraglich festgelegten Umfang überschreitet. Pflegegeld gem. § 69 Abs. 3 BSHG wird ab sog. erheblicher Pflegebedürftigkeit gewährt, bei deren Vorliegen nach obiger Vereinbarung keine häusliche Pflegeverpflichtung mehr besteht. Nach der Praxis der Sozialhilfeverwaltung dürfte damit jedoch das Problem der Anrechnung vertraglicher Pflege auf diese Geldleistung nicht völlig entfallen¹⁶³, da im Pflegegeld auch pauschalierter, bei vertraglicher Pflicht entfallender Aufwandsersatz für die minderen Pflegestufen enthalten ist. Bei korrekter Ermessensausübung darf jedoch hier — in Abgren-

¹⁶⁰ Vgl. etwa BVerwG ZfSH 1978, 115; OVG Bremen FEVS 23, 58.

¹⁶¹ Der Umfang der Erstattungspflicht des Veräußerers ist ggf. genauer zu regeln, insbesondere sofern diese über den Bereich erforderlich werdender Neuanschaffungen hinausgeht und z. B. auch den Wert der Lebensmittel umfaßt. Art. 14 BayAGBGB sieht im übrigen vor, daß Heilmittel- und Behandlungskosten im Zweifel vom Veräußerer zu tragen sind.

¹⁶² Hierdurch soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Erbringung der Wart und Pflege unter einem allgemeinen Zumutbarkeitsvorbehalt steht, der durch die Regelung zur Heranziehung externer Pflegekräfte nicht ausgeschöpft wird (vgl. etwa die Formulierung des Bay. Bauernverbandes im Beratungsbogen Hofübergabe, Stand 9/88, Ziffer 17: „soweit sie für den Übernehmer zumutbar sind“; weitergehend *Wahl*, S. 304: „soweit... dem Übernehmer unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen zumutbar“. Ähnliches wird teilweise durch den — allerdings eher unterhaltsrechtlich geprägten — Begriff der „Leistungsfähigkeit“ ausgedrückt, vgl. etwa *Beck*, MittBayNot 1967, 93.)

¹⁶³ A. A. jedoch möglicherweise *Lindner*, MittBayNot 1988, 223.

zung zur gesetzlichen Regelung des § 69 Abs. 5 Satz 2 BSHG, wo Aufwendungsersatz und Pflegegeld sich auf dieselbe Pflegestufe beziehen — nur eine Kürzung um deutlich weniger als die Hälfte erfolgen.

2. Vermeidung von Leistungserhöhungen bei auswärtiger Unterbringung des Veräußerers

Insbesondere aus steuerlichen Gründen erfolgt die Vereinbarung regelmäßiger Geld- (oder Natural-)Leistungen des Erwerbers häufig als dauernde, teilweise zusätzlich wertgesicherte Last¹⁶⁴ unter dem Vorbehalt des § 323 ZPO (analog), orientiert an der Leistungsfähigkeit des Erwerbers (bzw. dem Betriebsgewinn des Übergabegenstandes) und der Bedürftigkeit des Veräußerers. Diese Leistungen sind — auch bei Vereinbarung einer Unter- und Obergrenze der Anpassung — in voller Höhe¹⁶⁵ beim Erwerber abzugsfähig, beim Veräußerer steuerpflichtig (§§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1, 22 Nr. 1 a EStG). Es gehört mittlerweile zum kautelarjuristischen Gemeingut, dagegen vorzuzorgen, daß der Erwerber schon aufgrund der dauernden Last die Heimunterbringungskosten des Veräußerers (als Ausfluß dessen erhöhter Bedürftigkeit) zu übernehmen hat. Dabei sollte jedoch, um diese Klausel sozialrechtlich abzusichern, nicht auf die Heimunterbringung oder gar den Sozialleistungsbezug des Veräußerers, sondern — neutraler — auf dessen Wegzug vom Anwesen abgestellt werden¹⁶⁶. Dieser Zusatz könnte etwa lauten:

„Verläßt der Veräußerer das übergebene Anwesen, gleich aus welchem Grund, führt etwaiger Mehrbedarf in seiner Person jedoch zu keiner Anpassung der dauernden Last“.

In solchen Regelungen liegt kein Versuch der Umkehrung des sozialrechtlichen Nachrangverhältnisses, sondern eine Folge der trotz aller steuerrechtlicher Vorgaben regelmäßig vorhandenen Kontinuitätserwartung der Beteiligten hinsichtlich der monatlichen „Taschengeldrente“.

3. Wegfall von Leistungen in sozialleistungsverdächtigem Kontext?

Solche Bestimmungen sind in erhöhtem Maße dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit wegen gewollter Schädigung des Sozialleistungsträgers oder zumindest der Gefahr rechnerischer „Nichtbeachtung“¹⁶⁷ ausgesetzt. Es dürfte unstreitig sein, daß Klauseln, wonach Geld- oder Naturalleistungen „bei Bezug nachrangiger Sozialleistungen entschädigungslos entfallen“, unwirksam sind¹⁶⁸. Angesichts der BGH-Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhaltsverzicht dürfte

gleiches regelmäßig für einen nachträglichen Verzicht des Veräußerers auf Versorgungsansprüche während des Bezugs nachrangiger Sozialleistungen gelten, sofern der Verzicht nicht schon am Fehlen der Anspruchsinhaberschaft des Veräußerers wegen vorheriger Überleitung scheitert.

Im übrigen ist wohl zu unterscheiden:

a) unproblematisch sind Regelungen, welche lediglich gesetzliche Regel-/Ausnahmeverhältnisse bekräftigen, mag dies auch zu einer Reduzierung überleitungsfähiger Rechte führen. Beispiel: Das Wohnungsrecht soll nicht der Ausübung nach einem Dritten überlassen werden können, § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB; die (ggf.) verbleibende Rechtsposition des Veräußerers ist nach der hier (C IV. 8 b) vertretenen Ansicht nicht überleitbar.

b) ähnliches gilt für Regelungen, wonach bestimmte Leistungen in Natur nur so lange zu erbringen sind, wie der Veräußerer sich auf dem übergebenen Anwesen aufhält. Hierunter fallen die Pflicht zur Gewährung der Wohnung und zur Wart und Pflege sowie zur Führung des Haushalts. Auch dieses deckt sich mit der Wertung des Gesetzgebers, welcher etwa in Art. 18 BayAGBGB Geldrenten vorsieht als Ausgleich für die „Befreiung“ von den vorgenannten Pflichten, wenn der Veräußerer aus besonderen Gründen das Anwesen auf Dauer verlassen muß (vgl. auch Art. 8 Satz 1 BayAGBGB, wonach Altenteilsleistungen auf dem überlassenen Grundstück zu bewirken sind).

c) Problematischer ist der vertragliche Ausschluß der gesetzlich oder richterrechtlich an den Wegfall der vorgenannten Pflichten geknüpften Geldersatzrente (vgl. oben C IV. 8 b). Ein solcher Ausschluß ist zivilrechtlich ohne weiteres möglich: Art. 18 BayAGBGB gilt gem. Art. 7 BayAGBGB beispielsweise nicht, „soweit besondere Vereinbarungen getroffen sind“; diese gehen auch den von der Rechtsprechung angewendeten Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor. Angemerkt sei, daß bei genauer Betrachtung nur wenige notarielle Vertragsmuster diesen Ausschluß enthalten; die häufig verwendeten Klauseln „Leistungen sind nur im Anwesen selbst zu erfüllen“ bzw. „... nur solange der Berechtigte im Anwesen wohnt“ umschreiben nur den Tatbestand, an welchen Art. 18 BayAGBGB gerade die „Verrentung“ der Verpflichtung knüpft.

M. E. ist ein solcher Ausschluß auch sozialrechtlich regelmäßig nicht zu beanstanden. Hierfür spricht, daß es aus der Sicht des Erwerbers typischerweise eine erhebliche Verschärfung seiner Leistungspflicht darstellt, statt der — häufig mit der Haushaltsführung für die eigene Familie miterledigten — Naturalleistung einen, wenn auch bescheidenen, monatlichen Geldbetrag aufbringen zu müssen. Die durch den Wegfall der Pflege der Altenteiler gewonnene Zeit führt per se zu keiner Ertragssteigerung des Betriebes oder des Erwerberhaushaltes, denen sie nunmehr zugutekommt. Auch die ggf. freigewordenen Räume des Übergebers lassen sich — wenn sie nicht ohnehin aus psychologischen Gründen weiter für den Altenteiler reserviert bleiben sollen¹⁶⁹ — jedenfalls im ländlichen Raum kaum vermieten. Die gesetzlich vorgesehene Umwandlung in Geldansprüche stellt also aus der Sicht des Übernehmers regelmäßig keine Fortsetzung der Leistungsbeziehung, sondern eine erhebliche Verschärfung dar, die legitimerweise vorab ausgeschlossen

¹⁶⁴ Vgl. etwa *Amann*, MittBayNot 1979, 219 ff., sowie jüngst BFH MittBayNot 1992, 67 m. Anm. *Mayer*.

¹⁶⁵ Bei Vereinbarung eines Mindestbetrages vgl. BFH BStBl 1980 II 575: keine Aufspaltung in „Mindestleibrente“ und dauernde „Restlast“, wenn Schwankungsmöglichkeit nicht nur theoretisch ist.

¹⁶⁶ So etwa der Vorschlag des Bay. Bauernverbandes, Beratungsbogen Hofübergabe Ziff. 33: „Der Vorbehalt des § 323 ZPO entfällt für denjenigen Übergeber ab dem Zeitpunkt, ab dem er — aus welchen Gründen auch immer — seine bisherige Altenteilerwohnung auf Dauer verläßt“. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb jede Anpassungsmöglichkeit (auch die Herabsetzung wegen verringerter Ertragskraft des Hofes) dann ausgeschlossen sein soll.

¹⁶⁷ Vgl. etwa § 3 Abs. 3 Satz 2 der VO zu § 33 BVG; nach *Wahl* S. 250 ff. handelt es sich dabei um den Ausdruck eines allgemeinen, auch aus § 162 Abs. 2 BGB herleitbaren Rechtsgedankens.

¹⁶⁸ Vgl. etwa *Frank*, BWNNotZ 1983, 159; *Plagemann*, AgrarR 1989, 89. Diese Auffassung wurde auch durch mehrere BSHG-Verwaltungsstellen telefonisch bestätigt.

¹⁶⁹ Dann wird nach LG Duisburg NJW-RR 1987, 1349 ohnehin keine Geldersatzrente geschuldet.

werden kann, ebenso wie die Erhöhung der dauernden Last aufgrund Wegzugs des Übergebers vertraglich abdingbar sein sollte (oben 2.). Die Geldersatzpflicht ist allerdings angebracht, wenn der Erwerber durch sein Verhalten die Beziehung zum Veräußerer unzumutbar stört und diesen dadurch vom Anwesen verdrängt (Art. 20 BayAGBGB; hier orientiert sich die Entschädigung zu Recht nicht an den ersparten Aufwendungen des Erwerbers, sondern am Aufwand angemessener Ersatzbeschaffung beim Veräußerer).

Vorstehende Überlegungen gelten jedoch m. E. nur dann, wenn der „Verrentungsausschluß“ nicht auf den Fall der Heimunterbringung (de facto mit Sozialhilfebedürftigkeit gleichzusetzen) beschränkt ist. Andernfalls drängt sich der Verdacht auf, die Änderung der gesetzlichen Regelung sei nur erfolgt, um anrechnungsfähiges Einkommen entfallen zu lassen und den Sozialleistungsträger auf die häufig wenig erfolgversprechende Überleitung von BGB-Unterhaltsansprüchen zu verweisen.

Eine solche (systematisch an die Regelung zu Wohnungsgewährung, Haushaltsführung und Pflegeübernahme anschließende) Ausschlußklausel könnte etwa lauten:

„Diese Rechte und Leistungen ruhen, solange der Veräußerer das übergebene Anwesen, gleich aus welchem Grund, verlassen¹⁷⁰ hat. Ein Geldersatz steht ihm nur zu, wenn der Erwerber den Wegzug gem. Art. 20, 21 BayAGBGB veranlaßt hat, andernfalls werden Ersatzansprüche aus jedem Rechtsgrund ausgeschlossen.“

d) Ein Wegfall oder eine Kürzung von Leistungen, die nicht ihrer Natur nach „ortsgebunden“ sind, für den Fall der auswärtigen Unterbringung des Veräußerers dürfte jedoch unzulässig sein, sofern nicht gewichtige, in der Urkunde darzustellende Gründe die naheliegende Vermutung der Absicht einer Schädigung des Sozialträgers entkräften. Hierunter fallen z. B. Klauseln, wonach Geldrenten bei Wegzug entfallen oder gekürzt werden sollen.

4. Regelungen im Verhältnis zu weichenden Geschwistern

Geschwister des Erwerbers wünschen — insbesondere wenn sie (sei es auch nur gegenständlich beschränkt) auf Pflichtteilsansprüche verzichtet haben — eine Absicherung gegen die Inanspruchnahme aus der Überleitung gesetzlicher Unterhaltsansprüche durch die Träger nachrangiger Sozialleistungen. Mögen auch diesbezügliche Befürchtungen im Hinblick auf die oben D I dargestellten Einkommens- und Vermögensfreigrenzen häufig an Gewicht verlieren, kann mit den Beteiligten geprüft werden, ob ihre Stellung durch Zuerkennung eines eigenen Forderungsrechtes gegen den Erwerber gem. § 328 BGB gestärkt werden soll, so daß sie notfalls gerichtlich (oder aus der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegenüber dem jeweiligen Gläubiger¹⁷¹) die Minimierung der verbleibenden „Bedarfsstücke“ erzwingen können. Beispiel (im Anschluß an die Gesamtdarstellung der Gegenleistungen):

„Jedes Geschwister hat einen eigenen Anspruch auf Erbringung der vorstehenden Leistungen an den Veräußerer.“

Im übrigen sind schuldrechtliche Freistellungsverpflichtungen, ggf. quotale oder wertmäßig begrenzt, häufig und — bei

entsprechender Belehrung — empfehlenswert. Dies könnte etwa so formuliert werden¹⁷²:

„Sollten Geschwister zur gesetzlichen Unterhaltsleistung herangezogen werden, hat sie der Erwerber hier von (ggf.: zur Hälfte o. ä.) freizustellen.“ oder:

... freizustellen, und zwar je Geschwister bis zu einem Betrag, der einem ...tel des Wertes der heutigen Zuwendung entspricht.“

Hier ist regelmäßig der Anteil des Geschwisters bei gesetzlicher Erbfolge unter den Abkömmlingen (bei drei Geschwistern also ein Drittel) bzw. der entsprechende Geldbetrag einzusetzen.

5. Regelungen zur Ausübung des Sozialleistungsbezugs

Kautelarjuristisch erwägenswert sind insbesondere Bestimmungen zur Frage der Weiterleitung von Geldleistungen, welche dem Hilfeempfänger als Anreiz zur Sicherstellung und Motivierung häuslicher Pflegepersonen gewährt werden (z. B. Geldleistung bei Schwerpflegebedürftigkeit gem. § 57 SGB V — vgl. oben C IV. 3 — sowie Pflegegelder nach § 69 BSHG — vgl. oben C IV. 8 a —). Hier sollte durchaus überlegt werden, diese Geldbeträge der konkret pflegenden Person (im Regelfall der Ehefrau des Erwerbers) zuzusprechen¹⁷³. Formulierungsvorschlag (textlich im Anschluß an die Regelung oben 1.):

„Soweit dem Veräußerer künftig wegen Pflegebedürftigkeit Geldleistungen nach sozialrechtlichen Vorschriften oder aus Versicherungsverträgen zustehen, kann die Übernahme der Pflege, für welche diese Geldleistung gewährt wird, davon abhängig gemacht werden, daß der Anspruch auf Auszahlung des Betrages insoweit an die pflegende Person abgetreten oder die Beträge insoweit an sie ausgekehrt werden.“

Durch diese Regelung¹⁷⁴ wird vermieden, daß etwa Geldleistungen für Schwerpflegebedürftigkeit vereinnahmt werden, ohne daß die entsprechende Pflegeleistung durch den Empfänger erbracht wird.

Festlegungen zur Ausübung von Gläubigerwahlrechten (z. B. im Rahmen der Kassenleistung der §§ 53 ff. SGB V zwischen Übernahme der Kosten externer Pflegeeinsätze und monatlicher Geldleistung) übersteigen wohl regelmäßig den Rahmen vertraglicher Gestaltungsmöglichkeit. Es ist ex ante kaum zu ermitteln, welche Variante dem Wohl des künftig Pflegebedürftigen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Erwerbers eher entspricht. Mehr als eine Konsultationsverpflichtung des Veräußerers wird daher kaum denkbar sein, es sei denn, der Hausarzt des Veräußerers ist mit Zustimmung der Beteiligten bereit, im Konfliktfall die „Schiedsrichterrolle“ zu übernehmen.

¹⁷² Vgl. hierzu auch umfassend *Waldner-Cedzich/Ott*, MittBayNot 1988, 65.

¹⁷³ Die weitergeleiteten Beträge dürften auch bei ihr steuerfrei sein, entsprechend § 3 Nr. 1 (SGB V) bzw. Nr. 11 (BSHG) EStG.

¹⁷⁴ Zumindest mißverständlich ist die Formulierung, welche in Rundschreiben Nr. 144/1990 des Bay. Bauernverbandes vom 30. 7. 1990 empfohlen wurde: „Sie (= die Pflegeverpflichtungen) ruhen auch für den Berechtigten, der aufgrund seiner Pflegebedürftigkeit ... Pflegegeld nach den gesetzlichen Vorschriften beanspruchen kann (z. B. §§ 53 ff. SGB V).“ Damit allein wäre dem Altenteiler wohl wenig gedient, denn er erhält dann nur die Geldleistung („Pflegegeld“ wird in SGB V als Begriff nicht verwendet), ohne Anspruch auf die tatsächliche Pflege zu haben.

¹⁷⁰ Durch den Begriff „verlassen“ soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Wohnung selbstverständlich weiter vorzuhalten ist, solange sich der Veräußerer z. B. urlaubsbedingt nicht dort aufhält.

¹⁷¹ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 24.5.

Form der Auflassung eines Grundstücks — Aufgaben des Notars

von Notar a.D. Rudolf Ertl, Kempten (Allgäu)

I. Zur Aktualität des Themas

Ein Überblick¹ über das für die Form der Auflassung eines Grundstücks geltende Recht (§ 925 Abs.1 BGB; §§ 20, 29 GBO) und über die Aufgaben des Notars bei der Entgegennahme von Auflassungen (§ 20 Abs.2 BNotO) kann nie schaden. Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, daß dieses Thema für viele Notare noch verhältnismäßig neu und auch für die anderen aus mehreren Gründen von aktueller Bedeutung ist.

— Die 1991 kurz nacheinander ergangenen Entscheidungen des Bezirksgerichts Dresden zur Übertragung des Eigentums an einem in der früheren DDR gelegenen Grundstück aufgrund eines vor dem 3.10.1990 nach DDR-Recht geschlossenen Vertrages² und zur Übertragung von Gebäudeeigentum³ und des BayObLG zur Übertragung eines Kellerrechts⁴ und Fischereirechts in Bayern⁵ zeigen, daß es Probleme gibt, mit denen selbst Fachleute nicht gerechnet hatten.

¹ Dieser Überblick wird in erster Linie unter dem Gesichtspunkt gegeben, daß die Form der Auflassung eines Grundstücks ihre innere Rechtfertigung erst durch die Aufgaben erfährt, die der Notar oder die sonstige zuständige Stelle bei der Mitwirkung an diesem Rechtsvorgang zu erfüllen hat.

Einzelheiten dazu können z.B. in folgenden Kommentaren und Handbüchern nachgelesen werden.

a) *Kommentare zu § 925 BGB.*

BGB-RGRK/Augustin (12. Aufl. 1979) Rdnr. 61 ff.; Erman/Hagen (8. Aufl. 1989) Rdnr. 14 ff.; MünchKomm/Kanzleiter (2. Aufl. 1986) Rdnr. 13 ff.; Palandt/Bassenge (51. Aufl. 1992) Rdnr. 3 ff.; Soergel/Stürner (12. Aufl. 1989) Rdnr. 18 ff.; Staudinger/Ertl (12. Aufl. 1987) Rdnr. 75 ff.

b) *Kommentare zu § 20 GBO*

Horber/Demharter (19. Aufl. 1991) Anm. 5 ff.; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann = KEHE (4. Aufl. 1991) Rdnr. 113 ff.; Meikel/Lichtenberger (7. Aufl. 1988) Rdnr. 57 ff.

c) *Kommentar zur Bundesnotarordnung*

Seybold/Hornig (5. Aufl. 1976)

d) *Kommentare zum Beurkundungsgesetz*

Keidel/Kuntze/Winkler FGG und BeurkG (12. Aufl. 1986); Mecke/Lerch (2. Aufl. 1991)

e) *Handbücher für die Praxis*

Haëgele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (9. Aufl. 1989); Reithmann/Röll/Gessele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung (6. Aufl. 1991); Bengel/Simmerding, Grundbuch, Grundstück, Grenze (3. Aufl. 1989); Keim, Das notarielle Beurkundungsverfahren (1990)

² Bezirksgericht Dresden, Beschl. v. 13.9.1991, in diesem Heft S. 141; vgl. dazu Abschn. VI und VII und Fußn. 119, 120, 121 dieses Beitrags

³ Bezirksgericht Dresden, Beschl. v. 25.10.1991, in diesem Heft S. 142; vgl. dazu den Beitrag von Böhringer (in diesem Heft S. 112)

⁴ BayObLG, Beschl. v. 17.5.1991 — 2 Z 163/90 — (BayObLGZ 1991, 178 = Leitsatz in MittBayNot 1991, 256)

— In der DDR ist 1976 bei der Einführung des neuen Zivilrechts das aus dem altdeutschen Recht stammende, im BGB rein sachenrechtlich geregelte Rechtsinstitut der Auflassung abgeschafft und gem. § 297 ZGB durch eine Vorschrift ersetzt worden, die teils mit der des BGB übereinstimmt, teils davon abweicht⁶. Seit dem 3.10.1990 gilt dort nach dem Einigungsvertrag⁷ abgesehen vom Überleitungsrecht und fortgeltenden DDR-Recht das Bundesrecht (Art. 8 EVertr), für den Grundstückserwerb das BGB (§§ 873 ff., 925 ff.)⁸ und für Notare auch die Zuständigkeit zur Entgegennahme von Auflassungen (§ 2 Abs.3 NotVO)⁹.

— Die Unterschiede zwischen der „Entgegennahme von Auflassungen“ (§ 20 Abs.2 BNotO; § 2 Abs.3 NotVO) und der öffentlichen Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 1, 8 ff. BeurkG; § 20 Abs.1 BNotO; § 2 Abs.2 NotVO) werden mitunter zu wenig beachtet¹⁰.

II. Übertragung des Eigentums an einem Grundstück

1. Grundsatz von Einigung und Eintragung (§ 873 BGB)

Nach dem dualistischen Prinzip des BGB¹¹ führt das Zusammenwirken von Einigung und Eintragung zum vereinbarten Rechtserwerb. Die rechtsgeschäftliche dingliche Rechtsänderung tritt weder durch Einigung allein noch durch Eintragung allein ein, sondern nur durch zeitliches Zusammentreffen und inhaltliche Übereinstimmung der wirksamen Einigung und der wirksamen Eintragung in das Grundbuch¹².

2. Auflassung und Auflassungsform (§ 925 Abs.1 BGB)

„Auflassung“ ist nach der Legaldefinition des § 925 Abs.1 BGB „die zur Übertragung des Eigentums an einem Grund-

⁵ BayObLG, Beschl. v. 1.8.1991, in diesem Heft S. 132 (= BayObLGZ 1991, Nr. 52); vgl. dazu den Beschluß des BayObLG v. 12.9.1991 (in diesem Heft S. 134)

⁶ Dazu unten VI und VII; vgl. auch Eckhardt MittBayNot 1990, 333/338

⁷ BGBl. 1990 II 889; dazu Ertl MittBayNot 1990, 279

⁸ Rohde DNotZ 1991, 186/201

⁹ VO über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis v. 20.6.1990, deren § 2 durch den Einigungsvertrag neu gefaßt worden ist; dazu Schippel DNotZ 1991, 171/177, 181; Ertl, MittBayNot 1990, 279/280

¹⁰ Dazu unten III 6; IV 2, 3, 9; VII

¹¹ Staudinger/Ertl § 873 Rdnr. 2 ff.; Vorbem. 2 zu § 925; MünchKomm/Wacke § 873 Rdnr. 1

¹² RGZ 106, 109/113; 131, 97/99; 139, 118/129; BayObLGZ 1954, 142/146; BGH DNotZ 1966, 172; BGB-RGRK/Augustin § 873 Rdnr. 98 ff.; § 925 Rdnr. 26; Erman/Hagen § 873 Rdnr. 1; § 925 Rdnr. 56; MünchKomm/Wacke § 873 Rdnr. 1, 49 ff.; Palandt/Bassenge § 873 Rdnr. 1; Soergel/Stürner § 873 Rdnr. 16; Staudinger/Ertl § 873 Rdnr. 180 ff.; § 925 Rdnr. 106 ff.; Streuer Rpfleger 1988, 513

stück nach § 873 BGB erforderliche Einigung, des Veräußerers und des Erwerbers“. Sie muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem deutschen Notar oder einer sonstigen zuständigen Stelle erklärt werden, sofern das Gesetz nicht ausnahmsweise getrennte Erklärungen zuläßt (Art. 143 EGBGB). § 925 Abs. 1 BGB ist auch bei anderen Rechtsänderungen zu beachten, wenn sich aus einer bundes- oder landesrechtlichen Vorschrift (unmittelbar oder analog) ergibt, daß die für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück bestehenden Vorschriften anzuwenden sind oder (wie z. B. gem. § 4 Abs. 2 S. 1 WEG) „die Einigung der für die Auflassung vorgeschriebenen Form bedarf“.

3. Sonstige Grundsätze des Liegenschaftsrechts

Von den sonstigen Vorschriften und Grundsätzen des Liegenschaftsrechts¹³ will ich hier nur einige herausgreifen, die für den als Auflassung bezeichneten Rechtsvorgang besonders wichtig erscheinen.

a) Trennung von materiellem und formellem Grundstücksrecht¹⁴

Die Trennung des materiellen und formellen Rechts wurde 1900 mit der Kodifizierung des Immobiliarsachenrechts im BGB und des Grundbuchverfahrensrechts in der GBO vollzogen. Das materielle Recht entscheidet über die Voraussetzungen der dinglichen Rechtsänderung und über Inhalt und Wirkungen dinglicher Rechte, das formelle Recht darüber¹⁵, von welchen Erklärungen oder sonstigen Voraussetzungen das Grundbuchamt die Grundbucheintragung abhängig machen soll. Beide Rechtsgebiete sind in einer eigenartigen Weise so miteinander verflochten, daß das eine ohne das andere im Grundstücksverkehr nicht denkbar wäre (vgl. § 873 BGB)¹⁶.

b) Trennung von Schuld- und Sachenrecht¹⁷

Die Trennung dieser beiden Rechtsgebiete ist ein ihren Wesensunterschieden Rechnung tragendes Ordnungsprinzip, das zugleich der Sicherheit des Grundstücksverkehrs dient. Der Abstraktionsgrundsatz macht dingliche Rechtsverhältnisse von einer Zweckbestimmung und vom Bestand eines schuldrechtlichen Grundgeschäftes unabhängig. Das Grundbuchamt hat — von Ausnahmen abgesehen — weder das Recht noch die Pflicht¹⁸, die Wirksamkeit des der dinglichen Rechtsänderung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zu prüfen oder die Eintragung der Rechtsänderung vom Nachweis eines wirksamen Grundgeschäftes abhängig zu machen. Der Abstraktionsgrundsatz ist bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück besonders ausgeprägt, weil sie nicht von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht werden kann (§ 925 Abs. 2 BGB), also auch nicht davon, daß der Erwerber einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums hat¹⁹.

c) *Lex rei sitae, lex fori*²⁰

Die Geltung der *lex rei sitae* (Sachstatut) für dingliche Rechtsverhältnisse an Grundstücken und der *lex fori* für alle Verfahren, die zum Erwerb und Verlust eines dinglichen Rechts an einem inländischen Grundstück erforderlich sind, ist Ausfluß der Gebietshoheit und der Gerichtshoheit und entspricht dem international anerkannten Gewohnheitsrecht.

d) *Mitwirkung staatlicher Organe am Grundstücksverkehr*²¹

Von den verschiedenen Arten staatlicher Mitwirkung am Grundstücksverkehr seien hier nur einige erwähnt. Die Grundstücke und ihre Grenzen werden in dem von Katasterbehörden geführten Liegenschaftskataster²², ihre Eignung für den Rechtsverkehr im Grundbuch bestimmt, das von Grundbuchämtern in einem zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörenden Verfahren angelegt und geführt wird²³. Die Grundbucheintragung ist ein gerichtlicher Hoheitsakt²⁴, die Mitwirkung eines staatlichen Organs an der Auflassung eine aus dem altdeutschen Recht stammende, überwiegend öffentlichen Interessen dienende hoheitliche Tätigkeit, die nur von einem dafür zuständigen Organ der Rechtspflege wirksam ausgeübt werden kann²⁵.

III. Mitwirkung eines Staatsorgans an der Auflassung

1. Entwicklung der Auflassung im deutschen Recht

Zum besseren Verständnis des Rechtsinstituts der Auflassung und der älteren Rechtsprechung und Literatur ist ein kurzer Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung²⁶ notwendig. Die Mitwirkung eines Richters als Repräsentant des Inhabers der Gebietshoheit an der Auflassung eines Grundstücks war im deutschen Rechtskreis bereits im Mittelalter weit verbreitet. Die Form der Auflassung hat sich gegen das zur Formlosigkeit tendierende römische Recht durchgesetzt. Sie ist auch zu einer Zeit, als es bereits Grundbücher²⁷ gab, beibehalten worden, um die Bucheinrichtung vor der Gefahr unrichtiger Eintragungen zu schützen. Im deutschen Recht war nicht die Notwendigkeit einer staatlichen Mitwirkung an der Auflassung, sondern nur die Frage umstritten, welches Staatsorgan dafür zuständig sein soll. Nach dem Inkrafttreten des BGB (1900) war reichsrechtlich ursprünglich nur

²⁰ Palandt/Heldrich EGBGB Anh. II zu Art. 38 Rdnr. 2 ff.; Staudinger/Stoll Internationales Sachenrecht Rdnr. 56 ff., 114, 154 ff.; Staudinger/Ertl Vorbem. 6, 7 zu § 925; Schütze DNotZ 1992, 66. Dazu unten III 2 und 3

²¹ Staudinger/Ertl Vorbem. 30 zu § 873

²² Horber/Demharter § 2 Anm. 3, 6; KEHE/Eickmann § 2 Rdnr. 7 ff.; Staudinger/Ertl Vorbem. 74 zu § 873; Bengel/Simmerding § 3 Rdnr. 2, 17 ff.

²³ Horber/Demharter § 3 Anm. 2, 7; KEHE/Eickmann § 1 Rdnr. 1 ff.; § 3 Rdnr. 7; Staudinger/Ertl Vorbem. 10 zu § 873

²⁴ Staudinger/Ertl Vorbem. 46 zu § 873. Nach BayObLGZ 1992 Nr. 5 gehören die Geschäfte des Grundbuchamts nicht zu den Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt i. S. des Art. 92 GG, sondern zum Bereich der vorsorgenden Rechtspflege, deren Aufgaben nicht unbedingt den Gerichten und dort nicht unbedingt den Richtern übertragen werden müssen.

²⁵ Zur Stellung des Notars vgl. § 1 BNotO (Träger eines öffentlichen Amtes für Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege), § 2 NotVO (Organ der Rechtspflege zur Wahrnehmung staatlicher Funktionen); Schippel DNotZ 1991, 171/177

²⁶ Köbl DNotZ 1983, 207/216; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 77 ff.; Bengel/Simmerding Einf. Rdnr. 3 ff.

²⁷ Meikel/Böhringer Einl. A 1 ff.; Staudinger/Ertl Vorbem. 70 ff. zu § 873; Bengel/Simmerding Einf. Rdnr. 4 ff.

¹³ Staudinger/Ertl Vorbem. 23 zu § 873

¹⁴ BGB-RGRK/Augustin Vorbem. 3 vor § 873; Erman/Hagen § 873 Rdnr. 2; MünchKomm/Quack Vorbem. 7, 13 vor § 873; Palandt/Bassenge Überbl. 7 ff. vor § 873; Staudinger/Ertl Vorbem. 5 zu § 873; § 873 Rdnr. 3

¹⁵ Horber/Demharter Anh. zu § 13 Anm. 10; KEHE/Ertl Einl. A 5

¹⁶ Staudinger/Ertl Vorbem. 7 zu § 873; KEHE/Ertl Einl. A 15 ff.; MünchKomm/Wacke Vorbem. 13 vor § 873

¹⁷ BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 35, 41; Erman/Hagen § 873 Rdnr. 3; MünchKomm/Wacke § 873 Rdnr. 20 ff.; Palandt/Bassenge Einl. 16, 17 vor § 854; Staudinger/Ertl Vorbem. 1 zu § 873; § 873 Rdnr. 30 ff., 81 ff.; § 925 Rdnr. 91 ff.

¹⁸ KEHE/Ertl Einl. A 41, 42; Horber/Demharter § 19 Anm. 6 b

¹⁹ MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 24; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 16; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 91 ff.

das Grundbuchamt zuständig²⁸. Dies hatte einerseits den Vorteil, daß die Auflassung „vor offenem Buch“ erklärt und — jedenfalls damals²⁹ — vom Grundbuchamt sofort durch Eintragung im Grundbuch vollzogen werden konnte. Andererseits war dies mit dem Nachteil verbunden, daß für die Beurkundung des Verpflichtungsgeschäftes ein anderes Organ der Rechtspflege (Amtsgericht oder Notar) zuständig war. Durch Landesrecht (Art. 143 EGBGB alte Fassung) konnte deshalb die Auflassung auch vor Notaren, Gerichten, anderen Behörden oder Beamten zugelassen werden. Durch die VO vom 11.5.1934 wurde im ganzen Reichsgebiet die Zuständigkeit der Notare eingeführt³⁰. Sie hat in der Folgezeit trotz der Vergeltung vieler anderer Zuständigkeitsregelungen bei der Bevölkerung mehr und mehr Anklang gefunden. 1953 wurde sie in das BGB übernommen³¹. Die Auflassung vor dem Notar ist durch die seit 1.1.1970 geltende Neufassung des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB gleichzeitig mit der Beseitigung der Zuständigkeit der Grundbuchämter, Amtsgerichte und landesrechtlich bestimmten Stellen³² und mit der Übertragung der ausschließlichen Beurkundungszuständigkeit auf die Notare³³ aus sachlichen Erwägungen zur gesetzlichen Regel im gesamten Bundesgebiet erhoben worden.

2. Zuständige Stellen zur Entgegennahme der Auflassung

Ursprünglich lag nach BGB die Zuständigkeit zur Entgegennahme von Auflassungen und für Eintragungen in das Grundbuch in einer Hand. Das jetzt geltende Recht geht davon aus, daß es sich als sinnvoll erwiesen hat, die Zuständigkeit zur staatlichen Mitwirkung an der Auflassung den Organen zu übertragen, die auch die Beurkundung von Verpflichtungsgeschäften zur Veräußerung und zum Erwerb von Grundstücken (§ 313 BGB) und von Grundbucheintragungen (§ 29 GBO) vornehmen können. Zuständig zur Entgegennahme der Auflassung³⁴ sind deshalb außer jedem deutschen Notar³⁵ die Konsularbeamten der Bundesrepublik

Deutschland für die Auflassung eines deutschen Grundstücks im Ausland (§§ 12 Nr. 1; 19, 24 KonsularG)³⁶, in Baden-Württemberg der Ratschreiber (§ 61 Abs. 4 BeurkG) für die Auflassung in Erfüllung eines von ihm beurkundeten Vertrages (§ 32 Abs. 3 S. 2 LFGG)³⁷ und das Gericht bei Erklärung der Auflassung in einem gerichtlichen Vergleich (§ 925 Abs. 1 S. 3 BGB)³⁸, dessen Protokoll die notarielle Beurkundung ersetzt (§ 127a BGB).

3. Zweck der Mitwirkung eines Staatsorgans

Die in § 925 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Mitwirkung eines staatlichen Organs als Voraussetzung für eine wirksame Auflassung ist nach deutschem Recht ein gesetzliches Ordnungselement, dem wesentliche Bedeutung zukommt³⁹. Den Vertragsteilen soll vor der Abgabe ihrer Erklärungen die Bedeutung der Auflassung, die keinen Eigentumsvorbehalt zuläßt⁴⁰, vor Augen geführt und die Beratung durch ein sachkundiges und unparteiisches Organ der Rechtspflege zuteil werden⁴¹. Die für die Auflassung vorgeschriebene Form (§ 925 Abs. 1 BGB) besteht darin, daß die Beteiligten die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtete Einigung (§ 873 BGB) bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem dafür nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland zuständigen Staatsorgan (Art. 11 Abs. 5 EGBGB) erklären, das in amtlicher Eigenschaft durch Entgegennahme der Auflassung an diesem privatrechtlichen Vertragsschluß mitwirkt⁴². Von den Funktionen des gesetzlichen Zwangs zur Einhaltung der vorgeschriebenen Formalitäten stehen bei der Auflassung die öffentlichen Interessen an der Institution des mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Grundbuchs im Vordergrund⁴³. Die Mitwirkung eines zuständigen Staatsorgans ist ein Akt der Rechtspflege⁴⁴ und aus den gleichen Gründen wie bei der Eheschließung⁴⁵ eine unerläßliche materielle Wirksamkeitsvoraussetzung, die durch nichts ersetzt werden kann. Ein Verstoß wird durch nachfolgende Grundbucheintragung (anders als bei Verstoß gegen die Urkundsform; § 313 S. 2 BGB) nicht geheilt (§ 125 S. 1 BGB)⁴⁶.

4. Erklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile

Das Gesetz beschränkt die Erschwerung der Auflassung darauf, daß die Erklärungen bei gleichzeitiger⁴⁷, aber nicht

²⁸ Vorbild dafür war das preußische Grundstücksrecht (§ 2 EEG); dazu MünchKomm/Wacke Vorbem. 9 vor § 873

²⁹ Früher war die sofortige oder zu einem bestimmten Termin vereinbarte Grundbucheintragung möglich (vgl. RGZ 132, 406 zu einem Fall aus dem Jahr 1923) und folglich auch die Zug-um-Zug-Leistung von Kaufpreiszahlung und Eintragung der Auflassung. Im Laufe der Zeit ist dies wegen der zunehmenden Komplizierung des Grundstücksverkehrs unmöglich geworden (Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 79, 143)

³⁰ Auch für Grundstücke außerhalb des Amtsbezirks des Notars oder des Landes, in dem er bestellt worden ist

³¹ Gesetz v. 5.3.1953 (BGBl. I 33); dazu Finke DNotZ 1953, 174/177, 178; Riedel DNotZ 1955, 521

³² Gem. § 57 Abs. 3 Nr. 3 BeurkG

³³ Keidel/Kuntze/Winkler BeurkG Einl. 9; Mecke DNotZ 1968, 584/588; Mattern Rpfleger 1969, 37; Weber DRiZ 1970, 45

³⁴ BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 68 ff.; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 15 ff.; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 13, 14; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 6 ff.; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 18 ff.; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 80 ff.; Horber/Demharter § 20 Anm. 6; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 115; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 57 ff.

³⁵ Nach nahezu einhelliger Meinung sind ausländische Notare, auch wenn eine von ihnen errichtete Urkunde über ein beurkundungspflichtiges Rechtsgeschäft vom deutschen Recht anerkannt wird (BGH DNotZ 1981, 451), zur Entgegennahme der Auflassung eines in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Grundstücks nicht zuständig (so OLG Köln DNotZ 1972, 489 und KG DNotZ 1987, 44 mit eingehender Begründung und Lit.Hinw.). Die Frage, ob ein staatliches Notariat der DDR vor dem 3. 10. 1990 dafür zuständig war, ist in der Praxis kaum aktuell geworden, vom KG (a. a. O.) offengelassen und verneint worden von BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 69; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 60; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 80; Trunk MittBayNot 1990, 215/216, 218

³⁶ Geimer DNotZ 1978, 3

³⁷ Kraib BWNotZ 1975, 114

³⁸ Walchshöfer NJW 1973, 1102; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 67 ff.; zur Auflassung bei amtlicher Vermittlung der Auseinandersetzung eines Nachlasses oder Gesamtguts vgl. Bracker MittBayNot 1984, 114/117; Keidel/Kuntze/Winkler FG § 98 Rdnr. 19, 20

³⁹ So BVerfG, Beschl. v. 30.11.1982 (BVerfGE 62, 323/331) zur Mitwirkung eines Standesbeamten als Voraussetzung einer wirksamen Eheschließung gem. § 13 EheG

⁴⁰ Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 143; KEHE/Ertl Einl. M 1

⁴¹ BGHZ 29, 6/11 = NJW 1959, 626; BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 61; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 21, 22; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 1; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 75

⁴² Dazu vor allem II 3 (FuBn. 20 ff.) und III 2 bis 4 (FuBn. 34 ff.)

⁴³ Köbl DNotZ 1983, 207/211

⁴⁴ Blumenwitz DNotZ 1968, 712/735

⁴⁵ Die Mitwirkung des Standesbeamten an der Eheschließung und die Mitwirkung des Notars an der Auflassung beruhen auf dem gleichen Rechtsgedanken und weisen viele Ähnlichkeiten auf (RGZ 99, 65/69; 132, 406/409)

⁴⁶ BGHZ 29, 6/10 = NJW 1959, 626; BayObLGZ 1983, 181/184

⁴⁷ RGZ 99, 65/69; 132, 406/410; BGHZ 22, 312/316; 29, 6/10; BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 61; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 16, 17; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 4; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 83. Zu Ausnahmenvorschriften vgl. Art. 127, 143 EGBGB.

persönlicher⁴⁸ Anwesenheit beider Teile vor einem Notar (oder sonstigen zuständigen Stelle) abgegeben werden müssen. Dieses materiellrechtliche Erfordernis schließt Auflassungserklärungen durch Vertreter (§§ 164 ff. BGB)⁴⁹ und Nichtberechtigte (§ 185 BGB)⁵⁰ nicht aus. § 925 Abs. 1 BGB macht aber eine Ausnahme von § 128 BGB⁵¹, die einen zweifachen Zweck verfolgt.

a) Erfordernis der Willensübereinstimmung

Voraussetzung einer wirksamen Auflassung ist die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtete Willensübereinstimmung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber⁵². Sicherer als bei Trennung von Angebot und Annahme unter Abwesenden wird diese Willensübereinstimmung dadurch erreicht, daß alle Beteiligten bei dem vom Gesetz als Auflassung bezeichneten Rechtsvorgang gleichzeitig anwesend oder wenigstens vertreten sind, miteinander verhandeln, etwaige Zweifel klären und die Auflassungserklärungen des anderen Teils sofort annehmen oder ablehnen können (§§ 146, 147 Abs. 1 S. 1 BGB).

b) Aufgaben bei Entgegennahme der Auflassung

Die Auflassung muß zu ihrer Wirksamkeit außerdem von einem Notar (oder einem sonstigen dafür zuständigen Staatsorgan) entgegengenommen werden, der nicht bloß anwesend, sondern zu dieser Amtshandlung erkennbar bereit ist und sie nicht ablehnt⁵³. Seine Aufgabe⁵⁴ besteht darin, den ernsthaften und überlegten Willen der Beteiligten, ihre Willensübereinstimmung und den Zeitpunkt festzustellen, zu dem sie sich über die Eigentumsübertragung geeinigt haben. Seine Wahrnehmungen müssen von dem Bewußtsein getragen werden, daß die Erklärungen vor ihm abgegeben werden, um sofort Rechtswirksamkeit zu erlangen. Dieser Aufgabe kann er nur gerecht werden, wenn die Beteiligten bei gleichzeitiger Anwesenheit ihre Erklärungen vor ihm abgeben. Dazu ist es zwar zweckmäßig und üblich, aber nicht unbedingt erforderlich, daß sich die Beteiligten und der mitwirkende Notar im gleichen Raum befinden. Sie alle müssen sich aber — auch bei Anwesenheit im gleichen Raum — nicht nur sehen und hören⁵⁵, sondern auch miteinander verständigen können⁵⁶.

5. Von § 925 Abs. 1 BGB nicht erfaßte Erklärungen

a) Abgrenzung des Geltungsbereichs

§ 925 Abs. 1 BGB gilt — wie sein Wortlaut besagt — nur für die materiellrechtlichen Auflassungserklärungen des Ver-

äußerers und des Erwerbers⁵⁷ und erfaßt deshalb nicht die Aufhebung der Auflassung⁵⁸, nicht das schuldrechtliche Grundgeschäft, das durch Angebot und Annahme geschlossen werden kann (§§ 128, 313 S. 1 BGB), nicht die Messungsanerkennung⁵⁹ und auch nicht den Eintragungsantrag (§ 13 GBO), die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) oder die grundbuchrechtlichen Erklärungen (§ 20 GBO), mit denen die Auflassung nachträglich in verfahrensrechtlicher Hinsicht berichtigt, ergänzt oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen inhaltlich angepaßt wird⁶⁰.

b) Maßnahmen zum Schutz des Verkäufers

Zum Schutz des Verkäufers gegen die Risiken des Verlustes seines Eigentums vor Kaufpreiszahlung sind in der notariellen Praxis Maßnahmen entwickelt worden⁶¹, wie z. B.

- (1) Trennung von Kaufvertrag und Auflassung⁶²;
- (2) Vollzugsvorbehalt nach § 16 Abs. 2 GBO⁶³, wonach die Auflassung nicht ohne Kaufpreishypothek im Grundbuch eingetragen werden darf;
- (3) Vorbehalt der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO)⁶⁴ in der Weise, daß in der Urkunde zwar die Auflassung erklärt, aber die Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch nicht bewilligt und nicht beantragt wird und dem Notar

⁵⁵ RG JW 1905, 491; JW 1928, 2519 m. Anm. Rosenberg; BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 61; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 23; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 83. Bei Beteiligung von Personen, die nicht hinreichend sehen, hören oder sprechen können, sind §§ 22 ff. BeurkG für die Auflassung entsprechend anzuwenden. Muß gem. § 24 BeurkG zur Auflassung eine Vertrauensperson zugezogen werden (Keidel/Kuntze/Winkler BeurkG § 24 Rdnr. 17), dann gilt das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit auch für die Vertrauensperson. Denn durch sie kann der Behinderte seinen Willen äußern und die Erklärungen der anderen Beteiligten erfahren. Erst durch die Mitwirkung der Vertrauensperson wird es dem Notar ermöglicht, die Auflassung entgegenzunehmen. § 24 BeurkG ist auch bei Beteiligung eines Stummen anzuwenden, mit dem eine schriftliche Verständigung nicht möglich ist (Keidel/Kuntze/Winkler BeurkG § 24 Rdnr. 6; dazu unten Fußn. 97).

⁵⁶ Ist eine Verständigung zwischen den anwesenden Beteiligten oder zwischen den Beteiligten und dem Notar nicht möglich, hat der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen (§ 14 Abs. 2 BNotO). Zu den Aufgaben des Notars bei Beteiligung von Behinderten Ertl MittBayNot 1991, 196.

⁵⁷ Und zwar für alle Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers, die zur materiellen Wirksamkeit der Auflassung erforderlich sind (dazu Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 35), vor Grundbuchvollzug auch für ihre Abänderung oder Ergänzung (Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 87); anders für ihre Ergänzung „in verfahrensrechtlicher Hinsicht“ (dazu unten IV 3; Fußn. 81 ff.).

⁵⁸ Die formlos erfolgen kann (BayObLGZ 1954, 142/147; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 23; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 89).

⁵⁹ Bengel/Simmerding Anh. Rdnr. 28 zu § 22

⁶⁰ Dazu unten III 3 (Fußn. 81 ff.).

⁶¹ Überblick über solche Maßnahmen bei Reithmann/Röll/Gessele Rdnr. 346 ff.; KEHE/Ertl Einl. M 31; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 145. Schuldrechtliche Vereinbarungen über den zeitlichen Aufschub des Vollzugs der Auflassung im Grundbuch (BGH DNotZ 1990, 289/290) und der rechtlich nicht zulässige Verzicht auf das eigene Antragsrecht (§ 13 GBO) der Beteiligten (LG Frankfurt Rpfleger 1992, 58) sind nicht empfehlenswert. Denn beide sind vom Grundbuchamt nicht zu beachten (Herrmann MittBayNot 1975, 173; Ertl DNotZ 1975, 644).

⁶² Dies ist der sicherste Weg. Dazu KG DNotZ 1976, 434; OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 74; OLG Frankfurt DNotZ 1990, 672 m. Anm. Schmitz-Valkenberg

⁶³ KEHE/Herrmann § 16 Rdnr. 24; Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 3336; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 27

⁶⁴ Behmer Rpfleger 1984, 306; Ertl DNotZ 1975, 644/645; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 9. In meiner eigenen notariellen Praxis habe ich diesen Weg bevorzugt. Dazu Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 52 ff.

⁴⁸ Persönliche Anwesenheit ist in § 925 BGB nicht vorgeschrieben; anders als beim Erbvertrag (§§ 2274, 2276 BGB) und bei Eheschließung (§ 13 EheG)

⁴⁹ BGHZ 29, 366/369 = DNotZ 1959, 312; BayObLGZ 1983, 275 = MittBayNot 1983, 221 (auch durch Vertreter ohne Vertretungsmacht; § 177 BGB); Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 69 ff.; Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 3321 ff.; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 115 ff.; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 25 ff.

⁵⁰ RGZ 129, 284/286; 134, 283/285; 135, 378/382; 152, 380; BGHZ 19, 138/139; BayObLG MittBayNot 1987, 252/253; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 16; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 29; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 45, 46; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 91 ff.

⁵¹ BGHZ 29, 6/10 = NJW 1959, 626; BayObLGZ 1983, 181/184; BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 61; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 22

⁵² BayObLG DNotZ 1986, 237/238; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 34 ff.; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 19

⁵³ RGZ 106, 198/200; 132, 406/409; BGHZ 7, 64; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 21; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 23; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 75. Vgl. BayObLGZ 1984, 141 = DNotZ 1985, 217 ausführlich zu den Anforderungen an die Mitwirkung einer als Zeuge (Schreibzeuge, Vertrauensmann) zugezogenen Person.

⁵⁴ RGZ 132, 406/410; BGHZ 29, 6/11 = NJW 1959, 626; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 1; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 75

entweder die Eintragungsbewilligung in einer eigenen Urkunde zur Treuhandverwahrung übergeben oder eine Vollmacht zur Bewilligung und Antragstellung mit einer Weisung erteilt wird, wonach er von der verwahrten Bewilligung oder erteilten Vollmacht erst nach Bestätigung des Verkäufers über den Empfang des Kaufpreises Gebrauch machen darf;

(4) Vorbehalt der Eigentumsumschreibung⁶⁵ durch Anweisung an den Notar gem. § 51 Abs. 2 BeurkG, bis zum Nachweis der Kaufpreiszahlung von der Urkunde nur auszugsweise Ausfertigungen und Abschriften zu erteilen, in denen die Auflassung, die Eintragungsbewilligung und der Antrag auf Eigentumsumschreibung nicht enthalten ist.

6. Pflichten bei Mitwirkung an der Auflassung

Bei der Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks hat der Notar oder die sonstige dafür zuständige Stelle vor allem auf drei rechtlich verschieden geregelte Gesichtspunkte zu achten:

a) Materielles Recht⁶⁶

Die Einhaltung der im BGB vorgeschriebenen Form (§ 925 Abs. 1 BGB) und des für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderlichen Inhalts der Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 2 BGB) ist erforderlich, weil sonst die Auflassung nicht wirksam wäre und das Eigentum am Grundstück nicht auf den Erwerber übergehen würde.

b) Grundbuchverfahrensrecht⁶⁷

Die Aufnahme der Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers in eine Urkunde in der zur Eintragung im Grundbuch vorgeschriebenen Verfahrensform (§§ 20, 29 GBO) und mit einem für die Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren erforderlichen Inhalt ist notwendig, weil sonst das Grundbuchamt die Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch nicht vornehmen darf (§ 18 GBO).

c) Verfahren bei Entgegennahme der Auflassung⁶⁸

Die Entgegennahme der Auflassung durch die zuständige Stelle ist eine nicht unter den gesetzlichen Beurkundungsbegriff fallende Amtshandlung⁶⁹ und erfolgt in einem Verfahren, für das es nur wenige gesetzliche Vorschriften gibt. Eine entsprechende Anwendung der für Beurkundungen geltenden Vorschriften findet ihre Grenzen in den wesentlichen Unterschieden dieser beiden Amtstätigkeiten⁷⁰.

IV. Geklärte und ungeklärte Fragen der Auflassung

1. Anwendungsbereich des § 925 Abs. 1 BGB

a) Unmittelbar⁷¹ gilt diese Vorschrift für die Auflassung von Grundstücken, realen Teilflächen, Miteigentumsanteilen,

Wohnungs- und Teileigentum. Die Einigung bedarf der Auflassungsform auch zur Einräumung und Aufhebung des Sondereigentums (§ 4 Abs. 2 WEG) und (nach h.M. analog § 925 Abs. 1 BGB) zur Übertragung des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers⁷² und des Rechts auf Aneignung eines Grundstücks (§§ 927, 928 BGB)⁷³.

b) Bei grundstücksgleichen Rechten⁷⁴, die hier nicht näher behandelt werden können, ist zu beachten, daß bei ihnen teils die für den Erwerb des Eigentums an Grundstücken bestehenden Vorschriften (also auch § 925 BGB) teils die für Erbbaurechte geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Bei „neuen“ Erbbaurechten gilt § 925 BGB nicht (§ 11 Abs. 1 ErbbauVO). Bei „alten“ Erbbaurechten, die am 22. 1. 1919 bereits bestanden haben, muß die zur Übertragung (§ 873 BGB), Erstreckung (§ 1013 BGB) und Inhaltsänderung (§ 877 BGB) erforderliche Einigung in Form des § 925 Abs. 1 BGB erklärt werden (§§ 38 ErbbauVO; 1013, 1015 BGB)⁷⁵.

2. Beurkundung der Auflassungserklärungen

a) Verfahrensrechtliche Eintragungsvoraussetzung (§§ 20, 29 GBO)

Eine Beurkundung⁷⁶ der Auflassungserklärungen ist im BGB nicht vorgeschrieben und deshalb keine materielle Voraussetzung für die Wirksamkeit der Auflassung⁷⁷. Die Vorlage einer über die Auflassung gem. §§ 8 ff. BeurkG errichteten Urkunde ist aber eine verfahrensrechtliche Eintragungsvoraussetzung⁷⁸, weil im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils und die Entgegennahme der Auflassung durch eine zuständige Stelle (§ 925 Abs. 1 BGB) dem Grundbuchamt nachzuweisen ist (§§ 20, 29 GBO). Trägt das Grundbuchamt trotz eines Verstoßes gegen diese Verfahrensvorschriften der GBO den Erwerber als Eigentümer ein, so ist das Grundbuch richtig, wenn die Auflassung wirksam erklärt worden ist und die Eintragung wirksam ist und inhaltlich mit der Auflassung übereinstimmt (§§ 873, 925 BGB)⁷⁹.

⁷² BGHZ 49, 197; 83, 395/399; 106, 108; KEHE/Ertl Einl. M 22, 39; nach h. M. auch zur Verpfändung des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers (BGHZ 49, 197/202), obwohl ein sinnvoller Grund dafür nicht erkennbar ist (so mit Recht kritisch Köbl DNotZ 1983, 207/215)

⁷³ Palandt/Bassenge § 927 Rdnr. 4; § 928 Rdnr. 4; Staudinger/Ertl § 927 Rdnr. 20; § 928 Rdnr. 20

⁷⁴ Zu den grundstücksgleichen Rechten vgl. Art. 196 EGBGB; MünchKomm/Wacke Vorbem. 6 vor § 873; Palandt/Bassenge Überbl. 3 vor § 873

⁷⁵ RGRK/Räffe ErbbauVO § 38 Rdnr. 1, 6; v. Oefele/Winkler Handbuch des Erbbaurechts Rdnr. 7.1; 7.7; 7.9

⁷⁶ „Beurkunden“ bedeutet „urkundlich bezeugen“. Die öffentliche Beurkundung besteht darin, daß die Urkundsperson von ihr selbst in amtlicher Eigenschaft wahrgenommene Willenserklärungen (§§ 8 ff. BeurkG) oder Tatsachen (§§ 36 ff. BeurkG) in einer öffentlichen Urkunde (§ 415 ZPO) niederlegt (Keidel/Kuntze/Winkler BeurkG § 1 Rdnr. 2, 4, 8, 10, 11; Mecke DNotZ 1968, 584/590; Reithmann DNotZ 1974, 6).

⁷⁷ RGZ 99, 65; 132, 406/408; BGHZ 22, 312 = NJW 1957, 459

⁷⁸ Horber/Demharter § 20 Anm. 9; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 114; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 6 ff.; 39 ff. Die Feststellung in der Urkunde, daß die Beteiligten die Auflassungserklärungen „bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar abgegeben haben“, ist zweckmäßig, aber nicht zwingend vorgeschrieben. Fehlt sie, dann ist dies kein Grund zur Ablehnung der Eintragung (LG München I MittBayNot 1989, 31). Eine Feststellung des Notars, „daß er die Auflassung entgegengenommen hat“, ist nicht üblich. Lehnt er die Mitwirkung an der Auflassung ab, muß er auch die Beurkundung ablehnen.

⁷⁹ Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 76

⁶⁵ Reithmann DNotZ 1975, 324/330; Eckhardt DNotZ 1983, 96. Dieser Weg setzt ein gut organisiertes und mit geschultem Personal ausgestattetes Notariatsbüro voraus.

⁶⁶ Zur Form oben III; zum Inhalt der Auflassung vgl. MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 19 ff., 24 ff.; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 9 ff.; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 34 ff., 91 ff.

⁶⁷ Unten IV 2, 3; zum Inhalt der Erklärungen KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 94 ff.

⁶⁸ Unten IV 9 (Fußn. 110 ff.)

⁶⁹ Seybold/Hornig BNotO § 118 Rdnr. 10

⁷⁰ Seybold/Hornig BNotO § 16 Rdnr. 6; Vorbem. 27, 28 zu § 20

⁷¹ Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 2; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 15, 17, 19; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 12 ff.

b) Wirksamkeitsvoraussetzung beim gerichtlichen Vergleich

Bei der Auflassung in einem gerichtlichen Vergleich gehört die zur Wirksamkeit des Vergleichs vorgeschriebene Aufnahme dieser Erklärungen in das gerichtliche Protokoll (§§ 159 ff. ZPO) zu den materiellen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Auflassung⁸⁰.

3. Nachholung von Eintragungsvoraussetzungen

Auch wenn die Auflassung nach materiellem Recht wirksam erklärt worden ist, gibt es nach allgemein anerkannter Meinung Fälle, in denen die beurkundeten Erklärungen zur Eintragung im Grundbuch nicht genügen⁸¹. Einige davon sollen hier angesprochen werden.

a) Nachholung der Grundstücksbezeichnung (§ 28 GBO)

Genügen die dem Grundbuchamt nachgewiesenen Auflassungserklärungen trotz materiellrechtlicher Wirksamkeit in verfahrensrechtlicher Hinsicht den strengerer Anforderungen des Grundbuchverfahrensrechts nicht, so kann der Notar die von ihm selbst beurkundeten grundbuchrechtlichen Erklärungen aufgrund ausdrücklicher Vollmacht in einer von ihm unterzeichneten und mit Dienstsiegel versehenen Eigenurkunde nachträglich berichtigen, ergänzen oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen inhaltlich anpassen⁸², z. B. das aufgelassene Grundstück in der für die Grundbucheintragung gem. § 28 GBO vorgeschriebenen Weise bezeichnen. Eine gem. § 28 GBO notwendige Ergänzung der beurkundeten Erklärungen kann nach h. M.⁸³ auch vom Veräußerer oder vom Erwerber allein in Form des § 29 GBO vorgenommen werden.

b) Korrektur des Gemeinschaftsverhältnisses (§ 47 GBO)

Um den Erwerb eines Grundstücks durch mehrere Personen nicht an einer formalistischen Handhabung des Grundstücks- und Grundbuchrechts scheitern zu lassen, sind für einen solchen Erwerb verschiedene Wege beschränkt worden. Nach der einen Meinung⁸⁴ sind die Erwerber wie bei Kettenauflassungen aufgrund der an sie erfolgten Auflassung berechtigt, das Grundstück des Veräußerers an sich selbst in dem gewollten anderen Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis aufzulassen (§ 185 Abs. 1 BGB). Nach der zweiten Meinung⁸⁵ genügt es, wenn das richtige Gemeinschaftsverhältnis sofort auf Antrag eingetragen, durch Auslegung ermittelt oder ein unzulässiges in ein zulässiges umgedeutet werden kann. Materiellrechtlich ist die Auflassung wirksam. Zur Eintragung im gewollten Gemeinschaftsverhältnis können die Erwerber die erforderlichen verfahrens-

rechtlichen Erklärungen ohne neue Auflassung und ohne Mitwirkung des Veräußerers in Form des § 29 GBO nachholen, ändern oder berichtigen. Nach einer noch weitergehenden, in der Rechtsprechung aber noch nicht anerkannten und wohl noch keineswegs ausdiskutierten Ansicht⁸⁶ soll es richtiger sein, das Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis der Erwerber nicht als Inhalt der Auflassung zu behandeln. Im Fall der Eintragung würde das Grundbuch nicht unrichtig; Änderungen des Gemeinschaftsverhältnisses könnten im Wege der „Richtigstellung“⁸⁷ vorgenommen werden.

c) Auflassung vor einem ausgeschlossenen Notar

Die Entgegennahme der Auflassung durch einen von der Amtsausübung ausgeschlossenen Notar ist wirksam (§§ 16 Abs. 1 BNotO; 3 BeurkG)⁸⁸. Die von ihm über die Auflassung errichtete Urkunde ist bei einem Verstoß gegen §§ 6 oder 7 BeurkG unwirksam und darf nicht als Nachweis der Auflassung verwendet werden (§ 29 GBO)⁸⁹. Im Falle der Eintragung ist das Grundbuch richtig. Ist die Eintragung noch nicht erfolgt, sollte die Auflassung vor einem anderen Notar in wirksamer Weise wiederholt (§ 925 Abs. 1 BGB) und von ihm beurkundet werden (§§ 20, 29 GBO), um das Risiko eines Eintragungshindernisses (§ 18 GBO) zu vermeiden.

d) Unwirksame Beurkundung

Bei Verstoß gegen zwingende Formvorschriften des Beurkundungsrechts (z. B. § 13 BeurkG) ist nur die Beurkundung unwirksam, die Auflassung aber wirksam⁹⁰. Zur Eintragung ist eine neue, wirksame Beurkundung erforderlich. Ist die Urkunde nur teilweise unwirksam, z. B. weil sie von einem der Beteiligten nicht unterschrieben worden ist, so genügt es, wenn die Beurkundung lediglich insoweit nachgeholt wird.

e) Nachholung der vergessenen Beurkundung

Die Streitfrage, ob der nach §§ 20, 29 GBO erforderliche Nachweis über eine nicht beurkundete Auflassung auch durch eine neue Niederschrift des Notars nach §§ 36, 37 BeurkG über den Inhalt der alten, tatsächlich unter Wahrung des § 925 Abs. 1 BGB vor ihm erklärten und von ihm entgegengenommenen Auflassung geführt werden kann⁹¹, wird von der h. M.⁹² verneint. Denn eine solche Niederschrift gilt nur für die Beurkundung rechtserheblicher Tatsachen, die keine Willenserklärungen sind⁹³. In der Praxis ist es der sicherste Weg, wenn die Beteiligten die aus Versehen nicht in die Urkunde (z. B. über das schuldrechtliche Geschäft) aufgenommene Auflassung erneut erklären und ihre Erklärungen beurkunden lassen. Im Fall der Weigerung müßte die Auflassung durch ein Feststellungsurteil nachgewiesen werden; eine Klage auf (die bereits wirksam erklärte) Auflassung wäre unzulässig.

⁸⁰ Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 82; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 14; Horber/Demharter § 20 Anm. 6 b; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 69

⁸¹ BGHZ 78, 36 = MittBayNot 1981, 42. Der Notar kann aber — auch wenn er dazu bevollmächtigt ist — nicht die materielle Auflassung ergänzen und selbst in amtlicher Eigenschaft an diesem Rechtsvorgang mitwirken (KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 116; § 28 Rdnr. 9).

⁸² BGH (oben Fußn. 81); BayObLG MittBayNot 1982, 181 = DNotZ 1983, 434; BayObLG MittBayNot 1987, 252 = DNotZ 1988, 117; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 60, 61, 87; KEHE/Ertl § 19 Rdnr. 195, 196; § 20 Rdnr. 4, 94, 114, 118; § 28 Rdnr. 9

⁸³ BGHZ 90, 323/328 = MittBayNot 1984, 181/182; BayObLGZ 1974, 112/115 = DNotZ 1974, 441; Horber/Demharter § 28 Anm. 20 b; kritisch KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 107

⁸⁴ OLG Köln Rpfleger 80, 16; zu Kettenauflassungen (mit und ohne Zwischeneintragung des Erwerbers) vgl. KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 137

⁸⁵ BGHZ 82, 346 = MittBayNot 1982, 67; BayObLGZ 1983, 118 = MittBayNot 1983, 121 = DNotZ 1983, 754; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 97, 98; zur Auslegung von Grundbucheintragungen (KEHE/Ertl Einl. C 25 ff.; § 20 Rdnr. 94); zu ihrer Umdeutung (KEHE/Ertl Einl. C 29, 30; § 20 Rdnr. 103)

⁸⁶ Haegeler/Schöner/Stöber Rdnr. 3312; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 226 mit Ausführungen zu den verschiedenen Meinungen

⁸⁷ Horber/Demharter § 22 Anm. 7; KEHE/Ertl § 22 Rdnr. 13; Meikel/Böttcher § 22 Rdnr. 73 ff.

⁸⁸ BGHZ 22, 312 = NJW 1957, 459

⁸⁹ Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 60, 61; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1978, 431

⁹⁰ Oben IV 2 (Fußn. 77)

⁹¹ So LG Oldenburg Rpfleger 1980, 224; Fuchs-Wissemann Rpfleger 1977, 9; 1978, 431

⁹² Haegeler/Schöner/Stöber Rdnr. 3324; Horber/Demharter § 20 Anm. 9; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 114; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 61; Huhn Rpfleger 1977, 199

⁹³ Keidel/Kuntze/Winkler BeurkG Vorbem. 5 zu § 36; Mecke/Lerch, BeurkG § 36 Rdnr. 1, 4

4. Bindung an die Auflassung

In neuerer Zeit ist strittig geworden, ob entsprechend der h. M.⁹⁴ die Auflassung sofort mit ihrer wirksamen Erklärung oder nur dann bindend wird, wenn eine der Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB vorliegt⁹⁵.

5. Mündliche Auflassungserklärungen?

Zur Art der Erklärungsabgabe herrscht Streit darüber, ob die Auflassung vor der zuständigen Stelle „mündlich“ erklärt werden muß (so die h. L.)⁹⁶ oder auch auf andere unmißverständliche Weise⁹⁷ wirksam erklärt werden kann, z. B. durch schlüssiges Verhalten in Verbindung mit der Genehmigung und Unterzeichnung der den Beteiligten vorgelesenen notariellen Urkunde (§ 13 Abs. 1 BeurkG), in der die Auflassungserklärungen enthalten sind. Es geht also letztlich um die Frage, ob zur Wirksamkeit der Auflassung mündliche Erklärungen „genügen“⁹⁸ oder mit der Rechtsfolge „erforderlich“ sind, daß eine andere Abgabe der Erklärungen nach materiellem Recht nicht wirksam wäre⁹⁹.

6. Ersetzung von Auflassungserklärungen durch Urteil

Die Ersetzung der Auflassungserklärung des Veräußerers oder des Erwerbers durch ein rechtskräftiges Urteil (§ 894 ZPO)¹⁰⁰ hindert die Wahrung der Auflassungsform nicht. Die Anwesenheit des Verurteilten (oder eines Vertreters) erübrigt sich. Bei der Abgabe der Auflassungserklärungen der übrigen Beteiligten¹⁰¹ wird sie durch das rechtskräftige Urteil ersetzt. Zweifelhaft ist dagegen, ob es genügt, wenn das Urteil zwar bei der Auflassung bereits rechtskräftig ist, aber erst später zur Eintragung dem Grundbuchamt als Nachweis vorgelegt wird¹⁰² oder ob das Urteil samt Rechtskraftvermerk bei der Auflassung der zuständigen Stelle vorgelegt (= nachgewiesen) werden muß¹⁰³.

7. Form der Vollmacht, Genehmigung und Einwilligung

Vollmachten (§ 167 Abs. 2 BGB), Vollmachtsbestätigungen, nachträgliche Genehmigungen (§§ 177 Abs. 1, 185 Abs. 2 BGB) und Einwilligungen (§ 185 Abs. 1 BGB) zur Auflassung eines Grundstücks bedürfen nach materiellem Recht zu ihrer Wirksamkeit nicht der für die Auflassung vorgeschriebenen Form¹⁰⁴. Lediglich zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt muß die Verfahrensform des § 29 GBO¹⁰⁵ eingehalten werden, um ein Eintragungshindernis (§ 18 GBO) zu vermeiden.

⁹⁴ BayObLGZ 1957, 229 = Rpfleger 1957, 231; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 42; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 111

⁹⁵ Bassenge Rpfleger 1977, 8; MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 29

⁹⁶ BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 71; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 20; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 3; Horber/Demharter § 20 Anm. 5

⁹⁷ MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 18; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 23, 34; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 86; Meikel/Lichtenberger § 20 Rdnr. 70. Dazu auch oben FuBn. 55, 56.

⁹⁸ Wie in RGZ 99, 65/66, 67 ausdrücklich bestätigt wird

⁹⁹ Diese Meinung hätte zur Folge, daß die Auflassung an die „mündliche“ Form gebunden wäre, obwohl im Gesetz (anders als in §§ 2232; 2233 Abs. 2 BGB; dazu RGZ 161, 378; OLG Hamm DNotZ 1989, 584; Rossak MittBayNot 1991, 193) keine mündliche Erklärung vorgeschrieben ist und jede Art einer Formbedürftigkeit zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen würde (dazu RGZ 99, 65/68; BGHZ 22, 312/316).

¹⁰⁰ BGHZ 90, 323/326 = MittBayNot 1984, 181/182; BayObLGZ 1983, 181/184: Das rechtskräftige Urteil ersetzt nur die Willenserklärung des Verurteilten.

¹⁰¹ Sie ist notwendig, weil das rechtskräftige Urteil nicht sonstige Wirksamkeitsvoraussetzungen und auch nicht die Willenserklärung des Gläubigers ersetzt (oben FuBn. 100)

¹⁰² Meyer-Stolte Rpfleger 1983, 391; so bisher auch Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 84 (jetzt aufgegeben zugunsten der h. M. FuBn. 103)

8. Ist neben der Auflassung eine Bewilligung erforderlich?

Diese Frage ist lange Zeit verneint worden¹⁰⁶. Neuerdings wird sie überwiegend bejaht¹⁰⁷. Bestimmte Formulierungen sind aber nicht notwendig, sofern das Grundbuchamt im Wege der Auslegung aus den ihm vorliegenden Erklärungen mit der für die Grundbucheintragung notwendigen Sicherheit entnehmen kann, daß sie sowohl die Einigung über den Eigentumsübergang (§ 20 GBO) als auch die Bewilligung der Eintragung (§ 19 GBO) enthalten¹⁰⁸.

9. Verfahren bei Entgegennahme von Auflassungen

a) Allgemeine Verfahrensvorschrift des § 925 a BGB

§ 925 a BGB ist eine für jede zuständige Stelle geltende Verfahrensvorschrift¹⁰⁹, deren Geltungsbereich sich mit dem des § 925 und § 313 BGB deckt und der Durchsetzung des in § 313 S. 1 BGB für das Verpflichtungsgeschäft vorgeschriebenen Beurkundungszwanges dient. Ein Verstoß gegen § 925 a BGB berührt die Wirksamkeit der Auflassung nicht und berechtigt das Grundbuchamt nicht, die Eintragung abzulehnen¹¹⁰. Vor Entgegennahme der Auflassung hat die zuständige Stelle zu prüfen, ob (wie in der Regel) ein Fall des § 313 BGB oder ausnahmsweise ein anderer Fall vorliegt. Die bloße Behauptung der Beteiligten, es handle sich um eine solche Ausnahme, genügt nicht. Wird die Urkunde über das Verpflichtungsgeschäft nicht vorgelegt oder gleichzeitig errichtet, müssen die Beteiligten den Verpflichtungstatbestand dem um Entgegennahme der Auflassung ersuchten Notar so darlegen, daß er sich ein ausreichendes eigenes Urteil über die Rechtslage bilden und entscheiden kann, ob er durch § 925 a BGB gehindert ist, an der Auflassung mitzuwirken¹¹¹.

¹⁰³ RGZ 76, 409/411; OLG Celle DNotZ 1979, 308; BayObLGZ 1983, 181/185 = Rpfleger 1983, 390; Erman/Hagen § 925 Rdnr. 32; Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 5; Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 30. Bei Verurteilung zur Zug um Zug-Leistung gilt deshalb die Erklärung des Verurteilten mit der Vorlage des rechtskräftigen und mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urteils (§ 894 Abs. 1 S. 2 ZPO) vor der zuständigen Stelle als abgegeben (BayObLG DNotZ 1985, 47/48).

Diese Meinung entspricht dem Wortlaut und Sinn des § 925 Abs. 1 BGB. Denn der Verurteilte muß seine Erklärung nicht nur gegenüber dem anderen Teil, sondern auch vor einer zuständigen Stelle abgeben. Zur Wirksamkeit der Auflassung muß die zuständige Stelle die Erklärungen beider Vertragsteile entgegennehmen. Der an der Auflassung mitwirkende Notar kann seinen Aufgaben (oben III 3 und 4) besser gerecht werden, wenn er den Inhalt der Erklärungen des Verurteilten aus dem Urteil selbst entnehmen kann und nicht aus den ihm von den anwesenden Beteiligten gemachten Angaben, die vielleicht falsch, unvollständig oder mißverständlich sein können.

¹⁰⁴ RGZ 129, 284/286; BayObLGZ 1953, 29/35; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 87 ff.; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 71

¹⁰⁵ BGHZ 29, 366 = DNotZ 1959, 215; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 92; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 73; Horber/Demharter § 20 Anm. 8 a

¹⁰⁶ RGZ 54, 378; 141, 374; BayObLGZ 1950, 426/437; so z. B. auch jetzt noch Soergel/Stürner § 925 Rdnr. 34

¹⁰⁷ Gütthe/Triebel GBO § 20 Rdnr. 50; Hesse/Saage/Fischer § 20 Anm. I; Horber/Demharter § 20 Anm. 1 a; Haegeler/Schöner/Stöber GBR Rdnr. 97; KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 6; Meikel/Lichtenberger § 19 Rdnr. 18 ff.; § 20 Rdnr. 4; Behmer Rpfleger 1984, 306; auch BGHZ 90, 323 = LM § 925 Nr. 4 m. Anm. Vogt und BGH MittBayNot 1987, 245

¹⁰⁸ Vgl. dazu die Fälle in KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 7 und 10

¹⁰⁹ BGB-RGRK/Augustin § 925 Rdnr. 40; Staudinger/Ertl § 925 a Rdnr. 2 ff.

¹¹⁰ MünchKomm/Kanzleiter § 925 a Rdnr. 5; Staudinger/Ertl § 925 a Rdnr. 10, 12

¹¹¹ MünchKomm/Kanzleiter § 925 a Rdnr. 2, 3; Staudinger/Ertl § 925 a Rdnr. 5 ff. Die Meinung, die zuständige Stelle könne vom Erfordernis des § 925 a BGB befreien (so Soergel/Stürner § 925 a Rdnr. 2), widerspricht der Pflicht, auch Soll-Vorschriften zu beachten (so die h. M.; z. B. MünchKomm/Kanzleiter § 925 a Rdnr. 4).

b) Notarrecht

Für die Entgegennahme von Auflassungen durch den Notar (§ 20 Abs. 2 BNotO; § 2 Abs. 3 NotVO) gilt das für ihn maßgebliche Notarrecht¹¹² (das Beurkundungsgesetz jedenfalls nicht unmittelbar), weil es sich bei dieser Amtstätigkeit „nicht um Beurkundungen nach dem BeurkG“ handelt¹¹³. Die Ausübung des Amtes als „unparteiischer Betreuer der Beteiligten“ richtet sich nach §§ 14 ff. BNotO, die Ausschließung von der Amtsausübung in entsprechender Anwendung nach § 3 BeurkG (§ 16 Abs. 1 BNotO)¹¹⁴.

c) Aufklärungs-, Prüfungs- und Belehrungspflichten

Diese Pflichten (§§ 14 ff. BNotO; 17 ff. BeurkG) werden durch § 925 a BGB weder ausgeschlossen noch eingeschränkt¹¹⁵. Eine Pflicht zur Prüfung der Wirksamkeit des Grundgeschäftes läßt sich aus § 925 a BGB nicht ableiten und könnte von dem an der Auflassung mitwirkenden Notar nur ungenügend erfüllt werden. Drängen sich ihm aber Zweifel darüber auf, ob eine wirksame Verpflichtung zur Auflassung besteht oder ob sich das Verpflichtungsgeschäft und die Auflassung auf das gleiche Grundstück beziehen, dann hat er Maßnahmen zu ihrer Beseitigung anzuregen. Die Angaben der Beteiligten über das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft berühren zwar die Wirksamkeit der abstrakten Auflassung nicht. Sie können aber ein Indiz für den vom Veräußerer und Erwerber mit der Auflassung verfolgten Zweck sein und Folgen für die Erfüllungswirkung (§ 362 BGB) haben¹¹⁶.

d) Beurkundungsrecht

Das Beurkundungsgesetz gilt unmittelbar für die Errichtung der Urkunde, die im Grundbuchverfahren als Nachweis benötigt wird (§§ 20, 29 GBO).

V. Eintragung ohne Auflassung

1. Beispiele eines solchen Falles

Die Eintragung kann aus verschiedenen Gründen ohne wirksame Auflassung erfolgt sein. Einige davon seien hier erwähnt.

a) Die Beteiligten haben sich bewußt¹¹⁷ oder unbewußt¹¹⁸ in Wirklichkeit über die Übertragung des Eigentums nicht geeinigt.

b) Die Unwirksamkeit der Auflassung als dingliches Veräußerungs- und Erwerbsgeschäft kann darauf beruhen, daß der auf Übertragung von Grundstückseigentum an den Erwerber gerichtete Wille des Veräußerers oder der auf Erwerb dieses Eigentums gerichtete Wille des Erwerbers nicht genügend zum Ausdruck gebracht worden ist¹¹⁹. Bestimmte

Formulierungen sind für eine wirksame Auflassung nicht erforderlich, wenn die Erklärungen wenigstens in diesem Sinn ausgelegt werden können¹²⁰. Dazu können auch verfahrensrechtliche Erklärungen, z. B. die Bewilligung der Eintragung durch den Veräußerer (§ 19 GBO) oder Eintragungsanträge, z. B. des Erwerbers auf Eintragung des Eigentumsübergangs (§ 13 GBO) genügen¹²¹.

c) Die Unwirksamkeit der Auflassung kann die Folge eines Verstoßes gegen die zwingenden Vorschriften des § 925 Abs. 1¹²² oder § 925 Abs. 2 BGB¹²³ sein (§ 125 S. 1 BGB).

d) Einigung (Auflassung) und Eintragung decken sich inhaltlich nicht¹²⁴.

2. Folgen der Unwirksamkeit der Auflassung

Wird der Erwerber eines Grundstücks im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, obwohl vorher keine wirksame Auflassung stattgefunden hat, dann ist das Grundbuch unrichtig (§ 894 BGB)¹²⁵. Die Eintragung heilt den Mangel einer fehlenden oder unwirksamen Auflassung nicht¹²⁶. Das Grundbuch wird erst richtig, wenn die Auflassung in einer nach materiellem Recht wirksamen Weise nachgeholt wird¹²⁷. Ob der Erwerber darauf einen Anspruch hat, ergibt sich aus dem schuldrechtlichen Vertrag. Deshalb ist es wichtig zu wissen, ob dieser Vertrag wirksam ist.

3. Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung

In der Zwischenzeit besteht allerdings die Möglichkeit, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs¹²⁸ aufgrund einer einstweiligen Verfügung im Grundbuch eingetragen wird (§ 899 BGB). Das Grundbuchamt ist verpflichtet, von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, wenn es unter Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift die Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO).

4. Einwand unzulässiger Rechtsausübung

Nach der Rechtsprechung des BGH¹²⁹ ist es möglich, sich gegen den Anspruch auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) mit Erfolg durch den Einwand unzulässiger Rechtsausübung zu wehren. Die Voraussetzungen dafür könnten in dem hier (unten Abschn. VII) besprochenen, vom Bezirksgericht Dresden behandelten Fall¹³⁰ vorliegen. Ein gewisser Grad der Rechtsunsicherheit bleibt trotzdem, weil es von den Umständen des Einzelfalles abhängt, ob in einem Prozeß das Gericht die Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs für eine unzulässige Rechtsausübung hält. Die Nachholung der Auflassung ist der Weg, der für den Erwerber sicherer und deshalb empfehlenswert ist.

¹²⁰ RGZ 152, 189/192; BayObLG DNotZ 1986, 237/238; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 36, 37, 41 ff.

¹²¹ RGZ 78, 382; BayObLG DNotZ 1975, 685/686

¹²² BGHZ 29, 6/10; BayObLGZ 1983, 181 = Rpfleger 1983, 390

¹²³ MünchKomm/Kanzleiter § 925 Rdnr. 24; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 91 ff.; BayObLGZ 1972, 257 = MittBayNot 1972, 298; OLG Celle DNotZ 1974, 731 m. Anm. Winkler; BGHZ 46, 278

¹²⁴ Palandt/Bassenge § 894 Rdnr. 13; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 117

¹²⁵ Palandt/Bassenge § 894 Rdnr. 7; Staudinger/Gursky § 894 Rdnr. 20
¹²⁶ Oben III 3 (Fußn. 46)

¹²⁷ Die Reihenfolge von Auflassung und Eintragung ist nach materiellem Recht gleichgültig (Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 108; Streuer Rpfleger 1988, 513), anders als nach Verfahrensrecht (§ 20 GBO, der allerdings nur eine Soll-Vorschrift enthält)

¹²⁸ Palandt/Bassenge § 899 Rdnr. 9; Staudinger/Gursky § 899 Rdnr. 38 ff.; KEHE/Eickmann § 53 Rdnr. 2 ff.; Horber/Demharter § 53 Anm. 4 ff.

¹²⁹ BGHZ 29, 6/10 = NJW 1959, 626

¹³⁰ Fußn. 2

¹¹² Das nicht bundeseinheitlich geregelt ist (dazu Schippel DNotZ 1991, 171/185)

¹¹³ Seybold/Hornig BNotO § 118 Rdnr. 10

¹¹⁴ Die Ausschließungsgründe der §§ 6 und 7 BeurkG gelten für die Beurkundung, aber nicht für die Entgegennahme der Auflassung (BGHZ 22, 312). Dazu oben IV 3 c (Fußn. 88, 89).

¹¹⁵ MünchKomm/Kanzleiter § 925 a Rdnr. 3; Staudinger/Ertl § 925 a Rdnr. 7 ff.; Wufka DNotZ 1985, 651/666

¹¹⁶ Staudinger/Ertl § 925a Rdnr. 11

¹¹⁷ Z. B. bei offenem Dissens, § 154 BGB (Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 66) oder beiderseits gewolltem Kaufvertrag ohne Auflassung (oben III 5 b)

¹¹⁸ Bei verstecktem Dissens, § 155 BGB (Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 66)

¹¹⁹ Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 35 ff. Dies war auch eine der Begründungen für die ablehnende Entscheidung des Bezirksgerichts Dresden (Fußn. 2), meines Erachtens zu Unrecht (vgl. Fußn. 120, 121); dazu aber Fußn. 137.

VI. Unterschiede zwischen § 925 Abs. 1 BGB und § 297 ZGB

1. Zweck des Rechtsvergleichs

Ein kurzer Rechtsvergleich zwischen der im Sachenrecht des BGB geregelten Übertragung des Eigentums an Grundstücken und dem Recht, das in der DDR dafür gegolten hat und nach Übergangsrecht (Art. 233 § 7 EGBGB) noch gilt, soll dazu beitragen, die Eigenart des aus dem altdeutschen Recht stammenden Rechtsinstituts der Auflassung zu verdeutlichen, das in den Rechtsordnungen ausländischer Staaten unbekannt ist.

2. Eigentumserwerb durch Vertrag nach DDR-Recht

a) Das Zivilgesetzbuch der DDR (ZGB) hat die Einteilung des BGB in fünf Bücher nicht beibehalten, den Begriff „Sachenrecht“ vermieden, die dem BGB fremde Einteilung des Eigentums an beweglichen Sachen und Grundstücken in mehrere Arten sozialistischen Eigentums (§ 18 ZGB) und persönliches Eigentum (§§ 22 ff. ZGB) eingeführt¹³¹, aber — anders als das BGB — in § 25 ZGB wenigstens die unterschiedlichen Formen des Erwerbs von Eigentum aufgeführt. Eine dieser Formen ist der „Erwerb des Eigentums durch Vertrag“ (§ 26 ZGB), für den § 297 ZGB gilt. Nach dem Zivilrechtsänderungsgesetz vom 28. 6. 1990 finden die Vorschriften über das persönliche Eigentum an Grundstücken und Gebäuden (§§ 295 ff. ZGB) auch auf das sonstige Privateigentum Anwendung.

b) Das Zivilrecht der DDR hat den im BGB geltenden Grundsatz der Trennung von Schuld- und Sachenrecht, das aus ihm abgeleitete Abstraktionsprinzip¹³² und den im Sachenrecht des BGB geregelten Rechtsvorgang der „Auflassung eines Grundstücks“ abgeschafft¹³³. Zwischen den für den Grundstückserwerb wichtigen Vorschriften der §§ 873, 925 BGB und § 297 ZGB gibt es teils Gemeinsamkeiten, teils Unterschiede.

3. Inhalt des Vertrages

Der nach DDR-Recht auf die schuldrechtliche Ebene verlagerte Vertrag¹³⁴ über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück konnte seinem Inhalt nach als Kauf, Schenkung, Überlassung, Tausch oder sonstiger Vertrag ausgestaltet sein (§ 25 ZGB). Unabhängig von diesem speziellen Inhalt mußte ein solcher Vertrag die dem § 873 Abs. 1 und § 925 Abs. 2 BGB nachgebildete unbedingte und unbefristete Erklärung des Veräußerers und des Erwerbers enthalten, daß das Eigentum an dem Grundstück auf den Erwerber übergehen soll (§ 297 Abs. 1 S. 1 ZGB). Sieht man von den sich aus dem Abstraktionsprinzip des BGB ergebenden Rechtsfolgen ab, dann bestehen bezüglich des Inhalts des zur Übertragung des Eigentums erforderlichen Vertrages keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Recht des BGB¹³⁵ und dem des ZGB.

4. Form des Vertrages

Die Form der staatlichen Mitwirkung am Abschluß dieses Vertrages war in der DDR dagegen anderer Art als im BGB¹³⁶. Denn nach zwingendem Recht war für die Wirksam-

keit von Verträgen, durch die Eigentum an Grundstücken übertragen werden soll, materiellrechtlich stets die Beurkundung und die staatliche Genehmigung erforderlich (§§ 297 Abs. 1 S. 2, 67 Abs. 1, 285 ZGB; § 2 Abs. 1 GVVO). Eine gleichzeitige Anwesenheit beider Teile vor dem für Beurkundungen zuständigen staatlichen Notariat (§ 67 Abs. 1 S. 3 ZGB) war zwar in der Praxis die Regel. Sie war aber nicht zwingend vorgeschrieben, die getrennte Erklärung und Beurkundung von Angebot und Annahme eines solchen Vertrages also zulässig (§ 67 Abs. 1 S. 1 ZGB). Einen Rechtsvorgang, der der „Entgegennahme der Auflassung“ durch eine zuständige Stelle entspricht und die Voraussetzungen des § 925 Abs. 1 BGB erfüllt, hat es nach DDR-Recht nicht gegeben¹³⁷.

5. Voraussetzungen des Eigentumsüberganges

Das DDR-Recht hat in § 297 Abs. 2 S. 1 ZGB für den Erwerb des Eigentums an Grundstücken folgende Vorschrift enthalten: „Das Eigentum geht mit Eintragung im Grundbuch auf den Erwerber über.“ Der auf die schuldrechtliche Ebene verlagerte Vertrag mußte nach zwingendem Recht für seine Wirksamkeit drei Voraussetzungen erfüllen. Er mußte die in § 297 Abs. 1 S. 1 ZGB vorgeschriebenen Erklärungen enthalten, beurkundet und staatlich genehmigt worden sein (§ 297 Abs. 1 S. 2 ZGB). Daraus ist die aus dem Gesetzeswortlaut nicht ohne weiteres ersichtliche Schlußfolgerung gezogen worden, daß diese drei Erfordernisse zwingende Voraussetzungen nicht nur für den Vertrag, sondern auch für den Übergang des Eigentums am Grundstück sind¹³⁸. Nach dieser Auffassung, die gewisse Ähnlichkeiten mit dem dualistischen Prinzip des BGB¹³⁹ aufweist, ist der Erwerber trotz Eintragung im Grundbuch nicht Eigentümer geworden, wenn dem Vertrag eine dieser drei Voraussetzungen gefehlt hat.

VII. Grundstücksveräußerungen gem. § 297 ZGB der DDR

1. Zweifelsfälle bei Beurkundungen vor dem 3. 10. 1990

Bei Veräußerung eines im Gebiet der früheren DDR gelegenen Grundstücks bestehen trotz der Übergangsvorschriften der Art. 232 § 1 und Art. 233 § 7 EGBGB oder wegen ihres vielleicht nicht völlig eindeutigen Wortlauts vor allem in zwei Fällen Zweifel über die Rechtslage, wenn die Eintragung in das Grundbuch am 3. 10. 1990 noch nicht erfolgt war.

a) Fall 1: Zweifel an der Beurkundungszuständigkeit

Ein Notar mit dem Amtssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder West-Berlin hat vor dem 3. 10. 1990 eine Grundstücksveräußerung gem. § 297 ZGB beurkundet. Wegen der Zweifel an seiner Beurkundungszuständigkeit¹⁴⁰ beabsichtigt der Gesetzgeber¹⁴¹ demnächst ein Gesetz zu erlassen, wonach solche Verträge nicht deshalb unwirksam sind, weil die Beurkundung nicht von einem staatlichen Notariat der DDR vorgenommen worden ist.

¹³¹ Eckhardt MittBayNot 1990, 333/335

¹³² Eckhardt a. a. O. (S. 338)

¹³³ Bezirksgericht Dresden (Fußn. 2)

¹³⁴ Eckhardt MittBayNot 1990, 333/338

¹³⁵ Dazu Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 41, 93, 95

¹³⁶ Im Vordergrund stand die staatliche Leitung des Grundstücksverkehrs (§ 285 ZGB). Deshalb waren Verfügungen über Grundstücke ohne staatliche Genehmigung nicht wirksam. Nach Bundesrecht besteht für Veräußerungen von Grundstücken keine allgemeine Genehmigungspflicht (KEHE/Ertl § 20 Rdnr. 166).

¹³⁷ So mit Recht Bezirksgericht Dresden (Fußn. 2)

¹³⁸ Rohde, Bodenrecht S. 242. Dieses 1989 erschienene Buch gibt einen guten Überblick über das damals geltende Bodenrecht der DDR.

¹³⁹ Oben Fußn. 11

¹⁴⁰ Unwirksam ist ein solcher Vertrag nach Kreisgericht Leipzig-Stadt DtZ 1991, 306; Schäfer-Gölz/Lange DtZ 1991, 292; (zweifelnd Eickmann, Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern Rdnr. 57). Die Gegenmeinung, daß solche Verträge wirksam sind, wird vertreten von Trunk MittBayNot 1990, 215/217; Steiner DtZ 1991, 327; Schotten DNotZ 1991, 771; Schütze DNotZ 1992, 66.

¹⁴¹ Zur Gesetzesinitiative liegt zur Zeit ein Referentenentwurf vor, der eine entsprechende Vorschrift in einem neuen Art. 231 § 7 EGBGB vorsieht

b) Fall 2: Zweifel an der Wirksamkeit der Auflassung

Ein staatliches Notariat der DDR hat vor dem 3. 10. 1990 einen Grundstücksvertrag beurkundet, der Vereinbarungen gem. § 297 ZGB enthält. Der Antrag auf Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch ist erst nach dem 3. 10. 1990 gestellt worden. Art. 233 § 7 EGBGB ist jedenfalls nach seinem Wortlaut auf diese Fälle nicht anwendbar. Das Bezirksgericht Dresden¹⁴² hat in einem Grundbuchverfahren erstmals in einem solchen Fall die Eintragung des Erwerbers mangels einer wirksamen Auflassung abgelehnt.

Wenn das beabsichtigte „Heilungsgesetz“ nur die Beurkundungszuständigkeit klärt und folglich nur die Zweifel an der Wirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes (Fall 1) beseitigt, wird man damit rechnen müssen, daß die Unsicherheit über die Wirksamkeit der Auflassung (Fall 2) auch künftig bestehen bleibt und daß Gerichte und Grundbuchämter sich der Auffassung des Bezirksgerichts Dresden anschließen.

2. Überlegungen zur Behebung der Rechtsunsicherheit

Zum Fall 2 könnten folgende Überlegungen angestellt werden:

a) Vorübergehender „Stillstand der Rechtspflege“

Da im Gebiet der früheren DDR für den Übergang des Eigentums an einem Grundstück keine Einigung (§ 873 BGB), also auch keine Auflassung (§ 925 BGB) erforderlich war, konnte es für die „Entgegennahme der Auflassung“ keine zuständige Stelle geben¹⁴³. Folgt man der Auffassung des Bezirksgerichts Dresden, dann können Grundstücke trotz eines wirksamen Verpflichtungsvertrages ohne Ergänzung des Art. 233 § 7 EGBGB selbst dann nicht in das Eigentum des Erwerbers umgeschrieben werden, wenn der Antrag dazu vor dem 3. 10. 1990 nicht gestellt worden ist und in einer von den Beteiligten nicht zu vertretenden Weise bis zu diesem Zeitpunkt nicht gestellt werden konnte, z. B. weil die zur Wirksamkeit des Vertrages und der Eigentumsübertragung erforderliche staatliche Genehmigung noch nicht vorlag und deshalb ein Eintragungshindernis bestanden hat¹⁴⁴. Dies darf wohl kaum zu Lasten der Beteiligten gehen.

b) Fiktive Wirkungen der Vereinbarungen gem. § 297 ZGB?

Die Vereinbarungen gem. § 297 ZGB waren nach dem Recht der DDR für die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Sie hatten also zumindest den Charakter von „Grundbucheintragungen“ i. S. der §§ 20, 29 GBO¹⁴⁵, für deren Beurkundung die staatlichen Notariate zuständig waren. Der Wille der Beteiligten war auf Veräußerung und Erwerb des Eigentums

am Grundstück gerichtet¹⁴⁶. Am Mangel einer für die Entgegennahme von Auflassungen zuständigen Stelle darf der rechtsgeschäftliche Verkehr mit Grundstücken nicht scheitern. Diese Vereinbarungen sollte man deshalb materiellrechtlich und verfahrensrechtlich mit fiktiver Wirkung wie eine Auflassung i. S. des § 925 BGB behandeln.

c) Heilungsgesetz oder Rechtsprechung?

Fraglich ist und bleibt, ob und wann die höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer Klärung der zweifelhaften Rechtslage in der Lage sein wird. Sicherer und schneller wäre eine baldige gesetzliche Regelung. Wird sie abgelehnt, dann müßten die Vertragsteile damit rechnen, wegen etwaiger Ansprüche auf Eigentumsverschaffung auf den Prozeßweg verwiesen zu werden.

3. Überlegungen zum Schutz des Erwerbers

Von dem jetzt eingeleiteten Gesetzgebungsverfahren, von der weiteren Rechtsentwicklung und vom Ausmaß des Sicherheitsbedürfnisses wird es abhängen, welche Empfehlungen ein Berater einem im Grundbuch noch nicht eingetragenen Erwerber eines Grundstücks in den hier angesprochenen Fällen geben soll. Dabei ist es ratsam, folgende Überlegungen anzustellen:

a) Die Eintragung einer Eigentumsvormerkung (§§ 883 ff. BGB)¹⁴⁷ schützt den Vormerkungsberechtigten gegen Verletzung oder Beeinträchtigung seines Anspruchs auf Eigentumsverschaffung vor und nach Erklärung der Auflassung (§§ 883 Abs. 2; 888 Abs. 1 BGB). Die Vormerkung kann vor Erteilung der Genehmigung nach § 2 GVO eingetragen werden¹⁴⁸.

b) Die Nachholung der Auflassung in der nach § 925 Abs. 1 BGB vorgeschriebenen Form und die Beurkundung dieser Erklärungen gem. §§ 20, 29 GBO zur Vorlage an das Grundbuchamt ist der schnellste und sicherste Weg, der sich allerdings als überflüssig erweisen kann, falls die Gesetzgebung oder Rechtsprechung Abhilfe schafft.

c) Ein Heilungsgesetz wird die in einem Prozeß rechtskräftig entschiedenen Fälle nicht erfassen¹⁴⁹. Die Ablehnung der Grundbucheintragung des Erwerbers in einem Grundbuchverfahren (durch das Grundbuchamt oder ein Beschwerdegericht) ist keine der Rechtskraft fähige Entscheidung¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Wie nach BGB für die Wirksamkeit der Auflassung notwendig (Palandt/Bassenge § 925 Rdnr. 10; Staudinger/Ertl § 925 Rdnr. 35, 41)

¹⁴⁷ Dazu KEHE/Ertl Einl. M 27, 32

¹⁴⁸ Kammergericht, Beschl. v. 3. 12. 1991 — 1 W 6126/91 — mit der zutreffenden Begründung, daß vor Erteilung dieser Genehmigung ein künftiger Anspruch auf Eigentumsverschaffung gem. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB vormerkungsfähig ist

¹⁴⁹ Wie dies z. B. gem. § 1 Abs. 2 BeurkÄndG (BGBl. I 1980, 157) vorgesehen war (dazu Dietlein DNotZ 1980, 195/212). Zu den Wirkungen dieses Gesetzes vgl. BGH DNotZ 1980, 536; 1980, 538.

¹⁵⁰ Ein neuer selbständiger Antrag ist jederzeit zulässig (Horber/Demharter § 18 Anm. 5 c; KEHE/Herrmann § 18 Rdnr. 96, 97; Meikel/Böttcher § 18 Rdnr. 65). Zur Frage der Bindung des Grundbuchamtes an eine Entscheidung des Beschwerdegerichts vgl. Horber/Demharter § 77 Anm. 15; KEHE/Kuntze § 77 Rdnr. 25.

¹⁴² Oben Fußn. 2

¹⁴³ Dies ist auch die Schlußfolgerung aus dem Beschluß des Bezirksgerichts Dresden (Fußn. 2)

¹⁴⁴ Rohde (oben Fußn. 138)

¹⁴⁵ KEHE/Ertl Einl. A 43 ff., 49; § 20 Rdnr. 4

II. Kurze Beiträge

Anlegung eines Grundbuchs für LPGG-Gebäudeeigentum

Von Notar *Walter Böhringer*, Lehrbeauftragter, Heidenheim/Brenz

Das BezG Dresden¹ hat eine wegweisende Entscheidung getroffen und zugelassen, daß für Gebäudeeigentum nach § 27 LPGG nach dem 2. 10. 1990 ein Grundbuchblatt angelegt werden kann. Das Gericht hat — konsequenterweise — dieses Gebäudeeigentum als verkehrsfähig betrachtet.

1. Verkehrsfähigkeit

Das Gebäudeeigentum nach § 27 LPGG wird wie Grundstückseigentum übertragen. Dies ergibt eine Zusammenschau aus Art. 231 § 5 und Art. 233 § 4 EGBGB. Zur Übertragung des Eigentums ist nach § 873 Abs. 1 BGB die Eintragung im Grundbuch neben der Auflassung (nach § 925 BGB) erforderlich. Damit überhaupt das sachenrechtliche Dualitätsprinzip (Einigung und Eintragung bewirken die Rechtsänderung) erfüllt werden kann, muß stets dann, wenn es sich um ein Gebäudeeigentum im Sinne von Art. 233 § 4 EGBGB handelt, auch die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes zulässig sein. Die in Art. 233 § 3 Abs. 3 EGBGB festgelegte Abweichung vom Dualitätsprinzip bei Aufhebung eines bisher nicht im Grundbuch eingetragenen Grundstücksrechts stellt eine Ausnahme dar und ist als solche restriktiv anzuwenden. Diese Vorschrift ist überdies Ausdruck der neuerdings — zu Recht — vertretenen restriktiven Anwendung des Voreintragungsgrundsatzes, nach der die Voreintragung nur dann nötig ist, wenn sie nicht gleich wieder aus dem Grundbuch ausgetragen wird².

Das Argument, nach dem 2. 10. 1990 könne ein Gebäudegrundbuchblatt nicht mehr angelegt werden, da dem Art. 233 § 4 und 7 EGBGB entgegenstehe, ist nur dann stichhaltig, wenn erst die Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes

zum Rechtserwerb führen würde³. Das ist aber beim Gebäudeeigentum nach § 27 LPGG⁴ nicht der Fall; dieses entstand vor dem 3. 10. 1990. Es finden deshalb die §§ 7 ff. der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung Anwendung⁵; von Amts wegen ist ein Gebäudegrundbuchblatt auf entsprechende Anregung anzulegen.

2. Anlegungsverfahren

Bei dem Einbuchungsverfahren handelt es sich um ein Amtsverfahren, das Grundbuchamt hat die erforderlichen Ermittlungen selbst anzustellen und die geeigneten Beweise zu erheben. In diesem praktischen Ausnahmefall wird dem Grundbuchbeamten — im Gegensatz zum Antragsverfahren — eine Beweiserhebung abverlangt; er „tut sich schwer“. Die an die Formenstrenge und Straffheit des Antragsverfahrens gewöhnten Grundbuchbeamten empfinden das völlig anderen Verfahrensgrundsätzen unterliegende Grundbuchanlegungsverfahren als ungewohnt.

Im Grundbuchanlegungsverfahren kommt es für das Grundbuchamt entscheidend darauf an, daß ein Gebäudeeigentum vor dem 3. 10. 1990 entstanden⁶ ist. Das Anlegungsverfahren ist in der AVOGBO geregelt. Der Antrag des vermeintlichen Gebäudeeigentümers stellt eine Anregung zu einer von Amts wegen vorzunehmenden Tätigkeit dar. Einer besonderen Form bedarf der Antrag nicht. Es handelt sich nicht um einen Antrag im Sinne der §§ 13, 30 und 31 GBO. Das Verfahren der Anlegung des Grundbuchs zerfällt in die Feststellung des Bestehens eines Gebäudeeigentums, die Beschaffung der Unterlagen für die Bezeichnung des Gebäudeeigentums, die Feststellung der Rechtsinhaberschaft und die Anlegung des Grundbuchblattes.

3. Beweiserhebung

Das Grundbuchamt hat selbst und eigenverantwortlich über das Bestehen eines Gebäudeeigentums Beweise zu erheben und diese zu würdigen. Das Grundbuchamt hat die Grund-

¹ Rpfleger 1991, 493 [= MittBayNot 1992, 142]. Das BezG Dresden erwähnt dabei — fast nebenbei —, daß das Eigentum am Gebäudeeigentum entsprechend § 11 ErbbauVO wie ein Grundstück übertragen werde. Dem kann so nicht zugestimmt werden. Gebäudeeigentumsrechte sind nach dem Einigungsvertrag wie Grundstücke zu behandeln (von gewissen, hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen). Bewußt wurden die Vorschriften über das Erbbaurecht nicht für entsprechend anwendbar erklärt, auch wenn das Gebäudeeigentum dem Erbbaurecht ähnelt. Für die Übertragung des Gebäudeeigentums muß die gegenüber § 11 ErbbauVO strengere Vorschrift des § 925 BGB gelten. In dem vom BezG Dresden entschiedenen Fall kam es auf diese Frage allerdings nicht an, weil die Übertragung der Form des § 925 BGB entsprach.

Aus der Verkehrsfähigkeit des Gebäudeeigentums folgt, daß es auch mit beschränkt dinglichen Rechten belastet werden kann.

² Meikel-Lichtenberger § 19 Rdnr. 367.

³ So z. B. beim Nutzungsrecht nach dem Gesetz über den Verkauf volkseigener Grundstücke vom 7. 3. 1990, GBl. I Nr. 18 S. 157.

⁴ Diese Vorschrift wurde zum 1. 7. 1990 aufgehoben, GBl. 1990 I Nr. 38 S. 484.

⁵ Sie gelten ausdrücklich in den neuen Bundesländern, vgl. Einigungsvertrag Anlage I Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt III Nr. 2.

⁶ Antragstellung vor dem 3. 10. 1990 genügt aber beim Nutzungsrecht über den Verkauf volkseigener Grundstücke vom 7. 3. 1990, GBl. I Nr. 18 S. 157, vgl. Art. 233 § 7 EGBGB.

lagen für die nach der GBO vorgeschriebene Bezeichnung des Gebäudeeigentums zu beschaffen. Dies hat von Amts wegen zu geschehen⁷ und ist nicht etwa Aufgabe des Gebäudeeigentümers bzw. des Antragstellers. Dieser hat aber darzutun, wo das Gebäude steht und welche Ausmaße es hat. Gemäß § 2 Abs. 2 GBO müssen Grundstücke im Grundbuch nach dem Grundstückskataster benannt werden. Gebäudeeigentumsrechte können allgemein nicht nach den amtlichen Verzeichnissen benannt werden, weil sich diese nicht auf solche beziehen. § 2 Abs. 2 GBO gilt deshalb nicht für das Gebäudeeigentum. Soweit bei solchen Rechten das Grundstück zu bezeichnen ist, muß dieses entsprechend bezeichnet werden.

Zur Bezeichnung des genauen Standortes des Gebäudes kann auf amtliche Karten, amtliche Lagepläne, amtliche Baugenehmigungen zurückgegriffen werden. Ein eigenes Flurstück braucht nicht gebildet sein und werden. Der Gebäudestandort muß im Grundbuch so bezeichnet sein, daß der Rechtsverkehr zweifelsfrei erkennen kann, um welches Gebäudeeigentum es sich handelt⁸.

4. Feststellung der Rechtsinhaberschaft

Von den Rechtsverhältnissen am Gebäudeeigentum hat das Grundbuchamt im Anlegungsverfahren von Amts wegen lediglich die Rechtsinhaberschaft (das Rechtssubjekt) festzustellen. Zu diesem Zweck hat das Grundbuchamt die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeigneten Beweise zu erheben. Bei der Feststellung der Rechtsinhaberschaft herrscht also in jeder Hinsicht der Amtsbetrieb⁹. Erforderlich ist der Nachweis von Tatsachen, die diese Rechtsinhaberschaft zumindest wahrscheinlich machen. Die Klärung der Frage nach der Rechtsinhaberschaft gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsinhaberschaft strittig ist oder nicht. Eine Verweisung der Beteiligten auf den Prozeßweg ist nicht zulässig. Soweit es allerdings vertretbar erscheint, kann das Anlegungsverfahren ausnahmsweise ausgesetzt werden. Eine Analogie zum Erbscheinsverfahren ist zu ziehen, denn auch dieses Verfahren führt wie die Grundbuchanlegung zu einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Schlußentscheidung.

Da der Gebäudeeigentümer grundsätzlich bekannt ist, erübrigt sich für das Grundbuchamt der Erlaß eines Aufgebots. Hat ein solches Aufgebotsverfahren nicht stattgefunden, muß vor der Anlegung des Gebäudegrundbuchblattes in jedem Falle zunächst eine öffentliche Bekanntmachung nach § 13 AVOGBO ergehen. Die Art der Bekanntmachung bestimmt das Grundbuchamt, regelmäßig dürfte ein Aushang an der Gemeinde- und Gerichtstafel und in den Blättern für amtliche Bekanntmachungen für den jeweiligen Gemeindebezirk erfolgen.

5. Entscheidung des Grundbuchamtes

Das Grundbuchblatt ist anzulegen, wenn das Verfahren nach der AVOGBO abgeschlossen ist. Nur so findet das Verfahren seinen Abschluß. Einstellung des Verfahrens kommt nur dann in Betracht, wenn das Grundbuchamt zu dem Schluß kommt, daß ein Gebäudeeigentum nicht besteht oder es sich nachträglich herausstellt, daß für das Gebäudeeigentum bereits ein Gebäudegrundbuchblatt angelegt ist; das Verfahren wird dann gegenstandslos.

⁷ KEHE § 3 Rdnr. 9; Haegele/Schöner/Stöber Rdnr. 1009.

⁸ Der Publizitätsgrundsatz des Sachenrechts wäre verletzt, wenn sich Standort und Umfang des Gebäudes nicht aus dem Grundbuch hinreichend ergeben würde. Auf den vorhandenen Zustand kann im einzelnen verwiesen werden.

⁹ KEHE § 3 Rdnr. 9.

Im Amtsbetrieb kann dem Antragsteller nicht durch Setzung einer Frist die Zurückweisung seiner Anregung zur Grundbuchanlegung angedroht werden. Möglich ist aber der Erlaß eines Beweisbeschlusses. Durch diesen soll der Antragsteller Unterlagen beibringen oder Tatsachen glaubhaft machen, die das Grundbuchamt im Amtsverfahren nicht erlangen kann. Der Beweisbeschluß hat weder die Bedeutung einer Zwischenverfügung noch eines Zwischenbescheides (Vorankündigung). Wird der Beweisbeschluß nicht erfüllt und ist das Grundbuchamt vom Nichtvorliegen der entscheidungserheblichen Tatsachen überzeugt, so ist das Verfahren durch einen den Beteiligten mitzuteilenden Beschluß einzustellen. Die Zurückweisung des Antrags ist nicht zulässig.

Der Grundsatz der Amtshilfe gilt auch für das Grundbuchanlegungsverfahren. Die Verwaltungsbehörden haben auf Ersuchen des Grundbuchamts Amtshilfe zu leisten¹⁰. Das Katasteramt kann z. B. über den Standort eines Gebäudes Auskunft geben, ebenso das Baurechtsamt hinsichtlich genehmigter Gebäude.

6. Wirkungen der Einbuchung

Die Eintragung als Rechtsinhaber im Grundbuchanlegungsverfahren hat keine materiell-rechtliche Bedeutung, also keine rechtsbegründende Wirkung¹¹. Durch die Grundbuchanlegung wird aber die Grundlage für künftige Eintragungen geschaffen¹². Die Rechtsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt für den erstmals eingetragenen Gebäudeeigentümer nicht. Der Inhalt des neu angelegten Gebäudegrundbuchblattes unterliegt dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Die Gefahr gutgläubigen Erwerbs kann bestehen.

Für die Anlegung des Grundbuchblattes und die Vornahme der Eintragungen gelten die allgemeinen Vorschriften der GBO und der Grundbuchverfügung nach Maßgabe des Eintragsvertrages. Das Gebäudeeigentum ist im Gebäudegrundbuchblatt einzutragen. Auf dem Blatt des belasteten Grundstücks kann das Gebäudeeigentum allerdings nicht vermerkt werden, denn zulässig ist nur ein Vermerk über ein bestehendes Nutzungsrecht. Ein Nutzungsrecht für die LPG besteht aber nicht mehr (wegen Aufhebung von § 18 LPGG). Das Nutzungsrecht der LPG kann heute nicht als wesentlicher Bestandteil im Sinne von Art. 231 § 5 EGBGB angesehen werden, weil es nicht mit einem konkreten Gebäude durch Verleihung, Zuweisung oder Vereinbarung verknüpft worden war. Dies hat zur Konsequenz, daß mangels Eintragungsfähigkeit eines Vermerks in Abt. II des Bodengrundbuchs gutgläubig lastenfreier Erwerb möglich ist. Es fragt sich nämlich, ob die Schutzvorschrift des Art. 233 § 4 Abs. 3 EGBGB entsprechend herangezogen werden kann. Solange kein Neuordnungsverfahren nach § 64 Landwirtschaftsanpassungsgesetz durchgeführt worden ist, hat der Eigentümer des Gebäudeeigentums keine gegen gutgläubigen Erwerb des Grundstücks gesicherte Rechtsposition.

7. Rechtsmittel

Beschwerde gegen die Anlegung des Grundbuchs ist unzulässig (§ 16 AVOGBO). Im Wege der Beschwerde kann jedoch verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, einen Widerspruch nach § 53 GBO einzutragen oder eine Amtslöschung vorzunehmen¹³. Die Verletzung der Amtsermittlungspflicht im Anlegungsverfahren kann als Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Sinne von § 53 GBO die Anordnung eines Widerspruchs rechtfertigen.

¹⁰ Art. 35 GG.

¹¹ KEHE § 3 Rdnr. 12.

¹² KEHE § 3 Rdnr. 13.

¹³ KEHE § 3 Rdnr. 12.

Aktuelle Probleme der MaBV, zugleich Besprechung zu Marcks, Makler- und Bauträgerverordnung, 5. Auflage, München 1991 *

von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Die 5. Auflage des genannten Kommentars erhält ihren besonderen Wert durch das rasche Erscheinen nach der Novellierung der MaBV vom November 1990 (BGBl. I S. 2479) mit der Kommentierung der Änderungen. Da der Verfasser als Beamter im Bundesministerium für Wirtschaft diese Änderungen auch gestaltet hat, kommt seiner Kommentierung ein besonderes Gewicht zu. Dies bedeutet aber nicht, daß seine Auslegung immer die maßgebende sein muß. Der Kommentar wurde in *MittBayNot* 1989, 73 eingehend vorgestellt. Die jetzige Besprechung kann sich auf die für den Notar wichtigen Änderungen der MaBV beschränken, soll dabei aber auch weitere aktuelle Fragen zu Bauträgervertrag und MaBV einbeziehen. Im Mittelpunkt steht dabei § 3 MaBV (alle Paragrafenangaben ohne Gesetzesangabe sind nachstehend die der MaBV).

1) Vertragswirksamkeit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Während in Bezug auf die Rechtswirksamkeit des Bauträgervertrages nach der alten Fassung der MaBV der Notar nur zu bestätigen hatte, daß zur Rechtswirksamkeit erforderliche Genehmigungen erteilt sind, ist nach der Neufassung zu differenzieren zwischen solchen Genehmigungen, die zur Rechtswirksamkeit des Vertrages notwendig sind (öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, z. B. § 144 BauGB, § 2 GrVG, Vormundschaftsgericht, Nachgenehmigung Betelligter, in den neuen Ländern auch § 2 GrVVO) und solchen, die nur zum Vollzug notwendig sind (z. B. Teilungsgenehmigung § 19 BaußB, § 22 BauGB). Letztere waren von der alten Fassung der MaBV textlich nicht erfaßt, in der Praxis aber gleichbehandelt worden. Sie wurden jetzt bewußt einbezogen (§ 3 Rdnr. 8). Die Aussage der Notarbestätigung ist jetzt zweispurig: Daß die Genehmigung erteilt ist, ist als Tatsachenbescheinigung (wie § 3 MaBV a. F.) nur bei den Vollzugsgenehmigungen notwendig und ausreichend. Bei den anderen Genehmigungen genügt dies nicht. Vielmehr muß bei ihnen bestätigt werden, daß der Vertrag rechtswirksam ist. Dies ist an sich ein *Novum*, weil man für eine solche Notartätigkeit vergeblich ein Rechtsgrundlage in der BNotO sucht. Im Gegensatz zum Wortlaut der MaBV kann eine solche Bestätigung keine materiell-rechtliche Feststellungswirkung haben; der Notar setzt mit ihr keinen Rechtsakt (§ 3 Rdnr. 8 Abs. 2). Sie ist daher als eine gutachterliche Äußerung zu werten, geht aber über eine reine Tatsachenfeststellung wie bei der Vollzugsgenehmigung hinaus. Mit der Aufgabe, die Rechtswirksamkeit zu bestätigen, ist bewußt die Verantwortlichkeit des Notars vergrößert worden (§ 3 Rdnr. 8 Abs. 2). Die Bestätigung muß auf sorgfältigen Ermittlungen

beruhen. Sofern der Notar dabei einen einschlägigen Tatbestand übersehen haben sollte, könnte dies eine Amtspflichtverletzung nach § 19 BNotO mit der damit u. U. verbundenen Schadensersatzpflicht darstellen (ebenda a. a. O.).

Bei der Feststellung der Rechtswirksamkeit taucht die Frage auf, wie es sich mit Bedingungen und Auflagen sowie mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist verhält. Bedingungen müssen eingetreten sein, da sie die Rechtswirksamkeit unmittelbar berühren. Ihr Eintritt muß dem Notar nachgewiesen werden, gegebenenfalls durch eine Bestätigung der Genehmigungsbehörde. Anders verhält es sich mit den Auflagen, da sie den Rechtsbestand der Genehmigung als solche nicht berühren. Sie können im Einzelfall aber erhebliche Auswirkungen haben. Hier könnte es geraten sein, den Ablauf der Rechtsmittelfrist abzuwarten und von der Genehmigungsbehörde Auskunft einzuholen, ob ein Widerspruch eingelegt ist. Wurde die Genehmigung ohne Bedingungen und Auflagen dem Vertrag entsprechend erteilt, wird man dagegen den Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht als Voraussetzung der Notarbestätigung verlangen können. Um der Verantwortung bei der Neufassung gerecht werden zu können, erscheint es besonders notwendig, daß der Notar durch Vollmachten im Vertrag das Genehmigungsverfahren voll betreiben kann. Leider nimmt der Kommentar zu diesen aus der Neuformulierung entstehenden Probleme keine Stellung; für die 6. Auflage wäre dies zu wünschen.

Im Zusammenhang mit der in den neuen Bundesländern geltenden Grundstücksverkehrsverordnung taucht die Frage auf, „wie rechtswirksam“ ein Vertrag sein muß: nur zunächst oder endgültig? Durch das einjährige Recht des Widerrufs der Genehmigung in § 4 GrVVO kann die zunächst eingetretene Rechtswirksamkeit wieder beseitigt werden. Der Bestand des Vertrages ist bis zum Ablauf dieses Jahres rechtlich nicht gesichert. Diese Bestandssicherung ist aber besonderes Ziel der MaBV, weshalb beispielsweise dem Bauträger keine vertraglichen Rücktrittsrechte eingeräumt werden dürfen (§ 3 Rdnr. 8 Abs. 3). Von diesem Sinn und Zweck der MaBV her gesehen dürfte die Bestätigung der — „endgültigen“ — Rechtswirksamkeit erst nach Ablauf der Jahresfrist erteilt werden, wenn die Genehmigungsbehörde dem Notar mitgeteilt hat, daß sie die Genehmigung nicht widerrufen hat. Bei einer sofortigen Bestätigung müßte der Notar aber zumindest auf die Widerrufsfrist hinweisen. Der Kommentar erwähnt zwar die Genehmigung nach der GrVVO (§ 3 Rdnr. 8 Abs. 1), geht aber auf dieses gewichtige Problem nicht ein. Dabei geht nicht nur um die Notarbestätigung als solcher, sondern vor allem darum, ob der Bauträger vor der endgültigen Rechtsbeständigkeit nach einem Jahr Ver-

* Bezugsquelle: siehe VII. in diesem Heft S. 160.

mögenswerte des Erwerbers entgegennehmen darf — ein ungelöstes Problem, da die MaBV keine Sicherungen für eventuell zu leistende Rückzahlungen vorsieht.

§ 3 beschränkt die Aussage über die Rechtswirksamkeit nicht auf die Fälle von Genehmigungen, so daß auch andere dem Notar erkennbare Situationen erfaßt werden. Eine solche enthält das Verbraucherkreditgesetz vom 17. 12. 1990 (BGBl. I 2846). Nach § 7 VerbrKrG kann bei mit einem Kreditvertrag, der mit einem Kaufvertrag verbunden ist, der Kreditvertrag widerrufen werden (verbundenes Geschäft § 9 VerbrKrG). Dieser Widerruf führt dann auch zur Unwirksamkeit des Kaufvertrages. Die gesetzliche Besonderheit liegt darin, daß der Kaufvertrag bis zum Nichtwiderruf schwebend unwirksam ist (§ 9 Abs. 2 VerbrKrG). Während das Gesetz bei Endfinanzierungsmitteln gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG grundsätzlich keine Anwendung findet, ist es bei Zwischenkrediten, deren Gewährung auf einem Zusammenwirken des Bauträgers mit einer Bank (i. d. R. die globalfinanzierende Bank) beruht, einschlägig (so zum Zwischenkredit auf Kontokorrentbasis v. *Westphalen/Emmerich/Kessler*, Kommentar zum VerbrKrG, Köln 1991, § 3 Rdnr. 139). Dies bedeutet eine erhebliche Gefahr für den Bestand des Bauträgervertrages. Ohne die Probleme des Verbraucherkreditgesetzes hier im einzelnen zu erörtern (dazu die Rundschreiben der Landesnotarkammer vom 19. 3. 1991 und 16. 12. 1991), führt es bezüglich der MaBV aber dazu, daß der Notar die Rechtswirksamkeit des Vertrages erst bestätigen kann, wenn eine schwebende Unwirksamkeit i. S. des § 9 VerbrKrG beseitigt ist.

Die Erkenntnismöglichkeiten des Notars für die Beurteilung der Rechtswirksamkeit des Vertrages versagen hier weitgehend. Er müßte wissen, ob der Bauträgervertrag ein verbundenes Geschäft darstellt, wenn ja, wann die Widerrufsfrist beginnt und dann, daß nicht widerrufen ist. Der Notar kann in das Verfahren kaum eingebunden werden, weil die Widerufsbelehrung nur vom Kreditgeber vorgenommen werden (v. *Westphalen/Emmerich/Kessler* a. a. O. § 9 Rdnr. 61) und der Widerruf nur an ihn gerichtet werden kann (ebenda § 7 Rdnr. 10). Bei Nichtbelehrung beträgt die Widerrufsfrist ein Jahr (§ 7 Abs. 1 VerbrKrG). Wird der konkrete Zwischenkreditvertrag erst nach Abschluß des Kaufvertrages (u. U. erst Monate später, z. B. erst bei der vierten Rate!) abgeschlossen, dann zerstört dessen Widerruf den Kaufvertrag; der Widerruf eines zeitlich nach dem Kaufvertrag abgeschlossenen Kreditvertrages begründet ein auch den Kaufvertrag umfassendes Widerrufsrecht (*Emmerich* a. a. O. § 9 Rdnr. 59). Die einzige brauchbare Lösung dieser Problematik besteht darin, ein verbundenes Geschäft von vornherein auszuschließen. Das eine Zwischenfinanzierung ermöglichende Baukonto, wie es bislang üblich war, kann daher nicht mehr in Betracht kommen (so auch in der 1992 erscheinenden Neuauflage des Münchener Vertragshandbuchs). Auch ohne ein solches Baukonto ist die Gefahr aber nicht gebannt; am besten läßt man durch eine Erklärung des Gläubigers der Globalfinanzierung versichern, daß keinerlei irgendwie geartete Abmachungen zwischen Bank und Bauträger bestehen, Käufern Zwischenkredite zu gewähren. Viele Banken handeln bereits danach. Die Bank muß sich im Klaren sein, daß sie mit solchen Zwischenkrediten den abgeschlossenen Bauträgervertrag gefährdet, eine Verantwortung, die sie weder im eigenen Interesse noch gegenüber dem Bauträger übernehmen kann. Ein Notar, der dies alles beachtet, hat seine Möglichkeiten ausgeschöpft und kann dann wohl ohne Amtspflichtverletzung die Rechtswirksamkeit bestätigen.

2. Auflassungsvormerkung § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

In § 3 Rdnr. 9 ff. werden die Änderungen erläutert, wonach die Vormerkung eingetragen sein muß, auch im angelegten Wohnungsgrundbuch, und Notarbestätigungen über die Vorlage beim Grundbuchamt nicht mehr zulässig sind. In Rdnr. 10 wird entsprechend den Vorauslagen (auch unter Bezug auf das Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer) ausgeführt, daß der Bauträger selbst als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sein muß. Im Text der MaBV ist dieses Erfordernis nicht enthalten, auch nicht in der Novellierung, wo man es unschwer hätte aufnehmen können. Deswegen wird weiter daran festgehalten, daß eine „abgetretene“ Auflassungsvormerkung den Sicherheitserfordernissen der MaBV genügt, wenn der Erwerbsvertrag des Bauträgers entsprechend sicher ist (*Schmidt*, Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992 Band 4 Form. I 30 Anm. 15 a; *Basty* DNZ 1991, 21; *Reithmann/Meichssner/v. Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl. 1992 Rdnr. 98).

3. Freistellungsverpflichtung § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 bis 5

Die Änderung dahingehend, daß freizustellen ist nach Zahlung der geschuldeten Summe, also nicht mehr der vollen (= der beurkundeten), so daß Einwendungen etc. des Käufers auch gegenüber dem Globalgläubiger wirken, ist eingehend in § 3 Rdnr. 14 ff. erläutert. Es wäre sinnvoll, wenn sich Globalgläubiger bei der Abfassung von Freistellungsverpflichtungen mehr der von der MaBV gewählten Worte bedienen, anstatt weitschweifende Texte zu entwerfen, die dann oft nicht korrekt das Notwendige treffen und Auslegungsprobleme hinterlassen. Zu der neuerlichen Forderung des OLG Düsseldorf (MittBayNot 1992, 135; Revision vom BGH nicht angenommen), daß im Text des Bauträgervertrages auch das nach § 3 Abs. 1 Satz 2 der Bank ermöglichte Wahlrecht bei der Fälligkeitsvoraussetzung aufgeführt werden müsse, konnte *Marcks* noch nicht Stellung nehmen. Die Entscheidung ist überzogen (dazu die Kritik von *Knoche* MittRhNotK 1991, 112) und von der MaBV nicht gedeckt. Im Vertrag muß genügen, daß eine Freistellungsverpflichtung i. S. der MaBV auszustellen ist; dabei muß z. B. auch die Wahl des Verordnungstextes in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 dem Sicherungszweck entsprechend genügen (§ 3 Rdnr. 19: das Freigabversprechen selbst ist nicht mit zu beurkunden). Die Forderung des OLG versagt beispielsweise schon dann, wenn im Zeitpunkt der Vertragsbeurkundung die Bank die Verpflichtung noch gar nicht abgegeben hat. Schließlich hat der Ordnungsgeber in § 3 Abs. 1 Nr. 3 nur das Ziel der Maßnahme vorgeschrieben, die konkrete Ausgestaltung jedoch den Beteiligten überlassen (§ 3 Rdnr. 13, 17). Die Aushängung der von Gläubiger gewählten Freistellungsverpflichtung gehört nur zu den formalen Durchführungsaspekten (§ 3 Rdnr. 19).

4. Bezugsfertigkeitssatz § 3 Abs. 2 Nr. 2

Die Bezugsfertigkeitssatz ist nunmehr nicht erst nach Besitzübergabe zu leisten, sondern Zug um Zug gegen Besitzübergabe. Damit wurde dem Anliegen der Bauträger entsprochen, nicht zur Übergabe des Vertragsobjekts verpflichtet zu sein, obwohl noch zwei Raten ausstehen (§ 3 Rdnr. 34). Wie dieser Zug-um-Zug-Vorgang konkret vollzogen werden soll, ist in Rdnr. 5 zu § 3 nur sporadisch angesprochen, wie etwa Abbuchungsermächtigung, Hinterlegung beim Notar. Zusätzlich dürfte möglich sein z. B. Scheckübergabe, Nachweis einer bankbestätigten Überweisung, Abtretung einer Darlehensforderung. Ein Bedürfnis, im Bauträger-

vertrag das Verfahren der Zug-um-Zug-Zahlung zu konkretisierung, besteht wohl nicht. Es ist Sache des Bauträgers, im Einzelfall die ihm erforderlich erscheinende Methode zu bestimmen.

5. Bürgschaft nach § 7 MaBV

Die Bürgschaftsregelung des § 7, die anstelle der Baufortschrittsregelung des § 3 gewählt werden kann, wurde dahingehend geändert, daß sie jetzt auch bis zur vollständigen Fertigstellung gelten muß, nicht nur bis zur Bezugsfertigkeit, wie es die alte Fassung von § 7 vorsah. Von Bedeutung ist § 7 Abs. 1 letzter Satz, der nunmehr den Austausch der Sicherungen des § 7 und des § 3 ausdrücklich zuläßt, eine Frage, die bislang streitig war. Austausch steht im Gegensatz zur Vermischung (= teils Baufortschritt, teils Bürgschaft für gleiche Rate, § 7 Rdnr. 3 S. 94). Es ist jetzt klar gestellt, daß von einer Sicherungsart während der Vertragslaufzeit zur anderen gewechselt werden kann (§ 7 Rdnr. 3 S. 95). Man kann also zunächst mit einer Bürgschaft beginnen, für die alle Erfordernisse des § 3 entfallen (auch die problembeladene Genehmigung nach der GrVVO) und dann, wenn bei einer bestimmten Baufortschrittsrate die Voraussetzungen des § 3 erfüllt sind, zu dem System des § 3 wechseln (ebenda). Die Bürgschaft für die vorherige Zeit entfällt dann. Grundsätzlich kann auch umgekehrt verfahren werden: erst § 3, dann Wechsel zu § 7. Dies ist von Bedeutung für die letzte Rate. Umstritten ist, ob im letzteren Fall die Bürgschaft auf die gesamte Vertragssumme oder nur die noch zu leistende Restrate abzustellen ist. *Marcks* entnimmt aus dem Wort „alle etwaigen Ansprüche“ in § 7 Abs. 1, daß auch alle bisher geleisteten Zahlungen, praktisch der gesamte Kaufpreis, dann zu verbürgen sind (§ 7 Rdnr. 3, § 3 Rdnr. 25). Dies entspricht auch dem bisherigen herrschenden Meinung zu § 7.

Marcks hält daran entschieden fest und weist dabei auch auf die gleiche Aussage im Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern hin. Von den Sicherungsbedürfnissen, denen die MaBV genügen will, mag dies vielleicht nicht unbedingt geboten sein. Wenn lediglich für die letzte Rate eine Bürgschaft gewährt wird und der Erwerber das Objekt bereits nutzt, kann es sinnvoll sein, nur noch die Fertigstellungskosten abzudecken und dem Käufer gegebenenfalls den Zugriff auf das gezahlte Geld der letzten Rate wieder zu verschaffen, damit er selbst fertigstellen kann. Ein Rücktritt vom gesamten Vertrag wegen Nichterfüllung nur bei den Restarbeiten entspricht meist nicht der Interessenlage der Erwerbers. Eine solche „Erfüllungsbürgschaft“ sieht § 7 aber nicht vor. Sie müßte ausdrücklich zugelassen werden, was der Ordnungsgeber auch bei der Novellierung nicht getan hat. Selbst wenn man sie zuließe, stünde aber einer entsprechenden vertraglichen Regelung die Rechtspre-

chung des BGH im Wege, der gerade hierfür Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln gem. § 11 Nr. 2 a AGBG besonders in den Vordergrund stellt (dazu auch *Basty* DNotZ 1991, 26). Bleibt noch anzumerken, daß ein Wechsel der Sicherungsart vom Bauträger nur vorgenommen werden kann, wenn dies im Vertrag vorgesehen wird.

In den neuen Bundesländern wird es häufig nicht möglich sein, die Voraussetzungen des § 3 in wirtschaftlich vernünftiger Zeit zu schaffen. Die Bürgschaftsregelung des § 7 bietet sich daher als einzige Möglichkeit an, Käufergelder für das Bauvorhaben einzusetzen. Voraussetzung ist, daß die Banken hier mitmachen. Das amtliche Bürgschaftsformular ist auf Seite 355 des Kommentars abgedruckt. Allerdings taucht bei der vollen Bürgschaftsregelung die zivilrechtliche Frage auf, ob damit die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers ausgeschaltet werden kann. Das Leitbild des Werkvertrages, das im Baubereich allenfalls Abschlagszahlungen zuläßt, dürfte auch hier durchgreifen, so daß auch bei der Bürgschaft Abschlagszahlungen nach Baufortschritt vorzusehen sind, am besten nach § 3 Abs. 2 MaBV oder in Anlehnung daran (dazu auch *Schmidt*, Münchener Vertragshandbuch, 3. Aufl. 1992, Band 4 Form. I 30 Anm. 16 Abs. 3).

6. Altbauten § 3 Abs. 2 Satz 2

Nunmehr ist bestimmt, daß der Ratenplan auch für Bauvorhaben gilt, die einen Altbau betreffen. Obwohl nicht unmittelbar genannt, so sind auch die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 zu erfüllen; dies ergibt sich aus dem Wort „ferner“ in § 3 Abs. 2 (§ 3 Rdnr. 7). Die vorgeschriebene entsprechende Anwendung gibt wohl einen weiten Spielraum, der von der Vorleistungspflicht bei den einzelnen Gewerken geprägt sein muß. Dazu wird ausgeführt (S. 77), daß eine direkte Anwendung in vielen Fällen ohnehin ausscheide, da die verwendeten Begriffe auf Neubauten abgestellt seien und den Besonderheiten der Altbaumodernisierung nicht in jedem Fall Rechnung tragen. Die Meinung, daß die Höchstbeträge der Raten des § 3 (a. a. O.; *Basty* DNotZ 1991, 24) nicht überschritten werden dürfen, ist da wenig hilfreich (ähnlich wie hier *Reithmann/Meichssner/v. Heymann* Rdnr. 118).

Schlußbemerkung

Die Kommentierung des § 34 c GewO, der Makler- und Bau-trägervorordnung sowie der Abdruck der auch instruktiven Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 34 c GewO und zur MaBV und der dazugehörigen Anlagen mit Muster für Anträge, Bürgschaften etc. machen den Kommentar zu einem wichtigen Hilfsmittel für alle, die sich näher mit der Materie zu befassen haben.

II. Buchbesprechungen

Grundbuchrecht, Kommentar zu Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung, 4. neubearbeitete Auflage, von Dr. Joachim Kuntze, Vorsitzender Richter am OLG Hamm a. D., Rudolf Ertl, Notar a. D. in Kempten, Dr. Hans Herrmann, Notar in Memmingen, Dieter Eickmann, Professor an der Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Berlin, Verlag Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1991, 1403 Seiten *

Sechs Jahre liegen zwischen der 3. Auflage des KEHE und der jetzt erschienenen 4. Auflage. Die 4. Auflage berücksichtigt

- die Gesetzgebung bis 1. April 1991,
- Rechtsprechung und Literatur bis Ende 1990,
- die Besonderheiten in den neuen Bundesländern, und zwar sowohl innerhalb der laufenden Kommentierung als auch in einer zehneitigen zusammenfassenden Darstellung nach dem Stand zum 1. Juli 1991.

Um das Recht der neuen Bundesländer einzuarbeiten, haben Verfasser und Verlag — m. E. zu Recht — ein späteres Erscheinen der 4. Auflage ebenso in Kauf genommen wie die geringfügigen Abweichungen im Bearbeitungsstand.

Auch in seiner 4. Auflage stellt der KEHE in einem Band das gesamte Grundbuchverfahrensrecht dar einschließlich Grundbuchverfügung und Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumssachen. Neben den bisherigen Autoren hat an der 4. Auflage erstmals *Dr. Andreas Albrecht*, Notar in Heilsbronn, mitgewirkt.

Die Verfasser setzen sich unverändert für ein Grundbuch ein, das über die privaten und öffentlichen (Einl. J 33) Rechtsverhältnisse an Immobilien möglichst umfassend Auskunft gibt. Sie wenden sich gegen „Nebengrundbücher“ wie die Baulastenverzeichnisse, deren eigene Aussagekraft diejenige des Grundbuchs nicht annähernd erreicht und gegen eine Überfrachtung des Grundbuchverfahrens mit Genehmigungserfordernissen und sonstigen Eintragungshindernissen. Dies alles gewinnt frische Aktualität in den neuen Bundesländern.

Ein Grundgedanke wird in der Kommentierung immer wieder deutlich: Die Grundbuchordnung soll zwar dem materiellen Recht zum Erfolg verhelfen. Sie darf dabei aber so wenig wie andere Verfahrensordnungen ihre Effizienz einbüßen; sie soll also ihre Ergebnisse zügig, praktikabel, kostenkünftig und vorhersehbar liefern. Diesem Ziel dienen vor allem spezifische Regeln der Beweisführung (Einl. C 8) und der Beweislast (Einl. C 64, 65), aber auch der von der materiellen Rechtslage abgekoppelte Bewilligungsgrundsatz.

* Bezugsquelle: siehe VII. in diesem Heft S. 160.

Unter dem Einfluß des KEHE hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Eintragungsbewilligung eine reine Verfahrenshandlung ist (§ 19 GBO Rdnr. 14 ff.). Ob dann noch das materielle Recht entscheiden kann, wer bewilligungsberechtigt ist, das ist die Frage, die bisher noch von vielen bejaht wird, obwohl sie in der Bewilligung (inzwischen) eine reine Verfahrenshandlung erblicken. *Ertl* (§ 19 GBO Rdnr. 44 ff.) bleibt auch hier seiner verfahrensrechtlichen Sicht treu: Bewilligungsberechtigt ist derjenige, der in seiner grundbuchrechtlichen Rechtsposition betroffen wird; der materiellrechtlichen Rechtsposition braucht im Grundbuchverfahren nicht weiter nachgegangen zu werden. Dies erleichtert das Grundbuchverfahren und gibt dem gelegentlich als formalistisch geschmähten § 39 GBO neuen Sinn. Dieser erschöpft sich nicht mehr darin, eine bestimmte Eintragsreihenfolge festzuschreiben. Er statuiert vielmehr, wen das Grundbuchamt in seinem Verfahren als bewilligungsberechtigt anzusehen hat, nämlich denjenigen, der die in § 39 GBO beschriebene grundbuchrechtliche Position innehat. Das hat durchaus praktische Bedeutung: Gehen z. B. mit dem Antrag auf Umschreibung des Eigentums und auf Eintragung einer Kaufpreisresthypothek (§ 16 Abs. 2 GBO) gleichzeitig Anträge des Erwerbers ein, so entsteht die Bewilligungsberechtigung des Erwerbers für letztere erst nach dem Vollzug ersterer. Die Eintragsreihenfolge wird richtig, weil die §§ 19 und 39 GBO sie bestimmen und nicht die §§ 17 und 45 GBO.

Im KEHE stammen die Kommentierung zu § 19 GBO und die allgemeinen Erläuterungen zum Voreintragungsgrundsatz (Einl. C 5) von *Ertl*, die Kommentierung zu den §§ 39 und 17 GBO von *Herrmann* und zu § 45 GBO von *Eickmann*. Widersprüche zwischen diesen verschiedenen Kommentarstellen wird man nicht finden. Allerdings gewinnt man auch nicht den Eindruck, alles greife wie ein geschlossenes Räderwerk ineinander. Das ist bei einem von mehreren Autoren getragenen Kommentar hinzunehmen, zumal dann, wenn in ihm Autoren wirken, die sich jeweils nicht mit dem Erkenntnisstand der Voraufgabe begnügen.

Der KEHE war von Anfang an und ist auch in seiner Neuauflage für die Praxis bestimmt. Aus der Neuauflage greife ich nur Themen heraus, die den Notar besonders berühren, wohl wissend, daß ich damit den Beiträgen von *Kuntze*, z. B. zum Beschwerdeverfahren oder zum Grundbuchberichtigungsanspruch, nicht gerecht werde.

Herrmann (§ 15 GBO Rdnr. 28) und *Eickmann* (§ 46 GBO Rdnr. 14) treten mit überzeugenden Argumenten der h. M. entgegen, wonach § 15 GBO den Notar nicht zu Rangbestimmungen bevollmächtigt. Eine Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO kann in die Bewilligung, aber auch in den Eintragsantrag aufgenommen werden (§ 45 GBO Rdnr. 14).

ergänzen sein „ohne Entwurf“, denn eine Fernbeglaubigung kann überhaupt nur bei einer Unterschriftsbeglaubigung vorkommen. Die Gefahr der Fernbeglaubigung ist eben dann besonders groß, wenn der Notar „nur“ die Unterschrift beglaubigt.

Es wäre vielleicht zu viel verlangt, wenn man bei einem kleinen Buch, das sich mit Fehlern — aus der Sicht des die Dienstaufsicht ausübenden Richters — befaßt, gelegentlich einen Hinweis sehen möchte, was der Notar zweckmäßigerweise und über die „Vermeidung des Fehlers“ hinaus tun sollte. Es ist richtig, daß der Notar nicht verpflichtet ist, die weiteren Angaben über die vorgelegten Personalpapiere (Ausstellungsdatum, ausstellende Behörde, Nummer des Ausweises) in die Urkunde aufzunehmen (vgl. S. 36, Rdnr. 67). Der Notar soll jedoch nicht nur formale Fehler vermeiden, sondern eine in allen Teilen voll beweiskräftige Urkunde errichten. Dazu kann es im Einzelfall durchaus erforderlich sein, diese weiteren Daten mit aufzunehmen, vor allem bei ausländischen Ausweispapieren, Reisepässen etc., da nur an Hand solcher weiterer Angaben später der

Nachweis der Nichtidentität einer Person einwandfrei geführt werden kann. Dies ist aber beileibe keine Kritik, sondern nur ein Hinweis, der zeigen soll, daß es unter Umständen nicht allein damit gedient ist, einen formalen Fehler zu vermeiden, sondern dem Sinn und Zweck der Beurkundung oder Beglaubigung — weicht letztere gerne in ihrer Bedeutung unterschätzt wird — Rechnung zu tragen.

Eine besonders positive Erwähnung verdient die zusätzliche Kritik des Verfassers an der Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 88, 565) auf Seite 34 ff. (Rdnr. 62 mit 63 a), die schon durch *Reithmann* (DNotZ 88, 568 f.) ausgeführt wurde, da kritische Bemerkungen eines Richters zu einem Urteil ein anderes Gewicht haben, als diejenigen, die nur von einem Notar stammen.

Insgesamt kann das Buch — auch erfahrenen Notaren — als „Vademecum“, d. h. als Wegbegleiter und immer wiederholte Lektüre zur Auffrischung dessen, was man zwar weiß, von dem man aber nicht weiß, wo es steht, empfohlen werden.

Notar *Dr. Benno Keim*, München

IV. Rechtssprechung

A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 273, 294, 298, 299, 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 (*Zurückbehaltungsrecht und Annahmeverzug bei der Auflassung*)

- a) Für ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB genügt, daß der eigene Anspruch des Schuldners mit Erfüllung der Gegenforderung entsteht und fällig wird. Es kann auch dann geltend gemacht werden, wenn durch die Erfüllung das dem Gläubiger seinerseits zustehende Zurückbehaltungsrecht entfällt.
- b) Erhebt der Schuldner im Prozeß die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. §§ 320 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB, so kann der Gläubiger — abgesehen von dem Fall des § 295 BGB — nur durch ein tatsächliches Angebot seiner Leistung Verzug des Schuldners herbeiführen.
- c) Schuldet der Verkäufer Auflassung gegen Kaufpreiszahlung, so tritt Annahmeverzug des Käufers ein, wenn dieser dem ihm unter Wahrung einer angemessenen Frist mitgeteilten Termin zur Auflassung vor dem Notar einseitig fernbleibt oder wenn er zwar anwesend ist, aber nicht die Angebotserklärung annimmt oder nicht vor deren Annahme den ihm abverlangten Kaufpreis tatsächlich anbietet.

BGH, Urteil vom 6.12.1991 — V ZR 229/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verkaufte der Beklagten durch notariellen Vertrag vom 31.7.1972 eine Teilfläche seines Grundbesitzes zum Preis von 600.000 DM. Der Kaufpreis ist gezahlt. Die Auflassung sollte nach Abmessung der Fläche erklärt werden.

Durch notariellen Vertrag vom 10.12.1975 hoben die Parteien den früheren Vertrag hinsichtlich eines kleinen Teils der Kauffläche auf. Zugleich kaufte die Beklagte vom Kläger eine weitere Teilfläche für 80.000 DM. Diesen Kaufpreis stundete der Kläger bis zum 31.12.1980 mit der Abrede, daß hierauf für die Zeit vom 1.1.1978 bis 31.12.1980 Zinsen von 5% zu zahlen seien. Kaufpreis und Zinsen hat die Beklagte nicht gezahlt. Die Auflassung sollte nach Erhalt der Meßurkunde erklärt werden.

Nach Vermessung der von der Beklagten in den beiden Verträgen gekauften Flächen ist daraus das Flurstück 480/2 gebildet und in das Grundbuch von L. als Eigentum des Klägers eingetragen worden. Den Besitz an der Parzelle hatte der Kläger mit Abschluß der Verträge auf die Beklagte übertragen. In der Folgezeit erwuchsen dem Kläger gegen die Beklagte aus verschiedenen Schuldgründen Zahlungsansprüche, die beiderseits als Darlehensforderungen behandelt wurden. Am 31.10.1986 bestätigte ihm die Beklagte einen Darlehensstand von 277.736,22 DM. Mit Schreiben seiner Anwälte vom

17.7.1987 kündigte der Kläger das Darlehen. Durch Anwaltsschreiben vom 20.10.1987 setzte er der Beklagten unter Ablehnungsandrohung eine Frist zur Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen. Mit Schreiben vom 11.12.1987 erklärte er den Rücktritt von dem Kaufvertrag vom 10.12.1975. Gleichzeitig verlangte er Tilgung der Darlehensschuld und erklärte seine Bereitschaft zur Auflassung gemäß dem Kaufvertrag vom 31.7.1972, sofern die Beklagte die Eintragung einer die Darlehensforderung sichernden Grundschuld bewillige. In einem weiteren Schreiben vom 14.12.1987 bot er der Beklagten die Auflassung gegen Zahlung der Darlehensforderung oder Bewilligung einer Grundschuld an und erklärte, daß die Beklagte hiermit in Verzug gesetzt werde.

Der Kläger hat zunächst beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 272.946,41 DM zu verurteilen. Das Landgericht hat ihm durch Teilurteil 211.148,15 DM sowie durch Schlußurteil weitere 33.999,67 DM zuerkannt.

Gegen das Teil- und das Schlußurteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat beantragt, der Klage nur in einer Höhe von 158.847 DM und nur Zug um Zug gegen Auflassung des Flurstücks 480/2 zu entsprechen. Der Kläger hat im Wege der Anschlußberufung die Feststellung beantragt, 1. daß er der Beklagten die Auflassung entsprechend dem Vertrag vom 31.7.1972 in einer den Verzug begründenden Weise angeboten habe, 2. daß der Vertrag vom 10.12.1975 wirksam „aufgehoben“ sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Anschlußberufung hat es — unter Zurückverweisung im übrigen — festgestellt, daß der Kläger von dem Kaufvertrag vom 10.12.1975 wirksam zurückgetreten sei.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, sie nur Zug um Zug gegen Auflassung des Flurstücks 480/2 zur Zahlung von 245.147,82 DM nebst vorinstanzlich ausgeurteilten Zinsen zu verurteilen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Berufungen der Beklagten gegen das Teil- und das Schlußurteil als zulässig angesehen. (*Wird ausgeführt.*)

II. In der Sache selbst vertritt das Berufungsgericht folgende Auffassung: Die Beklagte könne aus dem ihr nach dem Kaufvertrag vom 31.7.1972 zustehenden Auflassungsanspruch kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Zahlungsforderung des Klägers herleiten, weil er sich wegen dieser Forderung zeitlich vor der Beklagten auf ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Auflassungsanspruch berufen habe. Gleiches gelte für die auf den Kaufvertrag vom 10.12.1975 gestützte Zurückbehaltungseinrede der Beklagten, so daß der Kläger von diesem Vertrag gem. § 326 Abs. 1 BGB wirksam zurückgetreten sei.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Aus dem Vertrag vom 31.7.1972 hatte die Beklagte einen fälligen Auflassungsanspruch. Die Ausübung des dem Kläger nach § 273 BGB zustehenden Zurückbehaltungsrechts wegen seiner Darlehensforderung beseitigte nicht die Fälligkeit des Auflassungsanspruchs, sondern hatte gem. § 274 Abs. 1 BGB lediglich zur Folge, daß die Beklagte Auflassung nur noch Zug um Zug gegen Zahlung verlangen konnte. Zwar war damit der Auflassungsanspruch einredebehaftet, doch konnte ihn die Beklagte, was das Berufungsgericht verkennt, der Forderung des Klägers im Prozeß entgegenhalten. Für ein Zurückbehaltungsrecht genügt, daß der eigene Anspruch des Schuldners mit Erfüllung der Forderung des Gläubigers entsteht und fällig wird (BGHZ 73, 317, 319; 111, 154, 156). Folgerichtig kann es auch dann geltend gemacht werden, wenn durch die Erfüllung das dem Gläubiger seinerseits zustehende Zurückbehaltungsrecht entfällt. Diese Wirkung tritt hier ein. Wird nämlich die Beklagte zur Zahlung an den Kläger Zug um Zug gegen Auflassung verurteilt, so muß er diese nur gegen Tilgung seiner ganzen Forderung erklären. Mit vollständiger Tilgung ist also das dem Auflassungsanspruch entgegengehaltene Zurückbehaltungsrecht verbraucht, mithin dieser Anspruch voll wirksam.

Sollte das Berufungsgericht meinen, der Kläger habe mit Schreiben vom 31.8.1978 die Beklagte in Annahmeverzug gesetzt, so wäre dies für die Entscheidung unbeachtlich. Denn Annahmeverzug stünde der Zug-um-Zug-Verurteilung nicht entgegen, sondern gäbe dem Kläger nach § 274 Abs. 2 BGB nur die Befugnis, aus dem Urteil ohne Bewirkung der eigenen Leistung die Zwangsvollstreckung zu betreiben (BGHZ 90, 354, 358; RGZ 84, 228). Diese Möglichkeit scheidet hier indes aus, weil das Berufungsgericht den auf Feststellung des Annahmeverzuges gerichteten Antrag des Klägers rechtskräftig als unbegründet abgewiesen hat.

2. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Auflassungsanspruchs aus dem Kaufvertrag vom 10.12.1975 versagt das Berufungsgericht der Beklagten mit der Begründung, von diesem Vertrag sei der Kläger wegen Verzuges mit der Kaufpreiszahlung gem. § 326 Abs. 1 BGB wirksam zurückgetreten. Ein den Verzug ausschließendes Zurückbehaltungsrecht, so meint das Berufungsgericht, habe der Beklagten nicht zugestanden, weil ihr Auflassungsanspruch schon mit der auf die Klageforderung gestützten Rückbehaltungseinrede des Klägers behaftet gewesen sei.

Dieser Standpunkt ist rechtsirrig. Denn die Einrede des Klägers konnte keinen Zahlungsverzug begründen, sondern — wie dargelegt — lediglich dazu führen, daß die Beklagte Auflassung nur noch Zug um Zug gegen Zahlung verlangen durfte.

Das Berufungsurteil ist in diesem Punkt auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig (§ 563 ZPO).

Aus dem Kaufvertrag vom 10.12.1975 schuldete der Kläger die Auflassung, die Beklagte den Kaufpreis nebst Vertragszinsen. Daher hatte die Beklagte wegen ihres Auflassungsanspruchs, der Kläger wegen seiner Kaufpreisforderung (nebst Zinsen) die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 Abs. 1 BGB. Gleichgültig ist, ob der Kläger diese Einrede früher als die Beklagte erhoben hat. Denn schon das Bestehen des im Prozeß geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechts schloß einen Zahlungsverzug der Beklagten aus (ständige Rechtspr. des BGH, vgl. Senatsurt. v. 26.10.1965, V ZR 87/63, NJW 1966, 200, 201; BGHZ 84, 42, 44; Urt. v. 8.7.1982, VII ZR 96/81, NJW 1982, 2494, 2495). Zahlungsverzug hätte der Kläger nur herbeiführen können, wenn er

seine Gegenleistung — die Auflassungserklärung — der Beklagten tatsächlich angeboten hätte (BGH, Urt. v. 28.4.1983, I ZR 101/81, WM 1983, 863, 864; *Staudinger/Löwisch*, BGB, 12. Aufl., § 284 Rdnr. 12; Münch-Komm/*Walchshöfer*, BGB, 2. Aufl., § 284 Rdnr. 14; *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., § 284 Rdnr. 16; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 50. Aufl., § 284 Rdnr. 13). Die im Anschluß an RGZ 126, 280, 285 (ähnlich RG, JW 1921, 523, 524) vereinzelt vertretene Ansicht, es genüge, wenn der Gläubiger zur Gegenleistung „bereit und imstande“ sei (so u. a. *Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Aufl., § 45 II 4 c; *Erman/Battes*, BGB, 8. Aufl., § 284 Rdnr. 15), wird der Bestimmung des § 320 Abs. 1 BGB nicht gerecht. Denn danach kann der Schuldner seine Leistung bis zur „Bewirkung“ der Gegenleistung verweigern. Diese Befugnis soll den Anspruch auf die Gegenleistung sichern und Druck auf deren Schuldner ausüben, damit dieser leistet (BGH, Urt. v. 8.7.1982, VII ZR 96/81, NJW 1982, 2424). Das aber ist nur erreichbar, wenn die Gegenleistung in einer Weise angeboten wird, daß deren Erfüllung sichergestellt ist. Notwendig ist deshalb ein Angebot, das Annahmeverzug zu begründen vermag. Voraussetzung dafür ist nach § 294 BGB, daß die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten wird, also der Gläubiger nur noch zuzugreifen braucht (BGHZ 90, 354, 359). Wenn dann der Gläubiger zwar die ihm angebotene Leistung annehmen will, aber nicht die von ihm verlangte Gegenleistung anbietet, kommt er auch dadurch in Annahmeverzug (§ 298 BGB).

Die Auflassung erfordert, daß Angebot und Annahme bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien vor dem Notar erklärt werden (§ 925 BGB; BGHZ 29, 6 ff). Das Angebot ist daher in der Weise zu bewirken, daß der Schuldner den Termin zur Auflassung dem Gläubiger unter Wahrung einer angemessenen Frist mitteilt (§ 299 BGB entspr.) und zu diesem Termin bei dem bereiten Notar erscheint, um die Auflassung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO in Gegenwart des Gläubigers zu erklären. Annahmeverzug tritt sodann ein, wenn der Gläubiger entweder dem Termin fernbleibt (§ 299 BGB entspr.) oder wenn er zwar anwesend ist, aber nicht die Angebotserklärung annimmt oder nicht vor Annahme die ihm abverlangte Gegenleistung tatsächlich anbietet (§ 298 BGB).

So aber ist der Kläger unstreitig nicht vorgegangen. Das in der Revisionserwiderung angeführte Schreiben vom 17.11.1987 enthielt nur ein wörtliches Angebot. Ein solches genügte nicht, weil nicht dargetan ist, daß die Beklagte erklärtermaßen nicht bereit war, die Leistung anzunehmen (§ 295 BGB). Die Beklagte hatte zudem mit Schreiben vom 25.10.1987 ihren Auflassungsanspruch aus dem Vertrag vom 31.7.1972 der Kaufpreisforderung des Klägers entgegengehalten (§ 273 BGB). Der Kläger hätte deshalb die aus beiden Kaufverträgen geschuldete Auflassung tatsächlich anbieten müssen.

Der Rücktritt des Klägers von dem Kaufvertrag vom 10.12.1975 war mithin unberechtigt.

3. Demgemäß ist der dem Kläger vorinstanzlich zuerkannter Anspruch auf Zahlung von 245.147,82 DM nebst Zinsen nur Zug um Zug gegen Auflassung des Flurstücks 480/2 und Bewilligung der Eigentumsumschreibung begründet.

Daraus folgt zugleich, daß der vom Kläger mit der Anschlußberufung geltend gemachte Antrag auf Feststellung, daß er von dem Kaufvertrag vom 10.12.1975 wirksam zurückgetreten sei, unbegründet ist. Die Anschlußberufung ist deshalb in vollem Umfang zurückzuweisen.

2. BGB §§ 528 Abs. 1, 1967; BSHG § 90 (Rückforderungsanspruch auch bei Verarmung nach Tod des Beschenkten) -

Tritt die Bedürftigkeit des Schenkers erst nach dem Tode des Beschenkten ein, richtet sich der Rückforderungsanspruch gegen die Erben des Beschenkten.

BGH, Urteil vom 7.6.1991 — V ZR 214/89 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH/BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 2.3.1981 „übertragen“ die Eheleute Johann und Gertrud G. „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ ihr Hausgrundstück in N. auf ihren Sohn Hans Heinrich G., der seinen Eltern dafür u.a. ein Wohnrecht einräumte, sich verpflichtete, an seine Geschwister Zahlungen zu leisten, und Grundpfandrechte übernahm, mit denen das Grundstück belastet war. Die Auflassung wurde erklärt und der Eigentumsübergang in das Grundbuch eingetragen. Der Erwerber starb 1985 und wurde von der Beklagten zu 1, seiner Ehefrau, und den Beklagten zu 2 bis 4, seinen Kindern, beerbt.

Johann G. ist verstorben; die Übergeberin Gertrud G. befindet sich seit Februar 1987 in einem Altenpflegeheim. Der klagende Landkreis gewährt ihr seitdem Hilfe zur Pflege durch Übernahme der durch ihre Rente nicht gedeckten Heimpflegekosten nach dem Bundessozialhilfegesetz (BSHG). Er leitete durch Bescheid vom 24.4.1987 nach § 90 BSHG einen Rückforderungsanspruch der Übergeberin gegen die Beklagten wegen Verarmung der Schenkerin nach § 528 BGB auf sich über.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, an den Kläger 39.240,60 DM nebst gestaffelter Zinsen zu zahlen. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger im Wege der Anschlußberufung beantragt, an ihn insgesamt 55.349,26 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten nach seinen zuletzt gestellten Anträgen; die Beklagten beantragen Zurückweisung der Revision.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob eine (gemischte) Schenkung vorliegt. Es meint, die Erben des Beschenkten hafteten jedenfalls nicht aus § 528 Abs. 1 BGB, da dieser Rückforderungsanspruch nicht bereits zu Lebzeiten des Beschenkten entstanden sei. Die Unterhaltsbedürftigkeit der Schenkerin sei erst nach dem Tode des Beschenkten eingetreten. Ein Anspruch aus § 528 i. V. m. § 822 BGB bestehe schon deshalb nicht, weil § 822 BGB einen rechtsgeschäftlichen unentgeltlichen Erwerb des Dritten voraussetze, die Beklagten aber das Grundstück als Erben erworben hätten. Auch sonstige, vor allem vertragliche, Ansprüche gegen die Beklagten seien nicht gegeben.

II. Die Revision hat Erfolg.

Das Berufungsgericht verkennt die Stellung der Beklagten als Erben und damit als Gesamtrechtsnachfolger des Grundstückserwerbers nach § 1922 BGB. Die Erben treten in die volle Rechtsstellung des Erblassers ein. Sie erwerben sein Vermögen so, wie es diesem zugestanden hat. Auf die Beklagten sind damit alle Rechte und Pflichten aus dem durch den Übertragungsvertrag vom 2.3.1981 begründeten Rechtsverhältnis so übergegangen, wie dieses zwischen der Übergeberin und dem Erwerber bestand. Da § 1967 BGB nur voraussetzt, daß die Verbindlichkeiten vom Erblasser „herühren“, gehen auch die „verhaltenen“, noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehungen des Erblassers auf den Erben über (BGHZ 32, 367, 369; 80, 205, 210). Mithin sind Erblasserschulden auch die erst in der Person des Erben entstehenden Verbindlichkeiten, die als solche schon dem Erblasser entstanden wären, wenn er nicht vor Eintritt der zu ihrer Entstehung nötigen weiteren Voraussetzung verstorben wäre (vgl. MünchKomm/Siegmann, BGB, 2. Aufl., § 1967

Rdnr. 10). Die Übergeberin hat demnach das Recht, (auch in Zukunft) unter den in § 528 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen ein Geschenk zurückzufordern, nicht dadurch verloren, daß dieses im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben des Übernehmers übergegangen ist.

Mit der gegebenen Begründung kann ein Rückforderungsanspruch wegen Bedürftigkeit der Schenkerin nach § 528 Abs. 1 BGB deshalb nicht verneint werden. Das Berufungsgericht wird vielmehr die sonstigen Voraussetzungen eines Zahlungsanspruches (vgl. dazu auch BGHZ 94, 141 [= DNotZ 1986, 138]) zu prüfen haben. Bei der Frage, ob die Übergeberin dem Erblasser ihren Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück unentgeltlich zugewendet hat, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß die Übernahme dinglicher Belastungen in der Regel keine Gegenleistung darstellt, sondern lediglich den Wert des Geschenks mindert (BGHZ 107, 156 ff. [= DNotZ 1989, 775 = MittBayNot 1989, 206]).

3. BGB § 157 (Auslegung einer Regelung über Verwendungszweck eines Grundstücks bei Fehlen einer Rechtsfolgenvereinbarung)

Das den Grundstückskäufer treffende Risiko einer Verfehlung des beabsichtigten Verwendungszwecks des sachmangelfreien Grundstücks (BGHZ 74, 370 ff.) — hier eines Tausches — ist nicht ohne weiteres schon durch Aufnahme dieses Zwecks in den Kaufvertrag zu Lasten des Verkäufers geregelt.

BGH, Urteil vom 27.9.1991 — V ZR 191/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 16.7.1987 verkauften die Kläger ein ihnen gemeinsam gehörendes landwirtschaftliches Grundstück den Beklagten zu je 1/2 Miteigentumsanteil. Zugleich wurde die Auflassung erklärt, im Grundbuch aber noch nicht vollzogen. Der Kaufpreis betrug 115.000 DM. Er sollte am 15.11.1987 auf Notaranderkonto gezahlt werden. In § 9 des Vertrages ist als „Vertragszweck“ vereinbart:

„Die Käufer beabsichtigen, das gekaufte Grundstück als Austauschgelände zu nutzen, um es mit Herrn Ulrich K. in B., mit einer anderen Fläche im Bereich des Wohngrundstücks B. 95 zu tauschen. Hierdurch soll ein besserer Schutz vor der Immission von Oberflächenwasser auf das bebaute Grundstück B. 95 und für die Immission von Nitrat in den Hausbrunnen desselben Grundstücks erreicht werden.“

Die gem. § 2 Abs. 1 des Grundstücksverkehrsgesetzes (GrdstVG) erforderliche Genehmigung des Kaufvertrages erteilte die zuständige Landwirtschaftskammer, Kreisstelle G., durch Bescheid vom 16.9.1987 mit folgendem Inhalt:

„In der vorbezeichneten Grundstückverkehrssache wird die Genehmigung unter folgender Auflage (§ 10 GrdstVG)/Bedingung (§ 11 GrdstVG) *) erteilt:

Das im Grundbuch von ... eingetragene Grundstück ... ist dem in § 9 des Vertrages vorgesehenen Vertragszweck zuzuführen.

*) Nichtzutreffendes bitte streichen!

Begründung:

Über obigen Kaufvertrag erwerben Frau Rosemarie und Herr Wolfhart K. (Beklagte) „zu je 1/2-Anteil ein l.d.w. Grundstück in Größe von 1,0220 ha. Die Erwerber sind im Sinne des Grundstücksverkehrsgesetzes als Nichtlandwirte anzusehen, so daß die Voraussetzungen für eine ungesunde Bodenverteilung gegeben sind. Weiterhin ist ein überhöhter Kaufpreis vereinbart.

Bei eingehender Prüfung des Veräußerungsgeschäfts und vor allen Dingen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse beim Verkäufer können die Mängel durch die obige Auflage behoben werden.“

Der beabsichtigte Tausch des Kaufgrundstücks gegen ein Grundstück des Landwirts K. kam aus Gründen, die streitig sind, nicht zustande. Beide Parteien gingen zunächst davon aus, der Kaufvertrag sei aufgrund der in dem Genehmigungsbescheid bezeichneten „Bedingung“ weiterhin schwebend unwirksam und der Kaufpreis daher noch nicht fällig. Durch Schreiben vom 19. 1. 1989 teilte der Geschäftsführer der Landwirtschaftskammer dem beurkundenden Notar mit, daß allein aus einem „schreibtechnischen Versehen“ unterlassen worden sei, das in dem Bescheid enthaltene Wort „Bedingung“ zu streichen. Inzwischen haben die Beklagten das Grundstück des Landwirts K. durch Eintausch eines anderen Grundstücks erworben.

Die Kläger beanspruchen den vereinbarten Kaufpreis. Sie haben beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie — die Kläger — 115.000 DM nebst 4% Zinsen seit dem 24. 12. 1988 zu zahlen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren haben die Kläger ausweislich des Sitzungsprotokolls den Hilfsantrag gestellt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 115.000 DM nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung auf ein Anderkonto des beurkundenden Notars zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte nach dem in der Berufungssitzung gestellten Hilfsantrag Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Landwirtschaftskammer den Kaufvertrag unter der Auflage oder unter der Bedingung des Tausches genehmigt hat. Es hält den Anspruch der Kläger auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises schon deshalb für unbegründet, weil eine Durchführung des von den Beklagten beabsichtigten Tausches des Kaufgrundstücks nicht mehr in Betracht komme und damit die Geschäftsgrundlage des Vertrages weggefallen sei.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

1. Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, bei Vertragsabschluß aber zutage tretenden gemeinsamen Vorstellungen beider Vertragsparteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien sich aufbaut (Senatsurt. v. 20. 3. 1981, V ZR 71/80, NJW 1981, 1551, 1552; BGHZ 84, 1, 8/9; 89, 226, 231). Vorliegend hingegen haben die Parteien denjenigen Umstand, den das Berufungsgericht als Geschäftsgrundlage ansieht, nämlich den von den Beklagten beabsichtigten Verwendungszweck des Kaufgrundstücks, ausdrücklich zum Vertragsinhalt gemacht. Eine Störung dieses Zwecks läßt sich daher nicht unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage beurteilen. Vielmehr ist durch — notfalls ergänzende — Auslegung zu ermitteln, welche Bedeutung und Tragweite der Zweckvereinbarung zukommt. Maßgebend ist, ob die Parteien angenommen hatten, durch diese Vereinbarung das normalerweise den Käufer treffende Risiko zweckentsprechender Verwendbarkeit des sachmangelfreien Grundstücks zu Lasten des Verkäufers geregelt zu haben (BGHZ 74, 370, 376).

Auch unter diesem Aspekt jedoch hätte die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Zweckabrede Gewicht, wenn sie fehlerfrei wäre. Das aber ist nicht der Fall.

Das Berufungsgericht meint, die Kläger hätten die Zweckvereinbarung nur dahin verstehen können, daß der Kaufvertrag mit der Durchführung des Tausches „stehen und fallen“ sollte. Diese Auslegung leitet es in erster Linie aus dem Umstand her, daß die Beklagten bei Kaufabschluß, wie den

Klägern bekannt gewesen sei, noch nicht mit dem Landwirt K. über den Tausch verhandelt hatten. Damit vernachlässigt der Tatrichter unter Verstoß gegen den anerkannten Grundsatz einer möglichst nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (BGH, Urt. v. 3. 12. 1980, VIII ZR 300/79, NJW 1981, 1549, 1550; Senatsurt. v. 7. 6. 1991, V ZR 175/90, NJW 1991, 2488, 2489) jedoch die Interessenlage der Kläger, was die Revision zutreffend rügt.

Der Kaufvertrag bedurfte nach § 2 Abs. 1 GrdstVG behördlicher Genehmigung. Im Zweifel erstreckte sich das Interesse der Kläger nur darauf, daß die Genehmigung erteilt und mithin der Vertrag wirksam wird. Denn das darüber hinausgehende Risiko, ob alsdann den Beklagten der beabsichtigte Tausch des Kaufgrundstücks gelang, hätte — wie dargelegt — allein sie getroffen. Aus der bloßen Kenntnis, daß die tatsächliche Möglichkeit des Tausches und dessen Modalitäten von den Beklagten erst noch geklärt werden mußten, durfte daher das Berufungsgericht nicht ohne weiteres schließen, die Kläger hätten die Zweckvereinbarung nur dahin verstehen können, daß von der Durchführung des Tausches der Bestand des Kaufvertrages abhängig sein solle. Für eine solche einseitig die Belange der Käufer beachtende Auslegung war hier schon deshalb kein Raum, weil die Vereinbarung, wie die Revision geltend macht, dazu gedient haben kann, die Herbeiführung der Genehmigung zu erleichtern. Denn da die Genehmigung, wovon das Berufungsgericht selbst ausgeht, jedenfalls nur zu dem von den Beklagten beabsichtigten Erwerbsszweck zu erwarten war, mußte er aus der Vertragsurkunde hervorgehen, damit der darin zu dem Genehmigungsantrag ermächtigte Notar diesen Zweck belegen konnte.

Das Berufungsgericht meint allerdings, notwendig gewesen sei auch die Erklärung gegenüber der Landwirtschaftskammer, der Kaufvertrag solle mit der Durchführung des Tausches „stehen und fallen“. Dazu ist festgestellt, dies sei so im Genehmigungsverfahren erklärt worden und auch nötig gewesen, weil sonst mit der Genehmigung nicht hätte gerechnet werden können, was die Kläger selbst eingeräumt hätten. Damit ist jedoch nicht zugleich als Inhalt des Zugeständnisses festgestellt, daß die Parteien eine derartige Erklärung schon in dem maßgebenden Zeitpunkt des Vertragsabschlusses — und nicht erst aus einer durch den Verlauf des Genehmigungsverfahrens bedingten Sicht — für erforderlich gehalten haben. Dem angefochtenen Urteil ist auch nicht zu entnehmen, daß etwa die Kläger selbst, und nicht nur die Beklagten, im Genehmigungsverfahren geäußert haben, der Kaufvertrag solle mit der Durchführung des Tausches „stehen und fallen“. Somit sind keine Indizien festgestellt, die den Schluß zulassen könnten, auch die Kläger hätten den Vertragszweck tatsächlich in diesem Sinne verstanden (*falsa demonstratio*).

2. Die tatrichterliche Auslegung der Zweckvereinbarung ist mithin nicht tragfähig. Einer Zurückverweisung der Sache aus diesem Grunde bedarf es indes nicht, weil tatsächliche Feststellungen nicht mehr zu erwarten sind und daher das Revisionsgericht zur Auslegung berechtigt ist (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22). Diese führt zu dem Ergebnis, daß eine Umverteilung des den Beklagten zufallenden Verwendungsriskos nicht gewollt war.

Die Zweckabrede läßt nicht schon aus sich heraus erkennen, daß dadurch dem Risiko einer Zweckverfehlung zugunsten der Beklagten Rechnung getragen werden sollte; denn der Vertrag enthält keine hierauf bezogene Rechtsfolgenregelung. Es ist auch den Umständen nach nicht ersichtlich, was die Kläger hätte veranlassen können, die Beklagten von

dem Verwendungsrisiko zu entlasten. Der von den Beklagten mit dem Kauf verfolgte Zweck ist auf Verlangen der Kläger vertraglich festgelegt worden. Das ist unstrittig, wie sich aus dem im Tatbestand des Berufungsurteils ergänzend in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vortrag der Parteien ergibt. Haben aber gerade die Verkäufer Wert darauf gelegt, den Verwendungszweck des Kaufgrundstücks zum Vertragsinhalt zu machen, so spricht das deutlich für eine jedenfalls auch ihren eigenen Interessen dienende Zielrichtung der Vereinbarung. Beiden Parteien kam es darauf an, die nach § 2 Abs. 1 GrdstVG nötige Genehmigung des Vertrages zu erreichen. Dafür aber konnte im Hinblick darauf, daß die Beklagten keine Landwirte waren, die Art des Erwerbszwecks ausschlaggebende Bedeutung haben, was sich auch als richtig herausgestellt hat. Die Aufnahme dieses Zwecks in den Vertrag läßt sich folglich — entsprechend dem Vorbringen der Kläger — damit erklären, daß hierdurch die Erteilung der Genehmigung gefördert werden sollte. Daß die Klausel auch den Sinn haben sollte, das nach erteilter Genehmigung verbleibende Risiko einer Zweckverfehlung den Beklagten abzunehmen, hätten diese darlegen und unter Beweis stellen müssen (BGHZ 74, 370, 376). Dem genügt ihr Sachvortrag nicht.

3. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 563 ZPO).

Die Berechtigung des Kaufpreisanspruchs hängt davon ab, ob die Genehmigung des Vertrages — was das Berufungsgericht offengelassen hat — unter der Bedingung oder lediglich unter der Auflage einer Erfüllung des Kaufzwecks erteilt worden ist. Denn im Falle einer Bedingung wäre erst mit deren Eintritt die Genehmigung und mithin auch der Kaufvertrag wirksam geworden. Die Folge wäre hier die endgültige Unwirksamkeit des Kaufvertrages, weil der bezweckte Tausch unstrittig nicht mehr möglich ist. Indessen ist der Vertrag nicht unter einer Bedingung, sondern unter einer Auflage genehmigt worden.

Der Genehmigungsbescheid vom 16.9.1987 ist allerdings mehrdeutig, weil die dort formulärmäßig aufgeführten Alternativen der Genehmigung unter einer „Auflage (§ 10 GrdstVG)“ oder unter einer „Bedingung (§ 11 GrdstVG)“ gleichermaßen unterstrichen worden sind, andererseits aber die Begründung des Bescheids nur auf „obige Auflage“ verweist. Er ist jedoch auslegungsfähig. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt, dessen Auslegung darauf abzustellen ist, wie er nach seinem objektiven Erklärungswert von einem verständigen Empfänger — hier von dem nach dem Vertrag empfangsberechtigten Notar — verstanden werden konnte (BGH, Urte. v. 17.5.1984, III ZR 86/83, NJW 1985, 1335, 1336). Der Bescheid war dahin zu verstehen, daß die Genehmigung unter einer Auflage und nicht unter einer Bedingung erteilt worden ist. Dies ergab sich aus seiner Begründung, die auf „obige Auflage“ verwies. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ließ der Bescheid nicht die Deutung zu, daß die Erfüllung der Auflage zugleich Bedingung der Genehmigung sei. Zwar kann ein als Auflage bezeichnetes Erfordernis auch einmal so ausgestaltet sein, daß sich die Auflage in Wahrheit als Bedingung darstellt (sogenannte bedingende Auflage, vgl. BayObLGZ 1958, 177, 181; Lange, GrdstVG, 2. Aufl., § 10 Anm. 4); in einem solchen Sinne konnte der Bescheid nach seinem Erklärungsinhalt aber nicht aufgefaßt werden. Denn die Formulierung „Auflage (§ 10 GrdstVG) / Bedingung (§ 11 GrdstVG)“ und die hierauf bezogene Anmerkung „Nichtzutreffendes streichen“ ließen bei verständiger Betrachtungsweise erkennen, daß es sich — was nach § 9

GrdstVG so auch nur möglich ist — um Alternativen handelte und daß daher nur die eine oder die andere von beiden gemeint sein konnte. Gerade deshalb war aus der auf „obige Auflage“ verweisenden Begründung des Bescheids zu ersehen, daß eine Auflage und keine Bedingung gewollt war. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit der Rechtslage, weil die den Beklagten zur Auflage gemachte Verwirklichung des Vertragszwecks — eines Tausches des Kaufgrundstücks — nach § 11 GrdstVG nicht Gegenstand einer Bedingung sein kann.

4. Damit ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Durch Erteilung der Genehmigung ist der Kaufvertrag wirksam geworden. Die Kläger haben deshalb Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises von 115.000 DM. Sie sind allerdings nicht berechtigt, Zahlung an sich selbst zu verlangen, wie mit dem Hauptantrag geltend gemacht. Denn nach § 2 des Kaufvertrages ist der Kaufpreis auf ein vom Notar zu benennendes Anderkonto zu leisten und den Klägern erst nach Eigentumsumschreibung ausbezahlen. Daher können sie Vorleistung des Kaufpreises nur an den Notar verlangen.

4. BGB §§ 516, 2325 (Voraussetzungen einer Schenkung durch Vereinbarung der Gütergemeinschaft)

In der Begründung einer Gütergemeinschaft kann nur ausnahmsweise eine Schenkung des begüterten an den bereicherten Ehegatten liegen. Dazu bedarf es außer der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung noch einer Verdrängung der güterrechtlichen causa für die Bereicherung durch den schuldrechtlichen Schenkungsvertrag. Für eine solche Annahme bedarf es der Feststellung, daß die Geschäftsabsichten der Eheleute nicht zwecks Verwirklichung der Ehe auf eine Ordnung der beiderseitigen Vermögen gerichtet waren.

BGH, Urteil vom 27.11.1991 — IV ZR 266/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind die drei Kinder des am 4.7.1980 im Alter von 71 Jahren verstorbenen Chefarztes und Universitätsprofessors Dr. G. M. (Erblasser) aus dessen erster (geschiedener) Ehe. Die am 20.9.1927 geborene Beklagte ist dessen Witwe. Nach der Eheschließung des Erblassers mit der Beklagten am 26.2.1962 lebten diese zunächst im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Am 17.12.1971 vereinbarten sie Gütergemeinschaft und am 15.7.1977 Gütertrennung. Aus dieser Ehe ging der am 10.6.1963 geborene Sohn M. hervor.

Aufgrund Ehe- und Erbvertrages vom 15.7.1977 wurde die Beklagte die alleinige, befreite Vorerbin des Erblassers. Zu Nacherben hatte der Erblasser seine vier Kinder zwar gleichmäßig zu je einem Viertel berufen, jedoch beschwert mit einem Vorausvermächtis zugunsten von M., das diesem einen Verschaffungsanspruch in Bezug auf Grundbesitz in Gr. und M.-S. gewährt hätte. Die Kläger haben diese Nacherbschaft ausgeschlagen und die Beklagte auf Zahlung ihres Pflichtteils und auf Pflichtteilsergänzung in Anspruch genommen. Wegen der Pflichtteilsergänzung stützen die Kläger sich auf Schenkungen des Erblassers an die Beklagte. Insbesondere die genannten Eheverträge von 1971 und 1977 enthalten nach Auffassung der Kläger verdeckte Schenkungen.

Das Landgericht hat den Klägern Pflichtteilsansprüche in Höhe von je rund 40.160 DM und Pflichtteilsergänzung im Hinblick auf eine Grundstücksschenkung des Erblassers an M. in Höhe von je 31.757,53 DM zugebilligt.

Mit der Berufung haben die Kläger zu 1) und 3) weitere Pflichtteilsergänzung in Höhe von je 440.508 DM nebst Zinsen verlangt. Damit hatten sie vor dem Oberlandesgericht keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die Revision der Kläger zu 1) und 3). Sie führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, weder der Ehevertrag über die Errichtung der Gütergemeinschaft vom 14. 12. 1971 noch derjenige über die Begründung der Gütertrennung vom 15. 7. 1977 enthielten oder verdeckten Schenkungen des Erblassers an die Beklagte. Die Eheleute hätten bewußt die Form von Eheverträgen gewählt, so daß die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der notariellen Urkunden dafür spreche, daß Schenkungen gerade nicht gewollt seien. Bei dem Vertrag von 1971 sei es den Beteiligten um die Regelung ihrer Vermögensbeziehungen im Rahmen der ehelichen Gemeinschaft gegangen. Seine Regelungen seien auf die weitere Dauer der Ehe und zugleich auf die Verwirklichung des Zugewinnausgleichs angelegt gewesen. Gegen eine Schenkung spreche auch, daß die Eheleute sich zugleich erbrechtlich bedacht hätten. Zwar habe das Vermögen des Erblassers dasjenige der Beklagten bei Abschluß des Vertrages von 1971 bei weitem überstiegen. Es sei aber nicht zu übersehen, daß die Beklagte damals bereits Alleineigentümerin eines Anwesens in Gr., G.-straße, und Miteigentümerin der Grundstücke D.-straße und Z.-straße gewesen sei. Auch die Regelungen des Ehevertrages von 1977 sprächen gegen eine Schenkung. Nunmehr hätten Versorgungsfragen für das Alter und das aus der zweiten Ehe hervorgegangene Kind im Vordergrund gestanden. Daß nicht unentgeltliche Zuwendungen, sondern die Fortsetzung der Lebensgemeinschaft gewollt gewesen seien, zeige zudem die gegenseitige Einräumung des Nießbrauchs.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht in allen Teilen rechtsfehlerfrei.

2. Unbegründet ist die Revision allerdings, soweit sie bereits in der Begründung der Gütergemeinschaft eine Schenkung erblickt, die zu Pflichtteilergänzungsansprüchen der Kläger führe (§ 2325 BGB).

Freilich trifft es zu, daß ein Ehegatte, der bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft — im Gegensatz zu dem anderen Gatten — kein oder nur geringfügiges eigenes Vermögen in das Gesamtgut einbringt, mit dem Abschluß des Ehevertrages eine unter Umständen beträchtliche objektive Bereicherung erfährt. § 7 Abs. 1 Nr. 4 des Erbschaftsteuergesetzes unterwirft diese sogar ausdrücklich der Schenkungsteuer. Gleichwohl handelt es sich in solchen Fällen im allgemeinen nicht um Schenkungen im Sinne von §§ 516, 2325, 2287 BGB. Dafür fehlt es an der hier vorausgesetzten schuldrechtlichen Einigung der Eheleute über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Der Rechtsgrund für die Bereicherung liegt vielmehr regelmäßig in dem (familienrechtlichen) Vertrag über die Errichtung der Gütergemeinschaft, mit dessen Hilfe die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse (neu) ordnen.

Andererseits ist seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. 11. 1915 (RGZ 87, 301) anerkannt, daß ausnahmsweise auch in der Begründung einer Gütergemeinschaft eine ergänzungs erhebliche Schenkung (des begüterten an den bereicherten Ehegatten) liegen kann, wenn beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind. Eine solche Annahme hat das Reichsgericht gebilligt in einem extrem gelagerten Sonderfall, in dem die Eheleute nach einem einheitlichen Plan ein Jahr vor dem Tode des begüterten Mannes zunächst allgemeine Gütergemeinschaft begründet und schon fünf Tage später Gütertrennung vereinbart hatten, um die Rechte eines minderjährigen Kindes des Mannes aus erster Ehe zu verkümmern. Diese Entscheidung hat allgemeine Zustimmung gefunden. Sie deckt sich weit-

gehend mit der Auffassung des Senats und bietet einen brauchbaren Anhalt zur Bewältigung von Fällen, in denen die Ehegatten entweder den beurkundeten Ehevertrag in Wahrheit nicht, sondern nur eine Schenkung wollen (so im Fall BGH, Urteil vom 10. 7. 1975 — II ZR 154/72 — [= MittBayNot 1975, 226 = DNotZ 1976, 113]) insoweit in BGHZ 65, 79 nicht abgedruckt, wohl aber in FamRZ 1975, 572, 574 unter III 2), oder in denen sie ihr Recht zum Abschluß von Eheverträgen (§ 1408) grob mißbrauchen.

Soweit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Einordnung einer Bereicherung des weniger begüterten Ehegatten bei der Begründung der Gütergemeinschaft als Schenkung allein darauf abgestellt worden ist, ob die Eheleute über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig waren oder nicht, erscheint das dem Senat allerdings nicht ausreichend. Zwar ist die Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung für die Annahme einer Schenkung unentbehrlich (§ 516 Abs. 1 BGB). Es darf aber nicht übersehen werden, daß auch bei einer ausschließlich durch die Ehe motivierten und völlig unbedenklichen Neuordnung des Güterstandes die dabei eintretende Bereicherung des weniger begüterten Teiles von den Eheleuten als unentgeltlich empfunden und gewollt sein kann. Die Bereicherung schon deshalb dem Recht der Schenkung zu unterwerfen und daran ferner die Rechtsfolgen der §§ 2325, 2329 BGB anzuknüpfen, ginge jedoch entschieden zu weit. Dabei bliebe unbeachtet, daß es Ehegatten jederzeit freisteht, ihre güterrechtlichen Verhältnisse für die Zukunft zu ändern und den bis dahin geltenden Güterstand durch einen anderen zu ersetzen. Diese für das Ehegüterrecht grundlegende Befugnis müssen sowohl die Gläubiger (vgl. dazu BGHZ 57, 123, 126) als auch die Pflichtteilsberechtigten als eine Folge der Eheschließungsfreiheit grundsätzlich hinnehmen. Das macht es erforderlich, für die Annahme einer Schenkung hier zusätzlich auch darauf abzustellen, ob festgestellt werden kann, daß die Geschäftsabsichten der Eheleute — soweit es sich um die Bereicherung des weniger begüterten Teiles handelt — nicht zwecks Verwirklichung der Ehe auf eine Ordnung der beiderseitigen Vermögen gerichtet waren (vgl. *Gernhuber*, Familienrecht 3. Aufl. § 32 I 6 S. 436). Nur dann ist Raum für die Annahme, die ehégüterrechtliche causa für die Bereicherung sei durch einen schuldrechtlichen Schenkungsvertrag verdrängt. In Betracht kommen kann eine derartige Annahme, wenn nach einem einheitlichen Plan zunächst Gütergemeinschaft und nach einiger — auch längerer — Zeit ein anderer Güterstand vereinbart wird (RGZ 87, 301), oder wenn es sich etwa um die nachträgliche Verschiebung wertvoller Gegenstände aus dem Vorbehaltsgut eines Ehegatten in das des anderen oder in das Gesamtgut oder um eine solche aus dem Gesamtgut in Vorbehaltsgut handelt (vgl. RG Recht 1908 Nr. 2550). Ein gewichtiges Anzeichen für die Verfolgung „ehéfremder Zwecke“ kann es aber auch sein, wenn Gütergemeinschaft kurz vor dem Tode eines Ehegatten vereinbart wird, oder wenn für die Auseinandersetzung dem zunächst weniger begüterten Teil eine höhere Quote eingeräumt wird, als § 1476 BGB vorsieht, oder auch wenn ein Ehevertrag nur deshalb geschlossen wird, um pflichtteilsberechtigten Angehörigen zu benachteiligen. In allen Fällen dieser Art bedarf es hierzu jedoch entsprechender Feststellungen des Tatrichters. Zu solchen Feststellungen hat sich der Tatrichter in der vorliegenden Sache unter eingehender Darlegung seines Rechtsstandpunktes jedoch außerstande gesehen; Rechtsfehler zum Nachteil der Kläger sind ihm insoweit nicht unterlaufen.

Danach kann die Revision, soweit sie wegen vermeintlicher Schenkung je eines Hälfteanteils an den Grundstücken G.straße und Sch.-straße/L.straße aufgrund des Ehevertrages von 1971 gestützt ist (1.476.365 DM + 349.376,07 = 1.825.741,07 DM), in Höhe von je $(\frac{2}{3})$ von 1.825.741,07 DM = 171.163,22 DM nebst Zinsen keinen Erfolg haben.

3. Erfolg hat die Revision dagegen, soweit die Kläger mit ihr die Zahlungsansprüche wegen des Ehevertrages von 1977 weiterverfolgen.

Die Kläger stützen sich hier darauf, daß die Beklagte aus dem Gesamtgut bei dessen Auseinandersetzung Grundstücke in Gr. und M.-S. zu Alleineigentum erhalten habe. Dabei soll es sich nach dem Klägervortrag um Werte in Höhe von 3.039.600 DM und 1.860.916 DM gehandelt haben. Dem steht auf der anderen Seite nur das Grundstück in Gar., Z.-straße, gegenüber, das der Erblasser aus dem Gesamtgut zu Alleineigentum erhalten hat und das die Parteien vor dem Tatrichter übereinstimmend mit 720.000 DM bewertet haben.

Bei einem derartigen Zahlenverhältnis durfte das Berufungsgericht nicht ohne nähere Prüfung davon ausgehen, daß die Beklagte bei der Auseinandersetzung nicht mehr erhalten hätte, als ihr nach § 1476 BGB zustand. Vielmehr bedurfte es einer Bewertung der Grundstücke, der daran eingeräumten Nießbrauchsrechte und der schuldrechtlichen Einschränkungen dieser Rechte. Erst aus der Differenz der Werte, die der Erblasser einerseits und die Beklagte andererseits erlangt haben, kann abgeleitet werden, ob und in welchem Umfang die Beklagte insoweit objektiv unentgeltlich bereichert ist. Dazu bedarf es ferner einer Prüfung, ob ein Vermögenszuwachs der Beklagten etwa unterhaltsrechtlich geschuldet war oder ob einem solchen eine konkrete Gegenleistung der Beklagten gegenüberstand.

Hat die Beklagte durch den Ehevertrag von 1977 vom Erblasser unentgeltlich Vermögenszuwachs erlangt, dann bedarf es weiter der Feststellung, ob der Erblasser und die Beklagte über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig waren. Da diese subjektive Voraussetzung insbesondere bei einer gemischten Schenkung jedoch nicht selten schwer nachzuweisen ist, tritt die höchstrichterliche Rechtsprechung verdeckten Schenkungen im Rahmen der §§ 2325 und 2287 BGB zum Schutz der berechtigten Interessen der betreffenden Pflichtteilsberechtigten und der Vertragspartner mit Hilfe einer tatsächlichen Vermutung entgegen (BGHZ 59, 132, 136; 82, 274, 281 und ständig). Diese greift ein, wenn Leistung und Gegenleistung in einem groben, auffälligen Mißverhältnis zueinander stehen. Ein derartiger Fall kann hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durchaus vorliegen. Denn im Zusammenhang mit dem Ehevertrag von 1977 ist nicht ohne weiteres auszuschließen, daß die Vermögenswerte, die die Eheleute im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung der genannten Grundstücke erlangt haben, zueinander in einem groben, auffälligen Mißverhältnis stehen.

5. WEG §§ 10 Abs. 1, 21 Abs. 1, 23 Abs. 1 (Zur Verzinsung rückständiger Wohnungseigentümerbeiträge)

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht befugt, durch Mehrheitsbeschluß auf rückständige Beiträge zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums unabhängig von Eintritt und Höhe eines Verzugschadens pauschal 10 % Zinsen zu erheben, es sei denn, sie wäre dazu durch Teilungserklärung oder Vereinbarung ermächtigt.

BGH, Urteil vom 11.7.1991 — V ZB 24/90 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Wohnungseigentümergeinschaft beschloß am 10.7.1986 mit Mehrheit u. a., daß später als am dritten Werktag des auf den Beschluß folgenden Monats eingehende Abrechnungsrückstände und Sonderumlagen von säumigen Wohnungseigentümern ohne Nachweis eines Schadens und später als am dritten Werktag jeden Monats eingehende Zahlungen auf das laufende Wohngeld ohne Nachweis eines konkreten Schadens mit 10 % jährlich zu Händen der Gemeinschaft zu verzinsen seien. Dagegen hat die Beteiligte zu 1 Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit der Begründung gestellt, daß in der Verpflichtung, pauschal 10 % Fälligkeitszinsen auf rückständige Kosten- und Lastenbeiträge zu entrichten, die unzulässige Einführung einer Gemeinschaftsstrafe liege.

Das Amtsgericht hat den Anfechtungsantrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin den Gemeinschaftsbeschluß u. a. insoweit für ungültig erklärt, als er die Einführung der Zinspflicht betrifft. Dazu hat das Landgericht ausgeführt, die Wohnungseigentümergeinschaft könne Ansprüche gegen einzelne Wohnungseigentümer auf pauschalierte Verzugszinsen nicht durch Mehrheitsbeschluß begründen, weil derartige Zahlungspflichten über die gesetzlichen Beiträge gem. § 16 Abs. 2 WEG hinausgingen.

Dem möchte das Kammergericht, welches über andere Streitpunkte durch Teilbeschluß entschieden hat, beitreten und insoweit die sofortige weitere Beschwerde des Beteiligten zu 3 zurückweisen. Daran sieht es sich durch die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 3.3.1988 — BReg 2 Z 104/87 = BayObLGZ 1988, 54 ff. und vom 16.5.1986 — 2 Z 68/85 = ZMR 1986, 297 f., WE 1987, 46 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist gem. §§ 43 ff. WEG i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG statthaft. (Wird ausgeführt.)

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach § 45 Abs. 1 WEG, § 22 Abs. 1, §§ 27, 29 FGG zulässig. Sie ist in dem noch rechtshängigen Umfang jedoch unbegründet.

Die angefochtene Regelung überschreitet die gesetzliche Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Der Mehrheitsbeschluß verletzt § 10 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 1 WEG und ist daher vom Beschwerdegericht zu Recht nach § 23 Abs. 4, § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG für ungültig erklärt worden.

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob die Einführung einer Verzinsungspflicht für Wohngeld- und Abrechnungsschulden, welche die gesetzlichen Verzugsfolgen erweitert, nur durch oder aufgrund Teilungserklärung oder Vereinbarung zulässig ist oder aber ob dafür stets ein Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümergeinschaft genügt. Einen Mehrheitsbeschluß halten für ausreichend: BayObLGZ 1988, 54; *Erman/Ganten*, BGB, 8. Aufl., Anh. § 10 WEG, Rdnr. 21; *Palandt/Bassenge*, BGB, 50. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 13; *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5, S. 62 p; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 1986, Rdnr. 720; *von Rechenberg*, WEZ 1987, 227; *Sauren*, DWE 1991, 57; anders hingegen: OLG Celle, DWE 1984, 90 = ZMR 1985, 103; AG Hamburg, DWE 1989, 76; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., § 10 Rdnr. 14 b, § 16 Rdnr. 24; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG 6. Aufl., § 23 Rdnr. 26; *Bub*, Wohnungseigentum von A—Z, 5. Aufl., S. 423; *Henkes/Niedenführ/Schulze*, WEG § 10 Rdnr. 25 und so auch der Vorlagebeschluß (DWE 1991, 29).

Der Senat folgt im Ergebnis der Auffassung des vorliegenden Gerichts. Dieses stützt sich auf § 16 Abs. 2 WEG. Ob diese nur die Verteilung der gemeinschaftlichen Lasten und Kosten regelnde Vorschrift einer Erhebung schadensunabhängiger Zinsen auf rückständige Beiträge entgegensteht, ist fraglich (vgl. dazu *Sauren*, a. a. O.), kann aber offenbleiben. Von Bedeutung ist auch nicht, ob die hier beschlossene Verpflichtung Verzugs- oder Fälligkeitszinsen betrifft, ob es

sich — wie bei der Gemeinschaftsstrafe entsprechend §§ 341, 340 Abs. 2 BGB — um einen gegenüber § 288 Abs. 1 BGB erweiterten Mindestschadensersatz oder um eine Pauschalierung der weitergehenden Schadensersatzpflicht aus § 288 Abs. 2, § 286 Abs. 1 BGB handelt mit der Folge, daß ein Anspruch der Wohnungseigentümer auf einen höheren konkreten Schaden nicht mehr in Betracht käme. Die vom Bayerischen Obersten Landesgericht (a. a. O.) zwischen Strafzins und Pauschalierungszins vorgenommene Differenzierung kann nicht Maßstab für die Beurteilung der Frage sein, ob nicht die eine, aber die andere Art der Verzinsung eine Regelung durch Mehrheitsbeschluß zuläßt.

2. Das Wohnungseigentumsgesetz unterscheidet zwischen Angelegenheiten, welche die Wohnungseigentümer durch Beschluß gem. § 23 Abs. 1 und 3, bei einem Versammlungsbeschluß mit Stimmenmehrheit (§ 25 Abs. 1 WEG), regeln können, und solchen Angelegenheiten, über die nur durch allseitige Vereinbarung befunden werden darf (vgl. BGHZ 95, 137, 139). Eine Vereinbarung verlangt § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG für eine vom dispositiven Gesetzesrecht abweichende Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses. Demgegenüber betreffen die gesetzlich vorgesehenen Beschlußangelegenheiten das der Gemeinschaftsgrundordnung nachrangige Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, namentlich die Ausgestaltung des ordnungsmäßigen Gebrauchs und die ordnungsmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und 3 WEG).

Aus der Beschlußzuständigkeit der Wohnungseigentümer in Verwaltungsangelegenheiten gem. § 21 Abs. 1 und 3 WEG läßt sich die Befugnis zur Einführung einer Verzinsungspflicht für Wohngeld- und Abrechnungsschulden nicht herleiten. Zwar sind die zur Verwaltung gehörenden Angelegenheiten in § 21 Abs. 5 WEG und in den diesbezüglichen weiteren Vorschriften nicht abschließend festgelegt; doch hat die Gemeinschaft nicht die Kompetenz, den Kreis der Verwaltungstätigkeit durch Mehrheitsbeschluß nach Belieben auszudehnen. Es genügt nicht, daß eine Verzinsungspflicht auf Zahlungsrückstände geeignet ist, Liquiditätsschwierigkeiten der Gemeinschaft zu vermeiden und die Durchsetzung von Verwaltungsbeschlüssen im Blick auf § 28 Abs. 5 WEG zu erleichtern. Denn die Zuordnung einer Maßnahme zur ordnungsmäßigen Verwaltung läßt sich nicht unter dem Gesichtspunkt bloßer Zweckdienlichkeit vornehmen. Wäre das so, dann könnte auch die vom Bayerischen Obersten Landesgericht (BayObLGZ 1985, 345 ff.) mit Recht nur im Wege einer Vereinbarung — oder durch die Teilungserklärung — als möglich angesehene Einführung eines Strafzinses für säumige Beitragsschuldner der Entscheidung durch Mehrheitsbeschluß überlassen werden. Vielmehr kommt es nicht nur auf den mit der Beschlußfassung verfolgten Zweck, sondern auch darauf an, ob die beschlossene Maßnahme einen Inhalt hat, der mit der Grundordnung des Gemeinschaftsverhältnisses vereinbar ist, oder ob er den danach zulässigen Rahmen der Verwaltung sprengt.

Das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer bestimmt sich nicht ausschließlich nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und nach den gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG ergänzend anwendbaren Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Bruchteilsgemeinschaft, also den §§ 741 ff., §§ 1008 ff. BGB. Nach der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches werden nämlich diese besonderen Vorschriften in Bezug auf das Gemeinschaftsverhältnis und auf die daraus hervorgehenden Ansprüche ihrerseits ergänzt durch die für Schuldverhältnisse allge-

mein geltenden Bestimmungen. Bei dieser rechtlichen Ausformung wird das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer jedoch immer geändert, wenn für Wohngeld- und Abrechnungsschulden eine nach Grund oder Höhe von den allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften abweichende Verzinsungspflicht begründet wird. Das gilt auch dann, wenn die hier beschlossene Zinspflicht von 10 % als bloße Pauschalierung eines über den gesetzlichen Mindestschaden von 4 % (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgehenden Verzugsschadens (§§ 288 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB) der Gemeinschaft anzusehen sein sollte. Zwar wäre dadurch für den Beitragsschuldner, abstrakt betrachtet, keine völlig neue Zahlungspflicht geschaffen; jedoch würde eine solche, unabhängig von der Schadenshöhe im Einzelfall geltende Pauschalierung den gesetzlichen Schadensersatzanspruch umgestalten. Die Pauschalierung bewirkt nicht nur eine Umkehr der Beweislast, was allein schon bedenklich wäre; es werden auch Voraussetzungen und Folgen der Ansprüche aus den §§ 284, 286, 291 BGB im Gemeinschaftsverhältnis geändert, indem an die Stelle begrenzter Verzinsungs- und unbegrenzter Schadensersatzpflicht die Pauschalleistung ohne Rücksicht auf Entstehung und Höhe eines Schadens tritt.

Soweit das Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLGZ 1988, 54, 59) auf Schwierigkeiten hinweist, die sich aus den Anforderungen des — früher für Wohnungseigentumsachen zuständigen — VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes (ZMR 1985, 103 = NJW 1985, 913, 914) an den Nachweis eines Verzugsschadens der Gemeinschaft bei Beitragsrückständen ergeben könnten, ist das allein eine Frage der Anwendung des § 286 BGB. Darauf braucht deshalb hier nicht eingegangen zu werden.

Zu entscheiden ist auch nicht darüber, ob der mit Mehrheit getroffene Beschluß der Wohnungseigentümer nichtig ist. Er ist jedenfalls nicht rechtmäßig, da er § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG verletzt. Diese Vorschrift und der daran anknüpfende § 10 Abs. 2 WEG betreffen dem Wortlaut nach zwar nur Abweichungen von Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes und von den ergänzend eingreifenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gemeinschaft, Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG erfordern jedoch dessen entsprechende Anwendung, wenn das Gemeinschaftsverhältnis in einem Bereich geändert werden soll, der durch die allgemein für Schuldverhältnisse maßgebenden gesetzlichen Vorschriften bestimmt wird, wie das hier der Fall ist.

Demgemäß ist eine vom konkreten Verzugsschaden unabhängige Erhebung von mehr als 4 % Zinsen auf rückständige Beiträge durch Mehrheitsbeschluß nicht möglich, es sei denn, dieser wäre aufgrund einer Ermächtigung durch Vereinbarung oder Teilungserklärung gedeckt. Das ist weder festgestellt noch dargetan. Einer Aufrechterhaltung des Beschlusses bis zur Höhe von 4 % bedarf es nicht, weil ihm insoweit in Anbetracht der gesetzlichen Regelung (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB) nur deklaratorische Bedeutung zukommt. Davon zu unterscheiden ist die sich hier nicht stellende Frage, ob im Umfang von 4 % Zinsen ein Schadensersatzanspruch gegen einen säumigen Beitragsschuldner gerichtlich geltend gemacht werden soll. Dazu wäre ein Mehrheitsbeschluß der Gemeinschaft ausreichend, aber auch erforderlich (vgl. Senatsbeschl. BGHZ 106, 222 ff.; 111, 148 ff.).

6. WEG § 5 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Satz 2 (Zur Sondereigentumsfähigkeit von Durchgangsräumen zu Gemeinschaftseigentum; Abgrenzung Vereinbarung — Beschluß i. S. d. § 10 WEG)

Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im Gemeinschaftseigentum stehenden Raum bilden, können dann im Sondereigentum stehen, wenn der Raum (hier: nicht ausgebauter Dachspeicher) seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient (Abgrenzung zu BayObLGZ 1986, 26 = MittBayNot 1986, 78).

(Leitsatz, Tatbestand und Gründe im Auszug)

BayObLG, Beschluß vom 8.5.1991 — BReg. 2 Z 33/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 28 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller, der Antragsgegner und die weitere Beteiligte zu 1 sind die Wohnungseigentümer einer aus vier Wohnungen und einer Garage bestehenden Anlage. Der im Gemeinschaftseigentum stehende Speicher ist nur durch die jetzt im Eigentum des Antragsgegners stehende Wohnung Nr. 3 zu erreichen.

Am 25. 6. 1969 unterzeichneten alle damaligen Wohnungseigentümer eine Erklärung, wonach die Hausverwaltung damit einverstanden ist, daß der Speicher von der seinerzeitigen Eigentümerin der Wohnung Nr. 3 ausgebaut wird. Eine notarielle Vereinbarung vom 25. 3. 1970 über eine entsprechende Änderung der Teilungserklärung, die im Grundbuch eingetragen werden sollte, wurde nicht rechtswirksam, weil ein Eigentümer die vorbehaltene nachträgliche Genehmigung verweigerte.

Die Antragsteller haben beantragt festzustellen, daß die durch die ursprüngliche Teilungserklärung samt Nachtrag ausgewiesenen Rechtsverhältnisse unverändert verbindlich sind, die Erklärung vom 25. 6. 1969 und die 1970 beurkundete Änderung der Teilungserklärung rechtlich unwirksam sind, sowie die seinerzeitige Eigentümerin der Wohnung Nr. 3 nicht über das Gemeinschaftseigentum am Speicher habe verfügen können.

Das Amtsgericht hat festgestellt, daß der Antragsgegner keine weitergehenden Rechte an dem Speicher habe. Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den festgestellten Ausspruch hat das Landgericht durch Beschluß zurückgewiesen.

Der Antragsgegner verfolgt mit der sofortigen weiteren Beschwerde seine Rechtsmittelansprüche weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel des Antragsgegners ist unbegründet (...)

Das Landgericht hat die feststellende Entscheidung des Amtsgerichts zu Recht aufrechterhalten.

(1) Bei den Anträgen der Antragsteller handelt es sich um Anträge gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG; sie haben die sich aus der Gemeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten des Antragsgegners in seiner Eigenschaft als Wohnungseigentümer zum Gegenstand. Insoweit liegt ein sog. echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor, so daß weitgehend die Vorschriften der Zivilprozeßordnung zur entsprechenden Anwendung kommen. Gleichwohl sind an den Antrag hinsichtlich seiner Bestimmtheit geringere Anforderungen zu stellen als im Zivilprozeß (vgl. § 253 ZPO). Die Anträge sind vom Gericht auszulegen; dabei ist es an die Anträge grundsätzlich nicht streng gebunden. Es hat vielmehr den Willen des Antragstellers zu erforschen und im übrigen ohne Bindung an den erklärten Antrag in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens eine sachgerechte Entscheidung zu treffen (BayObLG ZMR 1990, 65/66 m. w. N.) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze haben die Vorinstanzen das Verlangen der Antragsteller zutreffend ausgelegt und ihm durch die Feststellung, daß der Antragsgegner an

dem Speicher grundsätzlich keine weitergehenden Rechte als die übrigen Wohnungseigentümer habe, in sachgerechter Weise Rechnung getragen und den Streit der Beteiligten einer Lösung zugeführt.

(2) Der Speicher ist in der Teilungserklärung nicht als zu der Wohnung Nr. 3 gehörendes Sondereigentum ausgewiesen (§ 5 Abs. 1 WEG); er ist damit gemeinschaftliches Eigentum. Dem steht nicht entgegen, daß der Speicher nur durch die Wohnung Nr. 3 erreicht werden kann. Der Senat hat in einem vergleichbaren Fall (BayObLG Rpfleger 1989, 99/100 [= DNotZ 1989, 433]) in diesem Zusammenhang auf seine Entscheidung vom 6. 2. 1986 (BayObLGZ 1986, 26 [= DNotZ 1986, 494 = MittBayNot 1986, 78]) hingewiesen, in der ausgeführt ist, daß Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum bilden, nicht Sondereigentum sein können. Danach würde nicht die Eigenschaft des Speichers als gemeinschaftliches Eigentum in Frage stehen, sondern allenfalls die Sondereigentumsfähigkeit der Wohnung Nr. 3. Die der Entscheidung vom 6. 2. 1986 zugrunde liegenden Überlegungen können auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres übertragen werden. Bei einem nicht ausgebauten Speicher, an dem ein Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer i. S. des § 13 Abs. 2 WEG von der tatsächlichen Seite her nicht in Betracht kommt, spielt der Zugang keine maßgebende Rolle. Er muß allenfalls zur Durchführung von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen am Dach betreten werden. Für diesen Fall verpflichtet das Gesetz in § 14 Nr. 4 WEG denjenigen Wohnungseigentümer, durch dessen Wohnung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Raum erreicht werden kann, das Betreten und die Benutzung seines Sondereigentums zu gestatten. Der Gesetzgeber geht damit von der Möglichkeit aus, daß im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Teile des Gebäudes nur durch das Sondereigentum erreicht werden können. Sofern im Gemeinschaftseigentum stehende Teile des Gebäudes, insbesondere Räume, von ihrer Beschaffenheit her nicht zum ständigen Mitgebrauch bestimmt sind, gilt der in der Entscheidung vom 6. 2. 1986 aufgestellte Grundsatz nicht, daß Räume, die den einzigen Zugang zu einem solchen Raum bilden, zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum stehen müssen.

(3) Zu Recht ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Antragsgegner an dem Speicher am 25. 6. 1969 kein Sondernutzungsrecht dergestalt eingeräumt wurde, daß er sich darauf den Antragstellern gegenüber berufen kann. Gem. § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln und falls eine Vereinbarung nicht entgegensteht, einen der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechenden ordnungsmäßigen Gebrauch beschließen (§ 15 Abs. 2 WEG). Zur alleinigen Nutzung unter Ausschluß aller anderen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch können Teile des gemeinschaftlichen Eigentums einem Wohnungseigentümer aber nur durch eine Vereinbarung i. S. des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG und nicht durch Mehrheitsbeschluß überlassen werden (BayObLG NJW-RR 1990, 1104; OLG Karlsruhe WE 1991, 110). Allerdings wäre ein gleichwohl gefaßter Mehrheitsbeschluß, sofern er nicht für ungültig erklärt wird, wirksam (BayObLG a. a. O. unter Hinweis auf BGHZ 54, 65; a. A. OLG Karlsruhe a. a. O.).

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht die Erklärung vom 25. 6. 1969 als Vereinbarung der Wohnungseigentümer ausgelegt und nicht als Mehrheitsbeschluß. Da die Regelung nicht in einer Eigentümerversammlung getroffen wurde,

käme nur ein schriftlich gefaßter Eigentümerbeschluß i.S. des § 23 Abs.3 WEG in Betracht. Ob eine unter Mitwirkung aller Wohnungseigentümer im schriftlichen Verfahren getroffene Regelung als Eigentümerbeschluß auszulegen ist oder als Vereinbarung, beurteilt sich entscheidend nach dem Inhalt der Regelung; eine Vereinbarung ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn ein Mehrheitsbeschluß nicht möglich wäre (BayObLG NJW-RR 1990, 1102). Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Landgericht die Erklärung vom 25.6.1969 zutreffend als Vereinbarung ausgelegt. Dafür spricht schon die notarielle Vereinbarung vom 25.3.1970. Ihrer hätte es nicht bedurft, wenn die Regelung vom 25.6.1969 einen Eigentümerbeschluß darstellte. Er würde nämlich nach § 10 Abs.3 WEG auch ohne Grundbucheintragung gegenüber Sondernachfolgern wirken. Als Vereinbarung i.S. des § 10 Abs.1 Satz 2 WEG wirkt die Regelung vom 25.6.1969 gegen die Antragsteller als Sondernachfolger der damaligen Wohnungseigentümer nicht, weil sie nicht im Grundbuch eingetragen wurde (§ 10 Abs.2 WEG). Der Antragsgegner kann sich daher gegenüber den Antragstellern nicht auf die Vereinbarung vom Jahr 1969 berufen.

(4) Auch kann der Antragsgegner den Antragstellern nicht Verwirkung entgegenhalten. Der Senat hat entschieden, daß dann, wenn ein Anspruch, z. B. ein Unterlassungsanspruch wegen einer nicht zulässigen Nutzung von Gemeinschafts- oder Sondereigentum, gegen einen Wohnungseigentümer verwirkt ist, dies für und gegen einen Sondernachfolger wirkt (BayObLG WuM 1990, 453). Den ursprünglichen Wohnungseigentümern als Rechtsvorgängern der Antragsteller gegenüber konnte sich die Rechtsvorgängerin des Antragsgegners im Eigentum der Wohnung Nr.3 auf die Vereinbarung vom 25.6.1969 berufen, weil sie im Verhältnis dieser Wohnungseigentümer untereinander auch ohne Grundbucheintragung Wirkungen entfaltet. Für das bei einer Verwirkung maßgebende Zeitmoment kann daher nicht auf das Jahr 1969 abgestellt werden. Es braucht daher nicht entschieden zu werden, ob der Zeitraum ab 1969 den Einwand der Verwirkung rechtfertigen könnte, abgesehen davon, daß zum Zeitablauf auch noch andere Umstände hinzukommen müßten, die eine Berufung auf die bestehende Rechtslage als treuwidrig erscheinen lassen (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 719/720).

7. Bayer. Fischereigesetz Art. 9, 14; GBO § 3 Abs. 2 Buchst. a; AVO GBO §§ 7 ff. (*Erwerb und Nachweis eines selbständigen Fischereirechtes*)

1. Die Anlegung eines Grundbuchblatts (Fischereigrundbuchs) für ein selbständiges Fischereirecht richtet sich nach den §§ 7 ff. AVO GBO, nicht nach § 22 Abs.1 GBO. Antragsberechtigt nach Art.14 Abs.2 FischG ist nur, wer das Recht und seine Berechtigung nachweist oder wenigstens mit schlüssigem Vortrag wahrscheinlich macht. Im übrigen gilt der Amtsermittlungsgrundsatz.
2. Spätestens seit dem Inkrafttreten von Art. 14 des bayerischen Fischereigesetzes am 24.8.1908 und der Anlegung des Grundbuchs kann ein selbständiges Fischereirecht nur noch durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch rechtsgeschäftlich übertragen werden, sofern nicht auch für den Erwerber Buchungsfreiheit nach § 3 Abs.2 Buchst. a GBO besteht.

BayObLG, Beschluß vom 1.8.1991 — BReg. 2 Z 82/91 = BayObLGZ 1991 Nr.52 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte hat beantragt, für sie ein Fischereirecht in das Grundbuch einzutragen, das im Veränderungsnachweis Nr.19/1989 des Vermessungsamts als „Fischereirecht im S. . .bach . . .“ beschrieben ist.

Als Fischereiberechtigter ist im Veränderungsnachweis „nach Fischwasser-Messungsverzeichnis Nr.31/1909“ Herr A angegeben. Die Beteiligte gründet das von ihr in Anspruch genommene Recht auf alte Urkunden (notarielle Kaufverträge, Fischwasser-Messungsverzeichnisse, Grundsteuer-Kataster-Umschreibheft für A. Nach dem Fischwasser-Messungsverzeichnis Nr.31/1909 bestand ein Fischereirecht des A „im S. . .bach . . .“.

Nach einem notariellen Vertrag hatte A dieses Fischereirecht im Jahre 1886 als Teil eines umfangreicheren Rechts erworben.

Mit notariellem Vertrag vom Jahre 1914 übergaben A und seine mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau ihren Grundbesitz an ihren Sohn B, ferner „die im Grundbuche nicht eingetragenen Rechte“, bei denen u. a. das „Fischereirecht im S. . .bach“ wie im Messungsverzeichnis Nr.31/1909 beschrieben aufgeführt ist. Mit notariellem Vertrag vom Jahre 1956 übertrug B, der dabei zugleich für seine mit ihm in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau handelte, seinen ganzen Grundbesitz auf seinen Sohn C. In dem Vertrag heißt es u. a.:

Sollten sich derzeit weitere Flurstücke, gleich in welcher Gemarkung, im Eigentum der heutigen Übergeber befinden und diese vorstehend von den Übergebern nicht zu Eigentum zurückbehalten sein, so sollen diese etwa in dieser Urkunde nicht aufgeführten Flurstücke und auch Rechte ebenfalls an den heutigen Übernehmer mit übergeben sein.

Nach den Angaben in der Antragschrift starb C im Jahre 1969 und wurde von der Beteiligten, seiner Ehefrau, allein beerbt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung des Fischereirechts mit Zwischenverfügung beanstandet: Die Entstehung des Fischereirechts sei weder von den Eigentümern der Ufergrundstücke anerkannt noch nachgewiesen. Nach Ablauf der Frist hat es den Antrag zurückgewiesen. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel zurückgewiesen. Die Beteiligte hat gegen die Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: (. . .)
2. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Der Antrag der Beteiligten ist darauf gerichtet, für das von ihr in Anspruch genommene Fischereirecht ein Grundbuchblatt anzulegen. Sie nimmt für sich ein selbständiges, frei veräußerliches und vererbliches Fischereirecht i.S. von Art.1 Abs.1, Art.9 Abs.1 des Fischereigesetzes für Bayern — FischG — vom 15.8.1908 (BayRS 793-1-E) in Anspruch. Ein solches Fischereirecht ist der Regelfall des selbständigen, d. h. nicht nach Art.3 Satz 1 FischG dem Eigentümer des Gewässers zustehenden Fischereirechts (BayObLGZ 1931, 320/322; *Altnöder/Keiz* Fischereirecht in Bayern Art.9 Rdnr.2); die anderen Formen des selbständigen Fischereirechts (Art.10 FischG) scheiden hier aus. Für die selbständigen Fischereirechte gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften (Art.9 Abs.1 FischG, der durch die Vorbehalte in Art.1 Abs.2 (früher Art.3), Art.69 und Art.196 EGBGB gedeckt ist); die für den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück geltenden Vorschriften finden auf die selbständigen Fischereirechte entsprechende Anwendung (Art.9 Abs.2 FischG). Ein eigenes Grundbuchblatt erhält das selbständige Fischereirecht nur auf Antrag; von Amts wegen nur dann, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll (Art.14 Abs.2 FischG). Der Anlegung eines eigenen Grundbuchblatts, des sog. Fischereigrundbuchs (§ 6 Abs.1 Satz 1 Buchst. a der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und Fischereirechten

vom 7. 10. 1982, BayRS 315-1-J) steht die Buchung unter einer besonderen Nummer auf dem Blatt, auf dem bereits Grundstücke des Fischereiberechtigten gebucht sind, gleich (§ 4 Abs. 1 GBO; JMBek über die Eintragung der Fischereirechte in das Grundbuch vom 15. 3. 1909 — BayBS VJu III, 3 — § 26 Abs. 3, aufgehoben durch die obengenannte Verordnung vom 7. 10. 1982; BayObLGZ 1990, 226/229 [= MittBayNot 1990, 309] m. w. N.). Die Eintragung des Fischereirechts als Belastung des Gewässergrundstücks (vgl. § 14 Abs. 5 Satz 2 FischG; § 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b der Verordnung vom 7. 10. 1982; BayObLGZ a. a. O.) ist hier nicht beantragt.

b) Die Beteiligte ist nicht berechtigt, den Antrag gemäß § 14 Abs. 2 FischG zu stellen, weil sie ihr Recht nicht schlüssig dargelegt hat.

Das Grundbuchamt behandelt das Eintragungsbegehren als Berichtigungsantrag nach § 22 Abs. 1 GBO und hält den Nachweis für die Entstehung und damit für den Bestand des Fischereirechts nicht als erbracht. § 22 Abs. 1 GBO ist aber für die Anlegung eines Grundbuchblatts für ein Grundstück oder ein selbständiges Fischereirecht, die sog. Einbuchung des Rechts, nicht einschlägig. Das folgt schon aus § 14 Abs. 4 FischG, der den § 22 Abs. 2 GBO für entsprechend anwendbar erklärt; die Verweisung ergäbe keinen Sinn, wenn § 22 GBO auf die Anlegung eines Grundbuchblatts ohnehin anzuwenden wäre. Das Verfahren bei der Eintragung eines Fischereirechts in das Grundbuch richtete sich vielmehr früher nach den §§ 10 bis 31 der Bekanntmachung vom 15. 3. 1909; seit deren Aufhebung mit Wirkung vom 1. 11. 1982 durch § 10 Abs. 2 Nr. 2 der Verordnung vom 7. 10. 1982, die keine besonderen Vorschriften dazu mehr enthält, sind dafür gemäß § 9 Abs. 1 FischG die §§ 8 bis 15 der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 8. 8. 1935 (AVO GBO) maßgebend (*Sprau* Art. 40 AGGVG ‚Anhang‘ Rdnr. 44; ebenso aufgrund des inhaltlich mit Art. 9 Abs. 1 FischG übereinstimmenden § 6 Abs. 3 des Fischereigesetzes für Baden-Württemberg, GVBl 1979 S. 466, OLG Stuttgart Die Justiz 1984, 204 und BWNNotZ 1985, 170/171; *Schmid* BWNNotZ 1986, 117/124; *Böhringer* BWNNotZ 1986, 126 f.). Die Ermittlungen zur Feststellung eines selbständigen Fischereirechts und des Berechtigten sind, auch wenn sie einen Antrag nach § 14 Abs. 2 FischG voraussetzen, von Amts wegen durchzuführen; auch die geeigneten Beweise sind von Amts wegen zu erheben (§ 9 AVO GBO); die Beschränkung auf urkundliche Nachweise wie sonst im Eintragungsverfahren besteht nicht (s. auch §§ 10 ff. AVO GBO).

c) Das Verfahren zur Anlegung eines Grundbuchblatts für ein buchungsfreies Grundstück (§ 3 Abs. 2 Buchst. a GBO; §§ 7 ff. AVO GBO) setzt einen ordnungsmäßigen Antrag voraus. Fehlt die Antragsberechtigung, so muß der Antrag zurückgewiesen werden (BayObLGZ 1965, 400 ff.; 1989, 270/272). Für die Einbuchung eines selbständigen Fischereirechts, die gleichfalls nur auf Antrag vorgenommen wird und sich nach denselben Vorschriften richtet, kann nichts anderes gelten. Die Antragsberechtigung setzt nicht voraus, daß der Antragsteller das Recht und seine Inhaberschaft daran nachweist. Er muß aber Tatsachen vortragen, die seine Berechtigung zumindest wahrscheinlich machen (BayObLGZ, jeweils a. a. O.; *KEHE/Eickmann* GBR 3. Aufl. § 3 Rdnr. 8). Dies hat die Beteiligte nicht getan.

(1) Es kann auf sich beruhen, ob der Nachweis für ein selbständiges Fischereirecht, wie es in dem Veränderungsnachweis Nr. 19/1989 beschrieben ist, als erbracht anzusehen ist. Durch öffentliche Urkunden wie Auszüge aus dem Fisch-

wasser-Steuer-Kataster (Messungsverzeichnisse), das Grundsteuer-Kataster-Umschreibheft und den Anhang zum (früheren) Sachregister des Grundbuchs (vgl. dazu §§ 179 ff., insbesondere § 195 Abs. 1 der Dienstanweisung für die Grundbuchämter vom 27. 2. 1905) kann der Bestand eines solchen Rechts durchaus bewiesen werden (vgl. z. B. § 22 der Bekanntmachung vom 15. 3. 1909; BayObLGZ 1958, 119/127 f.; für den Nachweis eines altrechtlichen Waldweiderechts durch das Forstrechtskataster BayObLGZ 1989, 203 ff.). Vom Nachweis der (rechtsgeschäftlichen) Begründung des Fischereirechts durfte das Grundbuchamt die Anlegung des Grundbuchblatts nicht abhängig machen; denn altrechtliche Fischereirechte können auf sehr verschiedenen Rechtstiteln beruhen (vgl. BayObLGZ 1966, 129/134 f.); ein urkundlicher Nachweis für die Entstehung wird in vielen Fällen nicht mehr zu führen sein. Es kämen aber zum Nachweis für den Bestand des Fischereirechts weitere Ermittlungen in Frage, vor allem die Anhörung der Eigentümer der Ufergrundstücke (vgl. §§ 16 ff. der Bekanntmachung vom 15. 3. 1909).

(2) Auch wenn unterstellt wird, daß A im Jahre 1909 das von der Beteiligten in Anspruch genommene Fischereirecht zugestanden hat, kann das Recht durch die Übergabeverträge von 1914 und 1956 nicht auf den Ehemann der Beteiligten und somit auch nicht im Weg der Erbfolge von ihm auf die Beteiligte selbst übergegangen sein.

Nach Art. 9 Abs. 1 und 2 FischG finden die für den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück geltenden Vorschriften auf die selbständigen Fischereirechte entsprechende Anwendung. Das Eigentum an Grundstücken wird gemäß §§ 873, 925 BGB durch Einigung (Auflassung) zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber und Eintragung in das Grundbuch übertragen. Daraus folgt, daß seit dem Inkrafttreten des Fischereigesetzes und der Anlegung des Grundbuchs ein selbständiges Fischereirecht nur noch durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (Fischereigrundbuch) übertragen werden konnte (vgl. § 6 Abs. 2 der Bekanntmachung vom 15. 3. 1909; BayObLGZ 1933, 26/29 f.; OLG Stuttgart Die Justiz 1983, 14; *Altnöder/Keiz* Art. 9 Rdnr. 11 und Art. 14 Rdnr. 8; *von Malsen-Waldkirch/Hofer* Fischereirecht [1910] Art. 9 Anm. 2 b und Art. 13 Anm. c; *Bleyer* Fischereigesetz [1912] Art. 9 Rdnr. 3; *Sprau* Art. 40 AGGVG [Anhang] Rdnr. 49; zum vergleichbaren Fall der Übertragung eines grundstücksgleichen Nutzungsrechts [Kellerrechts] BayObLGZ 1991, 178 [= MittBayNot 1991, 256; nur Leitsatz]). Art. 14 Abs. 2 FischG bestimmt deshalb auch, daß ein selbständiges Fischereirecht von Amts wegen ein Grundbuchblatt erhält, wenn das Recht veräußert oder belastet werden soll.

Das Fischereigesetz ist am 1. 4. 1909 in Kraft getreten, sein Art. 14 schon mit der Verkündung des Gesetzes am 24. 8. 1908 (Art. 113); zuvor schon hatte Art. 17 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes zur Grundbuchordnung und zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 9. 6. 1899 (BayBS III S. 127) eine mit Art. 14 Abs. 2 FischG übereinstimmende Bestimmung getroffen. Das Grundbuch ist im Bezirk des früheren Oberlandesgerichts Augsburg, in dem sich das Gewässer befindet, am 1. 5. 1909 als angelegt anzusehen (JMBek. vom 1. 4. 1909 JMBI. S. 161). Durch die notariellen Verträge von 1914 und 1956 allein konnte somit das Fischereirecht nicht mehr übertragen werden. Eine Eintragung in das Grundbuch (Anlegung eines Grundbuchblatts) hat aber unstreitig nicht stattgefunden. Weder B noch der Ehemann der Beteiligten können das Fischereirecht durch rechtsgeschäftliche Übertragung er-

worben haben. Der Ausnahmefall, daß Buchungsfreiheit nach § 3 Abs. 2 Buchst. a GBO auch noch nach der Übertragung des Rechts besteht und somit zur Übertragung die Einigung genügt (Art. 127 EGBGB; Art. 83 AGBGB vom 9. 6. 1899 [BayBS III S. 89], Art. 55 AGBGB vom 20. 9. 1982 [BayBS 400-1-J] in Verb. mit Art. 9 Abs. 1 FischG; *Sprau* Art. 40 AGGVG [Anhang] Rdnr. 49), ist nicht gegeben.

(3) Die Beteiligte hat somit ihre Antragsberechtigung nicht wahrscheinlich gemacht; sie hat sie nicht einmal schlüssig vorgetragen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligte im Wege der mehrfachen Erbfolge einen Anteil an dem Fischereirecht erworben hat; hinreichend wahrscheinlich ist dies aber nicht, zumal in der von der Antragstellerin vorgelegten Kopie des Sachregisters andere Berechtigte eines anscheinend mit dem hier geltend gemachten Recht identischen Fischereirechts vermerkt sind.

8. WEG § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 (*Nummernmäßige Zuordnung von Keller- zu Wohnräumen*)

Wohnungseigentum kann nicht im Grundbuch eingetragen werden, wenn zum Sondereigentum an Wohnungen Kellerräume gehören und diese im Aufteilungsplan nicht mit den gleichen Nummern bezeichnet sind wie die Wohnräume. Dies gilt auch dann, wenn die ursprüngliche Teilungserklärung vor Vollzug im Grundbuch geändert wird.

BayObLG, Beschluß vom 1. 8. 1991 — BReg. 2 Z 100/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

9. WEG § 12 (*Inhalt der Veräußerungszustimmung bei Wohnungseigentum*)

Ist die zur Veräußerung von Wohnungseigentum erforderliche Zustimmung zu einem bestimmten Veräußerungsvertrag erteilt, kann die Auslegung ergeben, daß damit nur der Veräußerung durch diesen Vertrag zugestimmt wird, nicht aber auch der Veräußerung an denselben Erwerber in einem nach der Zustimmung zu veränderten Bedingungen neu abgeschlossenen Vertrag.

BayObLG, Beschluß vom 12. 8. 1991 — BReg. 2 Z 107/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

10. ZPO §§ 322, 325 (*Bindung des Grundbuchamtes an rechtskräftiges Feststellungsurteil*)

Besteht Streit zwischen zwei Beteiligten darüber, wem von ihnen ein selbständiges Fischereirecht zusteht, ist ein zwischen diesen Beteiligten hierzu ergangenes rechtskräftiges Feststellungsurteil für das Grundbuch bindend.

BayObLG, Beschluß vom 12. 9. 1991 — BReg. 2 Z 116/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 61 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Bei den Beteiligten zu 1 a und 1 b handelt es sich um in Gütergemeinschaft lebende Eheleute; die Beteiligten zu 2 a und 2 b sind ebenfalls ein Ehepaar. Zwischen den Beteiligten besteht Streit darüber, wer Berechtigter eines Fischereirechts ist.

Im Jahr 1967 klagten die Beteiligten zu 2 gegen die Eltern des Beteiligten zu 1 a auf Feststellung, daß ihnen das Fischereirecht zustehe, ferner auf Einwilligung in die Löschung zu ihren Gunsten, soweit die Eltern des Beteiligten zu 1 a in öffentlichen Büchern und Registern

als Berechtigte eingetragen sind. Die Klage wurde durch rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 27. 1. 1970 mit der Begründung abgewiesen, den Beteiligten zu 2 stehe das Fischereirecht nicht zu.

Die Mutter des Beteiligten zu 1 a beerbte dessen Vater allein; durch Übergabevertrag vom 4. 7. 1979 übertrug sie u. a. das streitige Fischereirecht auf den Beteiligten zu 1 a, der durch Ehevertrag vom selben Tag mit der Beteiligten zu 1 b Gütergemeinschaft vereinbarte.

Am 4. 1. 1991 hat das Grundbuchamt für das Fischereirecht ein Grundbuchblatt angelegt und die Beteiligten zu 1 als Berechtigte eingetragen. Die auf die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen diese Eintragung gerichtete Beschwerde hat das Landgericht durch Beschluß verworfen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Gegen die Ablehnung, einen Amtswiderspruch einzutragen, sei nur derjenige beschwerdeberechtigt, dem ein Berichtigungsanspruch zustehe. Danach seien die Beteiligten zu 2 nicht beschwerdeberechtigt. Einem Berichtigungsanspruch stehe die Rechtskraft des Urteils vom 27. 1. 1970 entgegen. Aufgrund dieser Entscheidung, an die das Beschwerdegericht gebunden sei, stehe fest, daß den Beteiligten zu 2 das Fischereirecht nicht zustehe.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gegen die Anlegung eines Grundbuchblatts ist eine Beschwerde nicht statthaft; jedoch kann im Weg der Beschwerde verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, einen Amtswiderspruch einzutragen (§ 16 AVO GBO). Beschwerdeberechtigt ist nur, wer bei unterstellter Unrichtigkeit der Eintragung nach § 894 BGB einen Berichtigungsanspruch hätte, zu dessen Gunsten also der Amtswiderspruch eingetragen werden müßte. Der Berichtigungsanspruch steht nur dem zu, der durch die unterstellte Grundbuchunrichtigkeit unmittelbar beeinträchtigt ist. Das ist derjenige, der schlüssig vorträgt, der wahre Inhaber des Rechts zu sein, von dem behauptet wird, daß es nicht richtig eingetragen sei (BayObLGZ 1987, 231/235 f. [= DNotZ 1988, 157 = MittBayNot 1987, 250]; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 53 Anm. 12a, b und § 71 Anm. 20 b aa, jeweils m. w. N.)

b) Das Landgericht hat entsprechend diesen Rechtsgrundsätzen zutreffend eine Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 2 verneint, weil ihnen ein Berichtigungsanspruch nicht zusteht. Dabei hat das Landgericht diese Frage nicht selbst geprüft und entschieden, sondern insoweit das rechtskräftige Feststellungsurteil des Oberlandesgerichts vom 27. 1. 1970 seiner Entscheidung zugrundegelegt. Auch dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

(1) Inwieweit Feststellungsurteile die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit binden, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet (s. hierzu die Zusammenstellung in BayObLGZ 1987, 325/329 f.). In Grundbuchsachen wurden klageabweisende Feststellungsurteile bei Identität der Beteiligten als bindend angesehen (BayObLGZ 19, 303/305; OLG Zweibrücken OLGZ 1984, 385/386).

Der Senat sieht ein rechtskräftiges Feststellungsurteil jedenfalls dann im Grundbuchverfahren als bindend an, wenn der Streit darum geht, wem ein frei übertragbares Recht zusteht, die Rechtskraft sich auf dieses Recht erstreckt und gegenüber allen am Grundbuchverfahren Betei-

ligten wirkt. Dies folgt aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft (§ 322 ZPO; *Bärmann*, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht S. 108) und der Zuständigkeit der streitigen Gerichtsbarkeit zur verbindlichen Feststellung der materiellen Rechtslage (vgl. OLG Zweibrücken OLGZ 1984, 385/386); auch über einen Berichtigungsanspruch gem. § 894 BGB, der Grundlage für eine Grundbucheintragung sein kann (vgl. § 894 ZPO; BayObLGZ 1983, 181/184) und damit über die Richtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 22 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO, hat abschließend das Prozeßgericht zu entscheiden.

Das Grundbuch ist dazu bestimmt, über die privatrechtlichen, nicht aber auch über die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse Auskunft zu geben (vgl. BayObLG BayVBl 1990, 26). Ein öffentliches Interesse besteht nur an der Übereinstimmung des Grundbuchs mit der wahren Rechtslage. Bei einem frei übertragbaren Recht liegt es allein in der Hand der Beteiligten zu bestimmen, wer Rechtsinhaber sein soll; das öffentliche Interesse an der Richtigkeit des Grundbuchs wird daher nicht gefährdet, wenn rechtskräftige Feststellungsurteile für das Grundbuchamt als verbindlich angesehen werden. Bei einem Fischereirecht handelt es sich um ein solches frei veräußerliches Recht (vgl. Art. 9 Abs. 2 Fischereigesetz für Bayern vom 15. 8. 1908, BayRS 793-1-E).

(2) Das rechtskräftige Feststellungsurteil vom 27. 1. 1970 verneint eine Berechtigung der Beteiligten zu 2 hinsichtlich des streitigen Fischereirechts und damit einen Berichtigungsanspruch gegenüber den Beteiligten zu 1. Die materielle Rechtskraft (vgl. § 322 Abs. 1 ZPO) wirkt für und gegen die Beteiligten des Grundbuchverfahrens. Die Beteiligten zu 1 sind im Sinn des § 325 Abs. 1 ZPO die Rechtsnachfolger der Eltern des Beteiligten zu 1 a, die Partei des durch Urteil vom 27. 1. 1970 abgeschlossenen Rechtsstreits waren. Die Rechtskraft des Urteils wirkt damit auch ihnen gegenüber.

3. Die vom Landgericht zu Recht verneinte Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 2 verbietet eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Grundbuchamt zu Recht die Beteiligten zu 1 auch aufgrund von Übertragungen des Fischereirechts nach Anlegung des Grundbuchs allein durch Auflassung ohne Grundbucheintragung als Berechtigte des Fischereirechts angesehen hat (vgl. hierzu BayObLGZ 1991 Nr. 52 [= MittBayNot 1992, 132]). Weil aufgrund des bindenden Zivilurteils feststeht, daß jedenfalls die Beteiligten zu 2 nicht Berechtigte des Fischereirechts sind, könnten sie in diesem Zusammenhang ohnehin keine Rechte für sich ableiten.

11. MaBV § 3 Abs. 1 Satz 3 (*Fälligkeitsregelung im Bauträgervertrag bei Vorbehalt des Wahlrechtes gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV*)

Soll die Fälligkeit des Kaufpreises in einem Bauträgervertrag aufgrund einer Freistellungsverpflichtung des Globalgläubigers eintreten, in welcher sich dieser gem. § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV vorbehält, im Falle der Nichtvollendung des Bauvorhabens die vertragsgemäß erbrachten Anzahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzuzahlen, muß dies in der Formulierung der Fälligkeitsregelung deutlich zum Ausdruck kommen. Die Klausel „Sicherung der Lastenfreistellung gemäß den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung“ genügt nicht.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Urteil v. 28. 5. 1990 — 18 U 268/89 —

Aus dem Tatbestand:

Der bekl. Notar beurkundete im November 1985 und im Januar 1986 jeweils Kaufverträge. Mit den beiden Verträgen erwarb die Kl. jeweils eine Eigentumswohnung nebst zugehöriger Garage im Haus L.-Straße 1 in N. zum Kaufpreis von 312.500,— DM und 332.500,— DM. Die erworbenen Objekte waren Teil einer größeren Baumaßnahme, die in Bauträgerschaft errichtet wurde. Bauträger war der Veräußerer der ersten Wohnung, Herr H., welcher der Sparkasse S. eine Global-sicherheit in Form einer Grundschuld in Höhe von 1,2 Mio. DM, mit 20% verzinst, zwecks Errichtung der Baumaßnahme gewährt hatte.

Nach dem Text der beiden Verträge war der Kaufpreis jeweils in Raten zu zahlen, und zwar nach Beginn der Erdarbeiten 30%, nach Rohbau-fertigstellung 28%, nach Fertigstellung der Rohinstallation einschließlich Innenputz mit Ausnahme der Beiputzarbeiten 17,5%, nach Fertigstellung der Schreiner- und Glaserarbeiten mit Ausnahme des Einsatzes der Türblätter 10,5%, nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe 10,5% und nach vollständiger Fertigstellung 3,5%. Hierzu war vereinbart, daß der Veräußerer dem Erwerber schriftlich den jeweiligen Bautenstand mitteilen sollte und ihn zur Zahlung der jeweiligen Kaufpreistraten auffordern sollte. Zur Fälligkeit des Kaufpreises heißt es in beiden Verträgen unter II 2:

„Fälligkeit des Kaufpreises:

Der Kaufpreis ist entsprechend den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung fällig, wenn

... die Freistellung des Kaufgegenstandes von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte, ...

Der Notar wird das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen mit Ausnahme der Erteilung der Baugenehmigung und des Beginns der Erdarbeiten schriftlich mitteilen.

Der Kaufpreis sollte — nach Weisung des Notars — auf die von dem Notar angegebenen Konten gezahlt werden. Die Verträge enthalten weiter eine Unterwerfungserklärung zum Zwecke sofortiger Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.

Die Sparkasse S. gab im März 1986 bezüglich beider Objekte jeweils eine Freistellungserklärung ab. Sie verpflichtete sich zur Entlassung des jeweiligen Objektes aus der Pfandhaft unter einzelnen genau genannten Bedingungen. Es heißt in den einzelnen Freigabeerklärungen jeweils unter II 4:

„Das Bauvorhaben muß endgültig fertiggestellt sein.“

Unter III heißt es weiter:

„Der Käufer haftet mit dem von ihm erworbenen Kaufobjekt nur mit dem Teilbetrag aus der Grundschuld in Höhe seines Kaufpreises, wobei sich die Haftung um die fälligen und auf das Konto des Bauträgers bei der Sparkasse gezahlten Kaufpreisteile vermindert.“

Unter IV heißt es weiter:

„Sollte das Bauvorhaben aus Gründen, die der Käufer nicht zu vertreten hat, nicht vertragsgemäß vollendet werden, ist die Sparkasse nach eigenem Ermessen berechtigt, wahlweise entweder gemäß nachfolgenden Buchstaben A oder B zu verfahren:

A.

Die auf dem vorbezeichneten Konto vorbehaltslos eingegangenen Kaufpreistraten werden zinslos bis zum anteiligen Bau- und Bodenwert des Kaufobjektes an den Einzahler zurückgezahlt, und zwar Zug um Zug gegen Hereingabe der ordnungsgemäßen Löschungsunterlagen für ...

B.

Die Sparkasse wird das Kaufobjekt aus der Pfandhaft für die Grundschuld freigeben.

Sollte sich die Sparkasse zur Freigabe des Kaufobjektes entschließen, ist der Käufer verpflichtet, die bis dahin fällig gewordenen Kaufpreistraten gem. Kaufvertrag einschließlich eventueller durch verspätete Zahlungen angefallener Verzugszinsen unverzüglich auf das Konto Nr. ... einzuzahlen.“

Mit Schreiben vom 9. 4. 1986 teilte der Bekl. der Kl. folgendes mit:

„... übersende ich Ihnen je eine Abschrift der Freistellungserklärungen der Sparkasse N. zur gefälligen Kenntnisnahme. Die auf-

grund der Kaufverträge vom Notar mitzuteilenden Fälligkeitsvoraussetzungen liegen vor. Der Kaufpreis ist gem. der Makler- und Bauträgerverordnung fällig und zahlbar. Die Fälligkeit der einzelnen Kaufpreistraten wird Ihnen durch den Veräußerer mitgeteilt. . . Zahlungen auf das Sparkonto . . . bei der Sparkasse S. . . aufgrund der erfolgten Kaufpreisabtretung . . .“

Das per Einschreiben/Rückschein an die Kl. gerichtete Schreiben wurde bei der Post nicht abgeholt. Es wurde laut eines Vermerks des Bekl. erneut per Einschreiben mit Rückschein versandt, ebenfalls wieder nicht abgeholt. Der Vermerk enthält weiter den Hinweis auf ein Telefonat, in dem der Bekl. der Kl. mitteilte, daß die Fälligkeit des Kaufpreises bereits eingetreten sei. Die entsprechenden Unterlagen ließ der Bekl. dann durch einen Rechtsanwalt an den Rechtsanwalt der Kl. senden.

Aufgrund der Mitteilung des Bekl. über die Fälligkeitsvoraussetzungen veranlaßte die Kl. die Finanzierungsbanken, Beträge in Höhe von 161.700,— DM bzw. 100.485,— DM jeweils auf das vom Bekl. für die Zahlung angegebene Konto bei der Sparkasse S. auszusahlen.

Zu dieser Zeit waren die Wohnungen noch nicht bezugsfertig. Es standen noch Arbeiten aus. Die Kl. beauftragte ihrerseits Handwerker mit der Fertigstellung der Wohnungen, einen Schreinermeister, Malermeister, eine Installationsfirma, einen Elektriker, Steinmetz etc., und ließ eine Einbauküche einrichten. Die Kl. erbrachte keine weiteren Zahlungen. Die Kaufobjekte wurden von der Sparkasse S. nicht weiter mit Zahlungen bedient. Die Sparkasse leitete aus der Globalgrundschuld die Zwangsversteigerung der beiden Wohnungen ein. Sie zahlte an die empfangsberechtigten Handwerker nicht weiter. Nach Fertigstellung der Wohnungen zog die Kl. kurzfristig ein; die Wohnungen wurden aber aufgrund gerichtlich erwirkter Titel geräumt.

Die Kl. nimmt den Bekl. auf Schadenersatz wegen Verletzung der ihm als Notar obliegenden Amtspflichten in Anspruch. Sie hat als Schadenspositionen u. a. die an die Finanzierungsbanken bis zur Rückzahlung der Darlehen fällig gewordenen Zinsen und die Kosten der beauftragten Handwerker geltend gemacht. Die Höhe des Schadens beläuft sich nach Angaben der Kl. auf etwa 228.000,— DM.

Die Kl. hat vorgetragen, der Bekl. habe zu Unrecht die Fälligkeitsmitteilung gemacht. Die Freistellungserklärung der Sparkasse S. habe nicht den in den Notarverträgen vorgesehenen Inhalt. Dort sei die Fälligkeit von der Freistellung des Kaufgegenstandes von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen, abhängig gemacht worden. Die „Freistellungserklärung“ der Sparkasse S. sei keine solche, vielmehr lediglich eine Anündigung, eine Haftentlassung unter weiteren Bedingungen und Voraussetzungen demnächst zu erklären. Die Sparkasse habe sich insbesondere vorbehalten, die Haftentlassung nicht auszusprechen, wenn das Bauvorhaben nicht endgültig fertiggestellt werde.

Die Kl. hat weiter behauptet, Bautenstandsmitteilungen nicht erhalten zu haben. Als Schaden hat sie die oben näher bezeichneten Zinsaufwendungen ihrer Finanzierungsbanken für die Bereitstellung der Gelder bis zur Rückführung geltend gemacht und die Kosten der von ihr beauftragten Handwerker und sonstigen Bauleute, Kosten der Einbauküche, Notarkosten, Kosten des beauftragten Innenarchitekten etc. sowie Umzugskosten geltend gemacht. Sie hat behauptet, dieser eigene Aufwand sei wegen „steckengebliebener Arbeiten“ nötig gewesen. Sie hat auch geltend gemacht, sich anderweitig nicht schadlos halten zu können, darüber hinaus eingewendet, eine Berufung auf die Subsidiarität der Notarhaftung sei nicht möglich, da ein Amtsgeschäft nach § 24 BNotO vorliege. Die Kl. hat vollständigen Ursachenzusammenhang mit der fehlerhaften Fälligkeitsmitteilung des Bekl. behauptet und vorgetragen, sämtliche Aufwendungen und Investitionen seien nicht verloren, wenn der Bekl. die Freistellungserklärung der Sparkasse mit einem im Verträge festgesetzten Inhalt weitergegeben hätte. Die Sparkasse hätte dann die Zwangsversteigerung nicht betreiben können. Durch den entsprechenden Fehler des Bekl. habe die Sparkasse ein Wahlrecht erhalten und somit die Möglichkeit gehabt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Der Bekl. hat geltend gemacht, die Kl. habe sich den Schaden selbst zuzuschreiben. Sie habe fällige Raten nur teilweise und verspätet gezahlt, habe das Fälligkeitsschreiben nicht abgeholt; es hätten nur noch geringe Restarbeiten ausstanden. Die Kl. habe zudem durch Beauftragung eigener Handwerker entgegen dem Inhalt der Notarverträge in das Baugeschehen eingegriffen. Die Sparkasse S. habe alles versucht, die Kaufverträge zur Durchführung zu bringen und der Kl. Eigentum zu verschaffen, die Kl. ihrerseits habe dies durch überzogene Kaufpreiskürzungen verhindert. Die Freistellungserklärungen hätten im übrigen dem Inhalt des Vertrages sowie der Makler- und Bauträgerverordnung entsprochen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Berufung der Kl.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hatte teilweise Erfolg. Sie führt zur teilweisen Abänderung des angefochtenen Urteils.

I. Der Kl. steht gegen den Bekl. ein Schadensersatz zu, weil er mit der Übersendung der Fälligkeitsmitteilung, der er Abschriften der beiden Freistellungserklärungen der Sparkasse S. zur Kenntnisnahme beigefügt hatte, eine der Kl. gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt hat (§ 19 Abs. 1 S. 1 BNotO).

1. Der Bekl. hatte es gem. Abschn. II, Ziff. 2 der beiden beurkundeten Verträge übernommen, das Vorliegen der im einzelnen genannten Voraussetzungen der Fälligkeit des Kaufpreises mit Ausnahme der Erteilung der Baugenehmigung und des Beginns der Erdarbeiten sowie des jeweiligen Bautenstandes schriftlich mitzuteilen. Er hat damit einen Betreuungsauftrag i. S. d. § 24 BNotO übernommen. Der Senat folgt der in der Berufungserwiderung geäußerten Auffassung des Bekl. nicht, es handle sich um eine Tätigkeit i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO, der als Beispiele der dortigen Aufgaben Beurkundungen sowie die Zustellung von Erklärungen nennt. Zwar hat der Bekl. die Freistellungserklärung übersandt, er war gleichwohl nicht etwa nur Bote zur Weiterleitung der Erklärungen. Wie der Vertrag im weiteren und auch der Inhalt des Begleitschreibens ergibt, oblag es ihm, die Voraussetzungen der Fälligkeit des Kaufpreises entsprechend zu prüfen und zu bestätigen. Hierzu gehörten als weitere Voraussetzungen auch, daß eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war, die Gemeinde erklärt hatte, daß ihr ein Vorkaufs- bzw. Grunderwerbsrecht nicht zustehe etc. Der Kaufpreis sollte auf vom Notar angegebene Konten gezahlt werden. Der Bekl. hatte demnach weitergehende Pflichten als etwa nur die Weiterleitung eines Schreibens. Er mußte eigenverantwortlich bewerten und beurteilen, ob die vertraglichen Voraussetzungen der Fälligkeit vorlagen. Dieser Auftrag ist als Betreuungsauftrag i. S. d. § 24 BNotO zu bewerten (vgl. BGH WM 1984, 1230 = DNotZ 1985, 48; Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 24 BNotO, Rdrrn. 18 f.; Arndt, 2. Aufl., § 14 BNotO, Anm. 2 B 2.3 und § 24 BNotO, Anm. 2 2.2; BGH WM 1985, 1109, 1111 m. w. N.). Daß der Notar hier nur einen Teil der Fälligkeitsvoraussetzungen feststellen sollte, ihm nicht auch die Bautenstandsmitteilung als weitere Voraussetzung der Fälligkeit der jeweiligen Kaufpreisrate oblag, ist unerheblich.

2. Die sich aus diesem Betreuungsauftrag ergebenden Pflichten hat der Bekl. verletzt.

a) Der Notar hat die Amtspflicht, wahr zu bezeugen und dabei auch einen falschen Anschein zu vermeiden (vgl. BGH a. a. O.). Der Bekl. durfte die Fälligkeit nur bestätigen, wenn die vertraglich festgesetzten Voraussetzungen vorlagen. Die Fälligkeitsbestätigung mußte insoweit inhaltlich richtig sein, wobei es auf die Übereinstimmung zwischen dem Notarvertrag und der Bestätigung ankommt, auf die der Empfänger vertraut. Dies war nicht der Fall, denn nach beiden Verträgen war es Voraussetzung der Fälligkeit, daß der Kaufgegenstand von allen Belastungen und Beschränkungen, die der Auflassungsvormerkung des Erwerbers im Rang vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet werden sollte.

b) Der Bekl. wendet ein, er habe in seinem Schreiben mitgeteilt, der Kaufpreis sei gem. der Makler- und Bauträgerverordnung fällig und zahlbar, und dies stimme insoweit mit dem Text der beurkundeten Verträge überein. Daran ist rich-

tig, daß der Vertrag nur hinsichtlich § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV übereinstimmt; einen Hinweis auf das in § 3 Abs. 1 S. 3 der genannten Verordnung dem Kreditgeber (Globalpfandgläubiger) eingeräumte Wahlrecht, für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird, anstelle der Freistellung die geleisteten Zahlungen bis zum anteiligen Wert des Vertragsobjektes zurückzuzahlen, enthalten die beurkundeten Verträge nicht. Das wäre aber notwendig gewesen, um die Fälligkeit zu diesem Zeitpunkt schon herbeiführen zu können. In § 3 Abs. 1 S. 5 HS 2 MaBV heißt es weiter: „Andernfalls (wenn die Freistellungserklärungen nicht schon bei Abschluß des Notarvertrages vorliegen = Zusatz des Senats) muß der Vertrag einen ausdrücklichen Hinweis auf die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Aushändigung der Erklärungen und deren notwendigen Inhalt enthalten.“ Das bedeutet, daß der Bekl. das Wahlrecht, um es wirksam zu vereinbaren und die Fälligkeit demnach herbeiführen zu können, im Text der Vertragsurkunde hätte aufnehmen müssen (vgl. *Marcks*, 3. Aufl., § 3 MaBV, Anm. 19; *Marcks*, DNotZ 1975, 389 f., 398). Denn das Wahlrecht ist nicht zwingendes Recht, welches dem Kreditinstitut immer zusteht. In § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV heißt es: „... kann sich der Kreditgeber vorbehalten ...“. Das bedeutet, daß der Kreditgeber die Freistellung auch ohne das Wahlrecht zusichern kann.

c) Damit ist aber ein Vertrag zustande gekommen, der eine Fälligkeit erst nach Sicherung der Freistellung vorsieht, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird. Die Fälligkeitsmitteilung wäre daher nur dann richtig gewesen, wenn der Bekl. vorher abgeklärt hätte, unter welchen Voraussetzungen die Freistellung erfolgen werde, das Kreditinstitut dann auf das Wahlrecht verzichtet hätte oder aber der Bekl. den Vertrag vollständig in Übereinstimmung mit § 3 MaBV abgefaßt hätte.

Es ist nicht näher ersichtlich, warum die Kl. sich auf den Inhalt des Vertrages nicht soll berufen können, zumal ein Vertrag mit diesem Inhalt (ohne das Wahlrecht des Kreditgebers aus § 3 Abs. 1 S. 3 MaBV) möglich ist und ebenfalls die Fälligkeit herbeiführen kann, wenn der Kreditgeber auf das Wahlrecht verzichtet und die Freistellungserklärung abgibt.

d) Daraus folgt weiter, daß die Fälligkeitsmitteilung, auch wenn ihr die Freigabeerklärungen beigefügt waren, inhaltlich unrichtig waren und vom Vertragsinhalt abwichen.

3. Demnach muß der Bekl. der Kl. den Schaden ersetzen, der entstanden ist im Vertrauen auf die Richtigkeit der Fälligkeitsmitteilung. Die Ursächlichkeit einer Amtspflichtverletzung für den Schaden hängt nach st. Rspr. des BGH von der Beantwortung der Frage ab, wie die Dinge verlaufen wären, wenn der Notar pflichtgemäß gehandelt hätte, und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen in diesem Fall darstellen würde (BGH VersR 1986, 444 f., 447 m. w. N. = DNotZ 1986, 406). Zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen pflichtwidriger Handlung und Schaden ist nur die pflichtwidrige Handlung hinwegzudenken, weitere Umstände dürfen nicht hinzugedacht werden. Aufgrund der so zu prüfenden Kausalität stehen der Kl. die folgenden Positionen zu. (*Wird ausgeführt.*)

Anmerkung der Schriftleitung:

Der BGH hat die gegen das Urteil OLG Düsseldorf gerichtete Revision nicht angenommen und in seinem Beschluß vom 21. 3. 1991 (IX ZR 161/90) — zitiert nach MittRhNotK 1991, 112 — ausgeführt:

Dieses Rechtsmittel hat im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg. Der Bekl. hat seine aus § 24 Abs. 1 BNotO fließenden Amtspflichten verletzt, als er die Fälligkeitsbestätigung der Kl. erteilte, obwohl durch die Schreiben der Sparkasse S. eine Freistellung der erworbenen Grundstücke von der Grundschuld der Sparkasse nur unter Voraussetzungen zugesagt war, die sich mit denen, die in den Verträgen für die Fälligkeit des Kaufpreises vereinbart waren, nicht deckten. Der Bekl. hätte nach den im Senatsurteil BGHZ 96, 157 = DNotZ 1986, 406 dargelegten Grundsätzen eine Fälligkeitsbestätigung nicht ausstellen dürfen. Ohne sie wären die festgestellten Schäden nicht eingetreten.

12. WEG §§ 10 Abs. 2, 23 Abs. 4 (*Nachträgliche Einräumung eines Sondernutzungsrechtes nur durch Vereinbarung gem. § 10 Abs. 2 WEG; bestandskräftig gewordener Mehrheitsbeschluß genügt nicht*)

Die Einräumung eines Sondernutzungsrechtes am Gemeinschaftseigentum bedarf einer Vereinbarung gem. § 10 Abs. 2 WEG. Mehrheitsbeschlüsse, die gem. § 23 Abs. 4 WEG bestandskräftig geworden sind, sowie einstimmige Beschlüsse sind unzureichend. Beschlüsse, auch einstimmige, können nicht in Vereinbarungen umgedeutet werden.

(Leitsätze nicht amtlich)

OLG Köln, Beschluß vom 27. 9. 1991 — 16 Wx 60/91

Aus den Gründen:

Die weitere sofortige Beschwerde der Antragsgegner ist zulässig (§ 45 Abs. 1 WEG). Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts ebenso wie die durch sie bestätigte Entscheidung des Amtsgerichts beruhen auf einem Rechtsfehler. Den Antragstellern steht der geltend gemachte Anspruch auf Einräumung des ausschließlichen Sondernutzungsrechtes an den in ihrem Antrag genannten Gartenflächen, die zum Gemeinschaftseigentum gehören, nicht zu.

Ein solcher Anspruch ergibt sich zunächst nicht aus der Teilungserklärung vom 14. 8. 1970. § 18 der Teilungserklärung weist ausdrücklich Sondernutzungsrechte an Gartenflächen nur bestimmten, genau bezeichneten Wohnungen zu, zu denen die Wohnungen der Antragsteller nicht gehören.

Ein Anspruch der Antragsteller ergibt sich auch nicht aus dem mit Mehrheit gefaßten Beschluß der Eigentümerverwaltung vom 19. 4. 1983. Dieser Beschluß bindet, obwohl er nicht angefochten wurde, also gem. § 23 Abs. 4 WEG bestandskräftig geworden ist, die Antragsgegner nicht. Denn er regelt einen Gegenstand, der der Beschlußfassung durch die Wohnungseigentümerversammlung grundsätzlich entzogen ist. Die Einräumung eines ausschließlichen Sondernutzungsrechtes am Gemeinschaftseigentum bedarf grundsätzlich einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG; ein Beschluß der Wohnungseigentümerversammlung, auch ein einstimmiger Beschluß ist insoweit unzureichend. Denn die nachträgliche Zuweisung von alleinigen Sondernutzungsrechten an Gemeinschaftseigentum in Abweichung von der Teilungserklärung berührt das Grundverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und regelt nicht nur die Ausübung der sich aus dem bereits festgelegten Grundverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten (vgl. insoweit auch OLG Karlsruhe, MDR 1983, 672 und WEG 1991, 110; BayObLGZ 1978, 377 ff.; BayObLG, Rpfleger 1983, 348 [= MittBayNot 1983, 125 = DNotZ 1984, 101]; OLG Braunschweig, WM 1990, 171). Beschlüsse, auch einstimmige

mige Beschlüsse, können nicht in eine Vereinbarung umgedeutet werden, da Beschlüsse auf gleichgerichteten Willenserklärungen beruhen, während Vereinbarungen gegenseitige, also korrespondierende Verpflichtungen zum Gegenstand haben.

Beschlüsse, die sich mit Materien befassen, die nur durch Vereinbarung gem. § 10 Abs. 2 WEG geregelt werden können, binden die betroffenen Wohnungseigentümer auch dann nicht, wenn sie nach § 23 Abs. 4 WEG bestandskräftig geworden sind (vgl. OLG Karlsruhe, WE 1991, 110). Etwas anderes kann auch nicht aus der Entscheidung BGHZ 54, 67 ff. abgeleitet werden. Der Bundesgerichtshof befaßt sich in der genannten Entscheidung nur mit der Frage, ob § 23 Abs. 4 WEG auch auf Mehrheitsbeschlüsse anzuwenden ist, die die Materien regeln, die nach den Vorschriften des WEG nur durch einstimmigen Beschluß hätten geregelt werden können. Die vom Bundesgerichtshof insoweit aufgestellten Grundsätze können auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden, da zwischen einem einstimmigen Beschluß und einer Vereinbarung im Sinne des § 0 Abs. 2 WEG ein substantieller Unterschied besteht, wie oben dargelegt wurde.

Den Antragstellern steht gegen die Antragsgegner auch kein materiell-rechtlicher Anspruch aus § 242 BGB auf Zustimmung zu einer Vereinbarung zur Änderung der Teilungserklärung dergestalt, daß ihnen ein ausschließliches Sondernutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum an den in ihrem Antrag genannten Gartenflächen eingeräumt wird, zu. Es fehlt insoweit schon am Vortrag der Antragsteller, daß sämtliche Antragsgegner beim Erwerb ihrer Wohnungen wußten, daß die entsprechenden Gartenflächen sich in Wahrheit im ausschließlichen Sondernutzungsrecht einzelner Wohnungseigentümer befanden, und daß sich die Antragsgegner deshalb treuwidrig verhalten, wenn sie einer Anpassung der rechtlichen Verhältnisse (Teilungserklärung) an das, was sie von Anfang an als gegeben angenommen haben, widersprechen.

Anmerkung:

1. Das OLG Köln verneint in seinem vorstehend abgedruckten Beschluß vom 27.9.1991 die Bindung der Wohnungseigentümer an einen bestandskräftigen Mehrheitsbeschluß, der die Begründung eines Sondernutzungsrechts zum Gegenstand hat; erforderlich sei hierzu eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer. Den gleichen Inhalt hat der Beschluß des OLG Karlsruhe vom 30.1.1990 (WuM 1991, 54). Demgegenüber vertritt das BayObLG seit der Entscheidung des BGH vom 21.5.1970 (BGHZ 54, 65) in ständiger Rechtsprechung die gegenteilige Auffassung; es ist der Ansicht, daß ein unanfechtbar gewordener Mehrheitsbeschluß auch dann wirksam und für alle Wohnungseigentümer bindend ist, wenn Gegenstand des Beschlusses eine Angelegenheit ist, welche die Wohnungseigentümer zwar durch eine Vereinbarung i. S. des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG regeln, über die sie aber nicht mit Stimmenmehrheit beschließen können (BayObLGZ 1973, 267/269; BayObLG NJW-RR 1990, 1104/1105; BayObLGZ 1991, 165/170). Diese Meinung wird auch ganz überwiegend im Schrifttum vertreten (*Palandt/Bassenge* BGB 51. Aufl. Rdnr. 19, *Augustin* WEG Rdnr. 42, *Soergel/Stürmer* BGB 12. Aufl. Rdnr. 7, jeweils zu § 10 WEG; *MünchKommLRoll* BGB 2. Aufl. § 23 WEG Rdnr. 9).

2. Das OLG Köln sah sich an seiner Entscheidung nicht durch den Beschluß des BGH vom 21.5.1970 gehindert, auf den das BayObLG seine gegenteilige Rechtsauffassung gründet. Das OLG Köln führt aus, die Entscheidung des BGH

befasse sich nur mit der Frage, ob § 23 Abs. 4 WEG auch auf Mehrheitsbeschlüsse anzuwenden sei, die die Materien regeln, welche nach den Vorschriften des WEG nur durch einstimmigen Beschluß geregelt werden können; da zwischen einer Vereinbarung, die zur Einräumung eines Sondernutzungsrechts erforderlich sei, und einem einstimmigen Beschluß ein substantieller Unterschied bestehe, könnten die Gründe des BGH auf den zu entscheidenden Fall nicht angewendet werden. Das OLG Köln hatte darüber zu entscheiden, ob ein unanfechtbar gewordener Mehrheitsbeschluß, durch den einem Wohnungseigentümer das ausschließliche Nutzungsrecht an einer Gartenfläche eingeräumt wurde, die Wohnungseigentümer bindet. In der Entscheidung des BGH ging es um einen Mehrheitsbeschluß, durch den einem Wohnungseigentümer im Tausch gegen einen in seinem Sondereigentum stehenden Kellerraum die „alleinige private Nutzung“ eines anderen Kellerraums eingeräumt wurde, der bis dahin Trockenraum mehrerer Wohnungseigentümer war.

a) Das OLG Köln geht davon aus, das WEG unterscheide zwischen Materien, die nur durch einstimmigen Beschluß geregelt werden können und solchen, die eine Vereinbarung erfordern. Diese Unterscheidung kennt das Gesetz jedoch nicht. Es unterscheidet nur zwischen Angelegenheiten, über die die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit beschließen können (vgl. z. B. § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 3, § 21 Abs. 3, § 25 Abs. 1, § 26 Abs. 1, § 28 Abs. 5, § 29 Abs. 1 WEG) und solchen, die nur durch eine Vereinbarung geregelt werden können (vgl. z. B. § 10 Abs. 1 Satz 2, § 11 Abs. 1, §§ 12, 15 Abs. 1, § 21 Abs. 3, 4). Wenn im Gesetz von Beschlüssen die Rede ist (vgl. z. B. § 23 Abs. 1, § 25 Abs. 1 WEG), sind immer nur Mehrheitsbeschlüsse gemeint; den Begriff des einstimmigen Beschlusses kennt das Gesetz nicht. Vereinbarungen bedürfen dagegen der Zustimmung aller Wohnungseigentümer; auch soweit bei baulichen Veränderungen nicht die Zustimmung aller, sondern gem. § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG nur die Zustimmung der in ihren Rechten betroffenen Wohnungseigentümer notwendig ist, wird das Erfordernis der Einstimmigkeit lediglich modifiziert; für einen Mehrheitsbeschluß ist kein Raum (BGHZ 73, 196); insoweit kann auch nicht von der Notwendigkeit eines „einstimmigen Beschlusses“ gesprochen werden (a. M. *Henkes/Niedentühr/Schulze* WEG § 10 Rdnr. 30). Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, daß die Wohnungseigentümer in einer Angelegenheit, die durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden kann, im Einzelfall mit den Stimmen aller Wohnungseigentümer beschließen, also ein einstimmiger Beschluß vorliegt; dies macht den Beschluß aber noch nicht zu einer Vereinbarung.

b) In seiner Entscheidung vom 21.5.1970 stellt der BGH dementsprechend nur Angelegenheiten, die durch Mehrheitsbeschluß geregelt werden können, solchen gegenüber, welche Einstimmigkeit im Sinne der Notwendigkeit einer Zustimmung aller Wohnungseigentümer erfordern (BGHZ 54, 65/69; ebenso BGHZ 74, 258/267; BGH NJW 1981, 282; allerdings spricht auch der BGH in BGHZ 73, 302/307 von einem „einstimmigen Beschluß“). Unterschieden wird dagegen nicht zwischen Vereinbarungen und einstimmigen Beschlüssen. Der BGH ließ offen, ob es sich in dem zu entscheidenden Fall um eine Gebrauchsregelung gem. § 15 WEG handelt oder um eine bauliche Veränderung gem. § 22 WEG. Weil sowohl Gebrauchsregelungen als auch bauliche Veränderungen gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG vereinbart werden könnten, verstoße eine durch Mehrheitsbeschluß getroffene Regelung nicht gegen eine Rechtsvorschrift, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden könne; deshalb sei ein Mehrheitsbeschluß, der nicht für ungültig

erklärt worden sei, gem. § 23 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Satz 2 WEG verbindlich. Die Aussage der Entscheidung des BGH geht somit dahin, daß alles, was durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer im Sinn des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG, nicht aber durch einen Mehrheitsbeschluß geregelt werden kann, auch Gegenstand eines ohne Ungültigerklärung gleichwohl wirksamen und verbindlichen Mehrheitsbeschlusses sein kann.

c) Das OLG Köln weicht danach von der Entscheidung des BGH ab; es hätte in der Sache nicht selbst entscheiden dürfen, diese vielmehr dem BGH gem. § 28 Abs. 2 FGG vorlegen müssen; außerdem weicht das OLG Köln von der Entscheidung BayObLGZ 1973, 265 ab. Dasselbe gilt für die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 30. 1. 1990. Dieses Gericht ist der Meinung, die Einräumung eines Sondernutzungsrechts sei einem Mehrheitsbeschluß schlechterdings entzogen; erforderlich sei immer eine Vereinbarung. Zwar erlange auch ein rechtswidriger Mehrheitsbeschluß mangels rechtzeitiger Anfechtung Bestandskraft und Verbindlichkeit für die Wohnungseigentümer. Der Beschluß werde damit aber nicht zu einer Vereinbarung. Mit dieser Begründung nimmt das OLG Karlsruhe dem bestandskräftig gewordenen Mehrheitsbeschluß jegliche Rechtswirkungen; die Entscheidung des BGH wird damit völlig sinnentleert.

3. Unbestritten hat die konsequente Anwendung der Entscheidung BGHZ 54, 65 weitreichende Auswirkungen und führt nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen. Ursächlich hierfür ist insbesondere die unterschiedliche gesetzliche Regelung hinsichtlich der Eintragungsbedürftigkeit und -fähigkeit von Vereinbarungen einerseits und Eigentümerbeschlüssen andererseits (§ 10 Abs. 2, 3 WEG); die Auswirkungen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs habe ich in DNotZ 1991, 28 aufgezeigt. Es ist daher verständlich, daß zunehmend versucht wird, den Anwendungsbereich der Entscheidung des BGH einzuschränken und insbesondere die Begründung von Sondernutzungsrechten auszunehmen (vgl. *Belz DWE* 1991, 130; *Bielefeld DWE* 1991, 138; vgl. auch *KG OLGZ* 1990, 421/425). Eine angestrebte Einschränkung kann aber nur durch eine Entscheidung des BGH herbeigeführt werden. Nachdem die Oberlandesgerichte Karlsruhe und Köln eine Vorlage an den BGH nicht für erforderlich gehalten haben, ist diese Chance zunächst vertan. Es steht zu erwarten, daß das BayObLG an seiner Rechtsmeinung festhält; in diesem Fall kann es die Sache dem BGH nicht zur Entscheidung vorlegen, weil es sich aus seiner Sicht im Einklang mit dessen Rechtsprechung befindet, von der die Oberlandesgerichte Karlsruhe und Köln abgewichen sind; damit ist eine Vorlage nicht zulässig (BGHZ 15, 151/153).

Zur Behebung der entstandenen Rechtsunsicherheit ist es geboten, daß ein Oberlandesgericht, wenn es sich der Rechtsmeinung der Oberlandesgerichte Karlsruhe und Köln anschließen will, die Sache dem BGH zur Entscheidung vorlegt. Ob für diesen allerdings eine rechtliche Möglichkeit besteht, seine bisherige Rechtsprechung einzuschränken, etwa durch die Schaffung eines „Sonderrechts für das Sondernutzungsrecht“, erscheint im Hinblick darauf, daß sich Sondernutzungsrechte rechtlich nicht von Vereinbarungen mit einem anderen Inhalt unterscheiden, aber auch im Hinblick auf die dann zugleich notwendig werdende Regelung der sog. Altfälle zweifelhaft.

Johann Demharter, Richter am BayObLG, München

13. GBO §§ 22, 29; BGB § 727 (*Grundbuchberichtigung bei Tod eines BGB-Gesellschafters*)

Zur Berichtigung des durch den Tod eines eingetragenen BGB-Gesellschafters unrichtig gewordenen Grundbuchs im Wege des Unrichtigkeitsnachweises muß der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden. Ist dieser nur mündlich geschlossen, verbleibt die Berichtigung aufgrund von Berichtigungsbewilligungen. Dieser Weg steht auch offen, wenn der Gesellschaftsvertrag schriftlich vereinbart worden ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Schleswig, Beschluß v. 19. 12. 1991 — 2 W 55/91 —

Aus dem Tatbestand:

Am Miteigentumsanteil des Beteiligten zu 4. lastet in Abt. III Nr. 1. zugunsten des Beteiligten zu 1. sowie des verstorbenen V., welcher weiterer Miteigentümer des Grundstücks war, in Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Grundschuld über 80.000 DM nebst Zinsen. Die Beteiligten zu 2. und 3. sind je zur Hälfte Erben des verstorbenen Herrn V. Sie haben beim Grundbuchamt u. a. „die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erben (= Bet. zu 2. und 3.) als Mit-Gesamthandseigentümer der Grundschuld“ beantragt. Es wurde geltend gemacht, der nur mündlich geschlossene Gesellschaftsvertrag zwischen dem Beteiligten zu 1 und dem verstorbenen Herrn V. sähe beim Tod eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit seinen Erben vor.

Das Grundbuchamt hat nach Hinweis auf seine Auffassung, „der“ Gesellschaftsvertrag müsse vorgelegt werden, den Berichtigungsantrag betreffend die Grundschuld Abteilung III Nr. 1 zurückgewiesen, allerdings auch in Bezug auf eine (nicht beantragte) Fortsetzung der Gesellschaft zugleich mit dem Beteiligten zu 4. Die als Beschwerde geltende Erinnerung der Antragsteller hat das Landgericht zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Unrichtigkeitsnachweis müsse grundsätzlich in der Form des § 29 GBO geführt werden. Davon könne hier nicht abgesehen werden, weil die Antragsteller selbst eine von der gesetzlichen Grundregelung des § 727 Abs. 1 BGB abweichende Vereinbarung behaupteten, jedoch auch andere Vereinbarungen als die angebliche einfache Nachfolgeklausel in Betracht kämen und im übrigen auch die spätere Nichtänderung der angeblichen Vereinbarung formgerecht nachgewiesen werden müsse.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die weitere Beschwerde der Antragsteller. Sie machen unter Hinweis auf den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 12. 08. 1991 (MittBayNot 1992, 47) insbesondere geltend, durch die Zurückweisung des Berichtigungsantrages werde die hinsichtlich des verstorbenen Gesellschafters V. feststehende Unrichtigkeit des Grundbuchs auf Dauer festgeschrieben, weil eine Berichtigung auf Bewilligung nicht möglich sei. Deswegen müsse hier der Nachweis der Nachfolge auch auf andere Weise als durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags erbracht werden können.

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 78 ff. GBO als Rechtsbeschwerde zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes.

1. Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß für die beantragte Berichtigung der Inhalt des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden muß. Soweit die Antragsteller die Auffassung vertreten, die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 22 GBO stehe aufgrund des vorgelegten Erbscheins für die Beteiligten zu 2. und 3. bereits fest, lassen sie außer acht, daß es nach allgemeiner Auffassung für den Unrichtigkeitsnachweis gemäß dieser Vorschrift nicht nur auf den Anlaß der Unrichtigkeit ankommt, die hier infolge des Todes des einen Gesamthandsgläubigers natürlich gegeben ist, sondern daß auch alle Möglichkeiten ausgeräumt werden müssen, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden (vgl. z. B. BayObLG a. a. O.).

2. Die deswegen erforderliche Vorlage eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO höhlt auch nicht die Formfreiheit für den Abschluß von Gesellschaftsverträgen in unvertretbarer Weise aus, wie die Antragsteller meinen. Abgesehen davon, daß eine Beurkundung des Gesellschaftsvertrags ohnehin immer dann zweckmäßig erscheint, wenn der Gesellschaftszweck die Teilnahme am Grundbuchverkehr mit sich bringt, hat jedenfalls der bei der Erleichterung der Berichtigung im Wege des § 22 GBO besonders zu berücksichtigende Gesichtspunkt Vorrang, daß am Berichtigungsverfahren nicht beteiligte Dritte nicht geschädigt werden dürfen (vgl. *Horber/Demharter*, 19. Aufl., § 22 GBO Anm. 11a m. w. N.). Da die mithin zu stellenden strengen Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis die Einhaltung der Form des § 29 GBO grundsätzlich erfordern, ist dann, wenn wie hier von einer Abweichung vom gesetzlichen Regelfall des § 727 Abs. 1 BGB auszugehen ist, bei mündlich geschlossenen Gesellschaftsverträgen für eine Berichtigung gem. § 22 GBO eigentlich kein Raum; vielmehr verbleibt nur die Berichtigung aufgrund einer Berichtigungsbewilligung, die notfalls im Prozeßwege erstritten werden muß (vgl. BayObLG a. a. O.).

Die Annahme des Landgerichts, neben der von den Antragstellern behaupteten Nachfolgeregelung des Gesellschaftsvertrags betreffend die Grundschuld kämen auch andere Möglichkeiten in Betracht, beruht entgegen der Darstellung der weiteren Beschwerde nicht auf fernliegenden Spekulationen. Der durchaus reale Hintergrund für die ernsthafte Möglichkeit anderer Ausgestaltungen ergibt sich vorliegend sogar aus dem Berichtigungsverfahren selbst. (...)

Bei der für die Gläubigergestellung an der Grundschuld ursprünglich begründeten Zweipersonen-Gesellschaft kommt zwar ein Fortbestand nur in der Person des Beteiligten zu 1. nicht in Frage (*Palandt-Thomas*, 50. Aufl., § 736 Rdnr. 3 m. w. N.). Indessen würde auch eine dem überlebenden Gesellschafter eingeräumte Wahlmöglichkeit entsprechend § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 01.02.1980 zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen (entweder zur Fortsetzung der Gesellschaft mit den Beteiligten zu 2. und 3. oder — bei deren Ausscheiden — zur Beendigung der Gesellschaft), ganz abgesehen von der ebensowenig fernliegenden Möglichkeit einer qualifizierten erbrechtlichen Nachfolgeklausel. Auch für die vom Landgericht angeführte Wahrscheinlichkeit von Gesellschaftsvertragsänderungen bietet das vorliegende Berichtigungsverfahren selbst nicht nur theoretischen Anlaß. Im Schreiben des Beteiligten zu 1. an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller vom 15.02.1991, mit dem er den schriftlichen, in Vergessenheit geratenen Gesellschaftsvertrag übersandt hat, findet sich der Hinweis auf (inhaltlich unbekannt) Nachträge aus den Jahren 1984 und 1986.

Weder das Grundbuchamt noch das Landgericht haben gegen Hinweispflichten verstoßen. Zum einen ist das Grundbuchamt zur Anstellung von Ermittlungen im Antragsverfahren weder berechtigt noch gar verpflichtet; die Beibringung fehlender Unterlagen oder die Beseitigung von Zweifeln ist dem Antragsteller durch Zwischenverfügung aufzugeben (vgl. z. B. *Horber/Demharter*, § 13 GBO Anm. 2b). Das ist vorliegend geschehen, und zwar in der durch § 18 GBO vorgeschriebenen Weise. Möglichkeiten, das mit dem Berichtigungsantrag verfolgte Ziel auf andere Weise zu erreichen, sind mit einer Zwischenverfügung nicht aufzuzeigen. Zum anderen enthält der angefochtene Beschluß mit dem Hinweis auf die nicht vorliegende Eintragungsbewilligung

wenigstens mittelbar die Andeutung einer anderen Möglichkeit, nämlich die Eintragung der Beteiligten zu 2. und 3. als weitere Gesamthandsgläubiger aufgrund einer Berichtigungsbewilligung zu erreichen.

Dieser Weg steht den Beteiligten entgegen ihrer Annahme und anders als in dem vom BayObLG a. a. O. entschiedenen Fall offen. In jenem Fall waren nämlich die mehreren Erben bereits zu Lebzeiten Mitgesellschafter des verstorbenen Erblassers gewesen, so daß wegen der mannigfachen Gestaltungsmöglichkeiten bei Mehrpersonengesellschaften auch der Nachweis der Berichtigungsberechtigung gem. § 29 GBO erfolgen müßte, was zur Folge hatte, daß auch eine Berichtigungsbewilligung zur Behebung der Unrichtigkeit ausschied. Hier hingegen könnte bei einer Berichtigungsbewilligung der Beteiligten zu 1. bis 4. (ggf., soweit noch aktuell, unter Mitwirkung der Testamentsvollstrecker) eine Unrichtigkeit des Grundbuchs bei jeder üblichen Fortsetzungs- (Ausscheidens-) oder Nachfolgeklausel ebenso wie bei einer Neueintragung der Grundschuld ausgeschlossen werden. Die theoretische Möglichkeit, daß der Beteiligte zu 1. und der verstorbene Gesellschafter V. einem Dritten ein Eintrittsrecht durch eine Eintrittsklausel eingeräumt haben könnten, liegt angesichts der grundbuchmäßig dokumentierten Verbundenheit der Gesellschafter, die u. a. auch durch die Vereinbarung gem. § 749 Abs. 2 BGB betreffend das Grundstück zum Ausdruck gekommen ist, so fern, daß sie auszuschließen hat. Da mithin ein Ausnahmefall i. S. der Entscheidung des BayObLG nicht vorliegt, kann offenbleiben, ob das BayObLG nur eine Ausnahme vom Formzwang des § 29 GBO hat zulassen wollen, aber dessen ungeachtet die Vorlage jedenfalls eines schriftlichen Vertrages für nötig hält, wofür der a. a. O. mitgeteilte Leitsatz 2 und die Hinweise des Beschlusses auf Beweiserleichterungen bei entgeltlichen Testamentsvollstreckerverfügungen hindeuten können.

Anmerkung

Das OLG Schleswig ist im Beschluß vom 19. 12. 1991, der mir bei der Bearbeitung meines Aufsatzes in *MittBayNot* 1992, 11 noch nicht bekannt war, in wichtigen Teilen seiner Entscheidungsgründe der Auffassung des BayObLG im Beschluß vom 12. 8. 1991 (*MittBayNot* 1992, 47) nicht gefolgt. Die beiden Entscheidungen bedürfen deshalb einer sorgfältigen Analyse.

1. In beiden Entscheidungen ist es um die gleiche Frage gegangen:

Muß nach dem Tod eines eingetragenen BGB-Gesellschafters in jedem Fall, selbst im Regelfall des § 727 Abs. 1 BGB zur Grundbuchberichtigung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 GBO) und auch aufgrund von Berichtigungsbewilligungen (§§ 19, 22 GBO) dem Grundbuchamt der Inhalt des Gesellschaftsvertrags in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden?

2. Dazu haben wir jetzt zwei verschiedene obergerichtliche Meinungen, aber keine Entscheidung des BGH und als Folge davon eine Unsicherheit im Berichtigungsverfahren. Ich habe dazu geraten, sich jedenfalls zunächst nicht allein auf das BayObLG zu verlassen (*MittBayNot* 1992, 13). Der Beschluß des OLG Schleswig spricht dafür, daß dieser Rat nicht falsch war, vorerst weitergilt und jetzt auch bei bayrischen Grundbuchämtern nicht unbeachtet bleiben sollte.

3. Aus dem Beschluß des OLG Schleswig könnte man den Eindruck gewinnen, seine Meinung gelte vom Sachverhalt her für die Normalfälle, die Entscheidung des BayObLG nur für einen Ausnahmefall. Ein Lichtblick? Leider nein! Denn das BayObLG sagt klipp und klar: Der Unrichtigkeitsnachweis und der Nachweis der Bewilligungsberechtigung muß in jedem Fall durch den Gesellschaftsvertrag geführt werden.

4. Beide Gerichte sind sich darüber einig, daß es stets mindestens einen der beiden vom Gesetz zugelassenen Wege geben muß: entweder den Weg der Berichtigungsbewilligung oder den des Unrichtigkeitsnachweises. Der Nachweis des Todes des Gesellschafters und der eingetretenen Erbfolge genügt nicht. Denn durch Eintragung der Erbfolge könnte eine neue Unrichtigkeit eintreten.

5. Das BayObLG beurteilt die Bewilligungsberechtigung nach der materiellen Rechtslage (z. B. BayObLG MittBayNot 1987, 87; 1991, 257; *Horber/Demharter* GBO § 19 Anm. 11, 13; § 22 Anm. 10; dazu meine Kritik in KEHE § 22 Rdnr. 70 ff.). Durch die Anwendung der materiellrechtlichen Auffassung schließt es den Weg der (verfahrensrechtlichen!) Berichtigungsbewilligung praktisch aus. Denn wenn der Antragsteller die Berechtigung der Personen, die anstelle des verstorbenen Gesellschafters eine solche Bewilligung abgeben können, durch den Gesellschaftsvertrag nachweisen muß, dann kann er sich die Beschaffung von Berichtigungsbewilligungen sparen und die Berichtigung einfacher, schneller und billiger auf dem Weg des Unrichtigkeitsnachweises erreichen. Das BayObLG läßt entgegen § 29 GBO (und anders als das OLG Schleswig) einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag als Nachweis genügen. Es gibt aber keine Antwort darauf, wie der Antragsteller in den keineswegs seltenen Fällen eines mündlichen Vertrages den Vertragsinhalt nachweisen soll und wie das Grundbuchamt verhindern kann, daß durch die beantragte Eintragung eine neue Unrichtigkeit eintritt (dazu MittBayNot 1992, 14, 15 — IV 4, 5, 6).

6. Folgt ein Grundbuchamt der Meinung des BayObLG, dann wird es sich fragen müssen, ob auf diese Weise die Gefahr einer Unrichtigkeit des Grundbuchs und einer Schädigung der am Berichtigungsverfahren nicht beteiligten Personen wirklich verhindert wird. Jede Minderung der strengen Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis führt doch zwangsläufig zur Vergrößerung der Verantwortung des Grundbuchamts, die auch durch Gewährung rechtlichen Gehörs nicht völlig beseitigt wird. Gelegenheit zur Stellungnahme zum Berichtigungsantrag müssen die Personen erhalten, deren Rechtsposition möglicherweise durch die beantragte Eintragung beeinträchtigt werden kann, also die gleichen Personen, die zur Abgabe einer Berichtigungsbewilligung berechtigt wären. Schweigt einer von ihnen trotz dieser Aufforderung, dann muß das Grundbuchamt in der Regel die beantragte Eintragung vornehmen, auch wenn es den Grund seines Schweigens nicht erfährt. Fehlt eine zur Berichtigung erforderliche Bewilligung, dann ist dies im Grundbuchverfahren ein Eintragungshindernis (§ 18 GBO), für dessen Beseitigung der Antragsteller (notfalls im Prozeßweg) selbst sorgen muß.

7. Nach Meinung des OLG Schleswig steht der Weg formgerechter Berichtigungsbewilligungen bei mündlichen und schriftlichen Gesellschaftsverträgen auch ohne Nachweis des Vertragsinhalts offen. Bewilligungsberechtigt sind der verbleibende Gesellschafter, die durch Erbschein ausge-

wiesenen Erben des verstorbenen Gesellschafters und bei Berichtigung des Gläubigers eines Grundpfandrechts wegen etwaiger Eigentümerrechte auch der Eigentümer des Grundstücks, gegebenenfalls unter Mitwirkung der Testamentsvollstrecker. Liegen im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte dafür vor, daß der Gesellschaftsvertrag eine rechtsgeschäftliche Nachfolge- oder Eintrittsklausel enthält, dann gehören auch die durch eine solche Klausel begünstigten Personen zu den Bewilligungsberechtigten, ohne deren Bewilligung das Grundbuchamt die Berichtigung nicht vornehmen darf.

8. Wer die Entscheidungsgründe des OLG Schleswig mit meinen Ausführungen in MittBayNot 1992, 11 vergleicht, wird feststellen, daß beide in den wichtigsten Punkten übereinstimmen, obwohl sie unabhängig voneinander zustande gekommen sind. Danach hat der Antragsteller die Wahl zwischen der Berichtigungsbewilligung und dem Unrichtigkeitsnachweis. Er sollte im Einzelfall überlegen, auf welchem Weg er die Berichtigung einfacher und sicherer erreichen kann. Entschließt er sich für den in der Praxis in vielen Fällen einfacheren Weg der Berichtigungsbewilligung, der auch im Fall des OLG Schleswig zum Erfolg geführt hätte, dann hat er zwar das BayObLG gegen sich, aber das OLG Schleswig und die jahrzehntelange, früher nicht beanstandete Praxis für sich.

9. Man kann nur hoffen, daß der BGH recht bald Gelegenheit erhält, der Unsicherheit im Berichtigungsverfahren ein Ende zu bereiten.

Notar a. D. Rudolf Ertl, Kempten (Allgäu)

14. BGB § 925; EGBGB Art. 233 § 7; DDR-ZGB §§ 67 I, 297 I, GBO § 20 (*Grundstückskaufverträge nach ZGB enthalten nicht die bei Antragsstellung nach dem 3. 10. 1990 erforderliche Auflassung*)

Das ZGB der DDR hat das Rechtsinstitut der Auflassung eines Grundstücks, die gem. § 925 Abs. 1 BGB vor einem Notar oder einer sonstigen dafür zuständigen Stelle erklärt werden muß, nicht gekannt. Ein auf der Grundlage des ZGB vor dem 3. 10. 1990 notariell beurkundeter Grundstückskaufvertrag enthält, auch wenn die in § 297 Abs. 1 S. 1 ZGB vorgeschriebenen Erklärungen des Veräußerers und des Erwerbers vor einem damals für die Beurkundung zuständigen Staatlichen Notariat abgegeben worden sind, keine nach BGB rechtswirksam erklärte Auflassung und darf vom Grundbuchamt deshalb nicht zur Grundlage der nach dem 3. 10. 1990 beantragten Eigentumsumschreibung gemacht werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BezG Dresden, Beschluß v. 13. 9. 1991 — 2 T 138/91 —, mitgeteilt von *Walter Böhringer*, Notar in Gerstetten

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin, eine LPG, erwarb zur Urkunde des staatlichen Notariats G. vom 13. 9. 1990 vier im Gebiet der damaligen DDR belegene Flurstücke zu gesamt 17,157 ha. Der Kaufvertrag enthielt u. a. folgende Bestimmungen:

2. Diese vier genannten Flurstücke verkauft Frau S. an die genannte LPG, auf die das Eigentum daran übergehen soll. Sie beantragen, diese Flurstücke von Blatt . . . lastenfrei abzuschreiben und auf das Grundbuchblatt zu übertragen, auf dem die Käuferin bereits als Eigentümerin eingetragen ist."

3. „Der Kaufpreis wurde noch vor der Währungsumstellung in Mark der DDR bezahlt und zwar in Höhe von 18.500,— Mark . . .“

4. „Nebenabreden wurden nicht getroffen. Die Übergabe der Flurstücke erfolgte am 1. Juni 1990 . . .“

Der Antrag auf Eigentumsumschreibung ging am 26. 10. 1990 beim Grundbuchamt ein. Er wurde durch Beschluß zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragsstellerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO).

Der Beschwerde hat das Kreisgericht G. richterlich nicht abgeholfen (§ 75 GBO)

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit für die Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde ergibt sich aus § 72 GBO in Verbindung mit dem Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990, Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet A: Rechtspflege, Abschnitt III, lit. 1 b, lit. 1 e Abs. lit. 1 h (BGBl. 889 ff.)

Die Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

Das Grundbuchamt G. führt in seinem beanstandeten Beschluß u. a. wörtlich aus: „Der vor dem Staatlichen Notariat G. am 13. 9. 1990 beurkundete Kaufvertrag ist am 26. 10. 1990, 14.00 Uhr, eingegangen. Damit sind nach Anlage I, Kap. III, Sachgebiet B (Art. 233 § 7 EGBGB) zum Einigungsvertrag ausschließlich die Rechtsvorschriften des BGB auf den vorliegenden Kaufvertrag anwendbar. In der Urkunde vom 13. 9. 1990 ist eine den Anforderungen des § 925 BGB genügende Aufassungsvormerkung nicht enthalten.“

Nach § 20 GBO darf das Grundbuchamt eine Eigentumsumschreibung nur dann vornehmen, wenn die rechtswirksame Einigung vorgelegt wird. Der in der Urkunde enthaltene Antrag auf Eigentumsumschreibung kann nicht in eine Einigung umgedeutet werden. Das Grundbuchamt müßte daher die Vorlage einer notariell beurkundeten Nachtragsklärung verlangen, in welcher eine formgerechte Aufassung enthalten ist. . . .

Zur Sache selbst ist nunmehr folgendes auszuführen:

Art. 233 § 7 EGBGB (Anl. I, Kapitel III, Sachgebiet B, Abschn. II Einigungsvertrag) soll verhindern, daß schwebende Eintragungsverfahren beim Grundbuchamt durch den Übergang auf das neue Recht beeinträchtigt werden. Am Tag des Wirksamwerdens - 3. 10. 1990 — des Beitritts der ehem. DDR noch anhängige Grundbuchverfahren sind danach nach dem BGB und der GBO zu behandeln.

Voraussetzung für die Eintragung ist bei einem Eigentumswechsel gem. § 20 GBO der Nachweis einer Einigung bez. der dinglichen Rechtsänderung. (Aufassung) Diese Einigung muß nach § 925, Abs. 1, S. 1 BGB vor einer zuständigen Stelle erklärt werden. § 297 I DDR-ZGB kennt eine derartige dingliche Einigung nicht. Am Tage der Beurkundung des Vertrages galt noch das ZGB. Die einschlägige Bestimmung lautet:

„Verträge, durch die Eigentum an Grundstücken übertragen werden soll, müssen die unbedingte und unbefristete Erklärung des Veräußerers und des Erwerbers enthalten, daß das Eigentum an dem Grundstück auf den Erwerber übergehen soll. Sie bedürfen der Beurkundung und der staatlichen Genehmigung.“

Die Beurkundung regelte § 67 DDR-ZGB Abs. 1, Satz 3. Dort heißt es:

„Die Beurkundung . . . erfolgt durch das Staatliche Notariat oder das sonst zuständige staatliche Organ.“

Die Staatlichen Notariate der DDR haben jahrzehntelang Beurkundungen in dieser bzw. ähnlicher Art vorgenommen. Eine Eintragungsfähigkeit ist — staatliche Genehmigung vorausgesetzt — von den Referaten Grundbuch bis zum 2. 10. 1990 nicht in Zweifel gezogen worden.

Das Rechtsinstitut der Aufassung kannte das ZGB der ehem. DDR nicht. Zwar bedarf die Aufassung zu ihrer Wirksamkeit keiner Beurkundung. Sie muß jedoch vor einem Notar oder sonst dazu befugten Stelle erklärt werden. Ein bestimmter Inhalt der Aufassungserklärung ist nicht vorgeschrieben. Bloßes Stillschweigen des Erwerbers zur Erklärung des Veräußerers genügt jedoch nicht (vgl. *Haegel/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. 1989, Rdnr. 3326).

Erforderlich ist eine ausdrückliche und deutliche Willensbekundung auf beiden Seiten, aus denen sich die Einigung über den Übergang des Eigentums ergibt. Ein entsprechender innerer Wille allein genügt ebenfalls nicht (vgl. OLG Frankfurt/M. Pfleger 1973 5. 394).

An diesen Kriterien gemessen genügen die Erklärungen der Vertragspartner im Vertrag vom 13. 09. 1990 nicht, um eine „Aufassung“, das heißt eine Vereinbarung über die Eigentumsübertragung annehmen zu können.

In Ziff. 2 des Vertrages vom 13. 09. 90 erklärt zwar Frau S., daß „sie die vier vorgenannten Flurstücke an die genannte LPG verkaufe, auf die das Eigentum übergehen soll.“ Eine entsprechende Annahmeerklärung der LPG ist jedoch nicht abgegeben worden. Daraus, daß die Kaufvertragsparteien beantragen, daß diese Flurstücke von Blatt 245 für B. lastenfrei abzuschreiben und auf das Grundbuchblatt zu übertragen sind, auf dem die Käuferin bereits als Eigentümerin eingetragen ist, kann die Annahmeerklärung der LPG hinsichtlich der vorerwähnten Erklärung der Verkäuferin, daß das Eigentum übergehen soll, nicht hergeleitet werden.

Im übrigen muß die dingliche Einigung auch selbständig zum Ausdruck kommen.

Dies schließt nicht aus, daß die LPG gegenüber der Verkäuferin auf Grund des Kaufvertrages einen Anspruch auf Erklärung der Aufassung hat, wenn die von der Verkäuferin behaupteten Umstände nicht vorliegen bzw. nicht nachgewiesen werden können.

Nach Art. 232 § 1 EGBGB (a. a. O.) gilt für ein Schuldverhältnis, das vor dem Wirksamwerden des Beitritts entstanden ist, das bisherige Recht. Somit sind Inhalt und Wirkung des Schuldverhältnisses nach dem Recht zu beurteilen, das zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes galt. Hiervon sind auch vertragliche Schuldverhältnisse erfaßt. Die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen.

Die Entscheidung des Grundbuchamtes war daher zu bestätigen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. zu vorstehender Entscheidung den Beitrag von *Ertl*, in diesem Heft S. 102

15. EGBGB Art. 231 § 5, Art. 233 § 4; EV Anl. I Kap. III Sachg. B Abschn. II Nr. 1, Abschn. III Nr. 1 d, 2 (*Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes für Gebäudeeigentum gem. § 27 LPG-Gesetz*)

1. Ist eine LPG gem. § 27 LPG-Gesetz Eigentümerin von Gebäuden unabhängig vom Eigentum am Boden, dann kann sie nach dem Beitritt der neuen Länder zur Bundesrepublik vom Grundbuchamt die Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern verlangen.

2. In das Gebäudegrundbuchblatt ist ein Eigentumswechsel auch dann einzutragen, wenn er sicherungshalber erfolgt.

(Leitsätze nicht amtlich)

BezG Dresden, Beschl. v. 25. 10. 1991 — 2 T 185/91 (nicht rechtskräftig)

Aus dem Tatbestand:

Das KrG Dresden — Kammer für Handelssachen — eröffnete das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des VEG Milchproduktion P. und bestimmte den Beteiligten zu 1) zum Verwalter. In seiner Funktion als Verwalter vereinbarte er in Form notarieller Beurkundung mit der LPG (P) „Grenzland“, der Beteiligten zu 2), daß die LPG als Sicherungsgeber ihm als Sicherungsnehmer das Eigentum an einem Wohngebäude bestehend aus 36 Wohneinheiten, welche näher beschrieben waren, überträgt. In dem genannten Vertrag erklärten die Parteien, daß sie einig seien, daß das Eigentum an den genannten Gebäuden auf den Bet. zu 1) als Verwalter der VEB Milchproduktion P. übergeht. Zugleich wurde beiderseits Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch bewilligt und beantragt und darüber hinaus, daß ein gesondertes Gebäudegrundbuch bzw. ein gesondertes Gebäudegrundbuchblatt angelegt werde.

Das Grundbuchamt wies die Anträge der Beteiligten zurück. Es begründete seinen Beschluß damit, daß bislang kein Gebäudegrundbuch für die Gebäude auf diesem Flurstück angelegt sei. An der Anlegung eines solchen sehe es sich durch die Collido-Grundbuchanweisung vom 27. 10. 1987 — V. I. 92 — behindert, da darin bestimmt sei, daß eine Anlegung nur auf Ersuchen des Rates der Gemeinde erfolgen könne; seit dem 3. 10. 1990 könne ein Gebäudegrundbuch überhaupt nicht mehr angelegt werden. Ein weiterer Grund der Zurückweisung sei darin gegeben, daß eine Sicherungsübereignung wegen des im Sachenrecht bestehenden Typenzwangs nur bei beweglichen Sachen möglich sei.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die nach § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde ist begründet. § 5 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über die Führung des Grundbuches in Sachsen vom 13. 6. 1991 (Gesetz- und Verordnungsblatt 1991, 153) schließt die Grundbuchbeschwerde nicht aus.

Das Grundbuchamt war anzuweisen, Gebäudegrundbuchblätter anzulegen und den Eigentumswechsel hinsichtlich des Gebäudeeigentums einzutragen.

Das Eigentum an den Wohngebäuden kann entsprechend § 11 ErbbauVO wie ein Grundstück übertragen werden.

Es liegt eine rechtswirksame Übertragung des Eigentums an den Gebäuden vor.

1. Die LPG „Grenzland“ war Eigentümerin der vorbezeichneten Wohngebäude. Dies ergibt sich aus § 27 LPG-Gesetz, nach dem die von den LPG auf dem von ihnen genutzten Boden errichteten Gebäude unabhängig vom Eigentum am Boden Eigentum der LPGs sind. Der LPG fehlt auch nicht die Verfügungsbefugnis über die Gebäude.

Daß der Übereignung der Gebäude eine Sicherungsabrede zugrunde liegt, führt zu keinem Eintragungshindernis. Zwar kann der Ansicht des Beschwerdeführers nicht zugestimmt werden, daß Gebäude lediglich verfahrensrechtlich wie Grundstücke zu behandeln sind und ansonsten wie bewegliche Sachen, jedoch ändert sich dadurch nichts an der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung. Daß Gebäude auch materiellrechtlich den Grundstücken gleichgestellt sind, ergibt sich aus der Anl. I Kap. III Sachg. B Abschn. II Art. 233 § 4 Abs. 1 EV. Dort ist nämlich bestimmt, daß für das Gebäudeeigentum die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend

gelten. Die Beurteilung der Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen an Gebäuden beurteilt sich demnach nach den im Grundstücksrecht herrschenden Grundsätzen.

In der Literatur finden sich Stimmen, die als Gegenstand der Sicherungsübereignung nur bewegliche Sachen zulassen wollen (beispielsweise *Soergel/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 90 Rz. 33). Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Sicherungseigentum kann begrifflich auch an Grundstücken begründet werden (vgl. MünchKomm-*Quack* BGB, 2. Aufl., Anh. §§ 929 bis 936 Anm. 6). Die abweichenden, auf bewegliche Sachen beschränkten Formulierungen in der Literatur verstehen diese offensichtlich nicht als Ausschluß der technischen Möglichkeit, sondern als Beschreibung der Vertragspraxis. In der Vertragspraxis kommt die Begründung von Sicherungseigentum an Grundstücken aus wirtschaftlichen Gründen nicht vor, weil die Belastung mit Gebühren und Steuern bei Grundstücken unverhältnismäßig sind und den Gläubigern durch die Sicherungsgrundschuld ein hinreichendes Sicherungsmittel zur Verfügung steht.

Die Zulassung der Sicherungsübereignung von Grundstücken bzw. grundstücksgleichen Rechten bedeutet auch keinen Verstoß gegen den *numerus clausus* der Sachenrechte oder gegen den Grundsatz des Typenzwangs. Dieser Grundsatz hat den Inhalt, daß die dinglichen Rechte ihrer Zahl und ihrem Inhalt nach festgelegt sind. Außerhalb des Eigentums und der bestehenden beschränkten dinglichen Rechte können keine neuen von den Parteien geschaffen werden. Der *numerus clausus* wird ergänzt durch die gesetzliche Fixierung der möglichen Sachenrechtstypen, d. h. es können die gesetzlich vorgesehenen Typen von den Parteien nicht oder nur in engen Grenzen abgeändert werden. Damit ist angesprochen, daß keine Gestaltungsfreiheit der Parteien im Sachenrecht besteht. Diese können also beispielsweise nicht eine Hypothek mit Inhaltselementen einer Grunddienstbarkeit vermischen.

Es besteht jedoch Abschlußfreiheit insoweit, ob ein gesetzlich zugelassenes dingliches Recht bestellt wird oder nicht.

Bei der Sicherungsübereignung von Grundstücken oder wie hier von Gebäuden wird volles Eigentum übertragen. Der Inhalt des Eigentumsrechts wird in dinglicher Hinsicht nicht verändert. Entscheidend ist, daß die Auflassung ohne Bedingungen erklärt worden ist (§ 925 Abs. 2 BGB).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien des Sicherungsvertrages unbedingtes Eigentum übertragen; die Sicherungsabrede ist lediglich schuldrechtlicher Natur.

Es ist auch nicht beantragt worden, das Eigentum an den Gebäuden im Gebäudegrundbuchblatt als Sicherungseigentum einzutragen.

Das Grundbuchamt hat grundsätzlich nicht das der Übereignung zugrundeliegende Kausalgeschäft zu prüfen. Die Übereignung der Gebäude zur Sicherung einer Forderung bildet auch keine Umgehung des Pfändbarkeits- und Verpfändbarkeitsverbots in § 25 Abs. 4 LPG-Gesetz, da das Gebäudeeigentum von dieser Vorschrift nicht erfaßt wird. Es handelt sich weder um Produktionsmittel der LPG, noch sind die Wohngebäude Grundlage der wirtschaftlichen Tätigkeit der LPG.

2. Das Grundbuchamt hat für die Gebäude auch ein Gebäudegrundbuchblatt anzulegen.

In der Anl. I Kap. III Sachg. B Abschn. III Nr. 1 d EV ist bestimmt, daß, soweit nach den am Tag vor dem Wirksamwerden des Beitritts geltenden Vorschriften Gebäudegrund-

buchblätter zu führen sind, diese Vorschriften weiter anzuwenden sind, sowie, daß die Kenntlichmachung und Anlegung des Gebäudegrundbuchblattes im Grundbuch des Grundstücks zu verzeichnen ist.

Nach § 16 Grundstücksdokumentationsordnung (GDO) gelten für die staatliche Dokumentation der Gebäude und der Rechte an Gebäuden oder Gebäudeteilen die Rechtsvorschriften über Grundstücke und Grundstücksrechte entsprechend, wenn durch Rechtsvorschriften festgelegt ist, daß Gebäude und Rechte an Gebäuden oder Gebäudeteilen auf besonderen Grundbuchblättern (Gebäudegrundblättern) nachgewiesen werden.

Die Grundbuchämter haben sich bislang geweigert, für Gebäude im Eigentum der LPG Gebäudegrundbuchblätter anzulegen, weil in diesem Bereich gerade keine Rechtsvorschriften vorhanden sind, die bestimmen, daß Gebäude und Rechte an Gebäuden auf besonderen Gebäudegrundbuchblättern anzulegen sind. Eine Bestimmung, daß Gebäudegrundbuchblätter anzulegen sind, findet sich beispielsweise in § 4 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken vom 14. 12. 1970 (GBl I, 372). Eine solche Regelung war bei den von den LPG errichteten Gebäuden bislang nicht notwendig. Hieraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, daß auch bei geänderten Bedingungen keine Gebäudegrundbücher anzulegen sind.

Die staatliche Dokumentation der Grundstücke und Eigentumsrechte an Grundstücken wird durch Eintragungen im Grundbuch vollzogen (§ 4 GDO). Ein Nachweis in Gebäudegrundbuchblättern für Gebäude oder Rechte an Gebäuden ist immer dann erforderlich, wenn Grund- und Gebäudeeigentum auseinanderfallen. Das ist im Fall des § 27 LPG-Gesetz gegeben. Diese Vorschrift regelt, daß Gebäude und Anlagen, die von der LPG auf dem von ihr genutzten Boden errichtet werden, unabhängig vom Eigentum am Boden Eigentum der LPG werden.

Gebäudeeigentum ist auch selbst verkehrsfähig. Dies ergibt eine Zusammenschau aus Art. 231 § 5 und Art. 233 § 4 EGBGB. Gebäudeeigentum wird danach wie Grundstückseigentum übertragen. Zur Übertragung des Eigentums ist nach § 873 Abs. 1 BGB die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Deshalb ist es auch weiterhin notwendig, Gebäudegrundbuchblätter anzulegen, weil ansonsten dem Gebäudeeigentum die Verkehrsfähigkeit genommen würde.

Die §§ 7 bis 17 der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung gelten auch für das Verfahren bei Führung von Gebäudegrundbuchblättern (Anl. I Kap. III Sachg. B Abschn. III Nr. 2 EV). In dessen § 7 Abs. 1 ist bestimmt, daß für ein Grundstück, das ein Blatt bei der Anlegung des Grundbuchs nicht erhalten hat, ein Grundbuchblatt von Amts wegen angelegt wird.

Hieran ist das Grundbuchamt auch nicht durch die Collidogrundbuchanweisung vom 27. 10. 1987 — VI. 92 — gehindert. Eine Weisungsgebundenheit des Grundbuchamtes an diese interne Verwaltungsvorschrift besteht seit 3. 10. 1990 nicht mehr.

Hinweis der Schriftleitung

Vgl. zu vorstehender Entscheidung den Beitrag von *Böhringer*, in diesem Heft S. 112.

16. GBO § 49 (*Leibgeding an städtischem Anwesen*)

Das für die Eintragung eines Leibgedings erforderliche Einrücken des Übernehmers in eine dadurch zumindest teilweise vermittelte Existenzgrundlage ist bei städtischen Anwesen regelmäßig anzunehmen.

LG Bamberg, Beschluß vom 1. 8. 1991 — 3 T 106/91 — mitgeteilt von Notar *Heinz Weidner*, Bamberg.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus dem Tatbestand:

Am 13. 6. 1991 haben die Eheleute Joseph und Barbara F. mit der aus erster Ehe von Joseph F. stammenden Tochter Erika M. die Übergabe des Herrn F. gehörenden Anwesens in B. vor dem Notar vereinbart.

Unter Ziff. III. 1) a), b), c) und d) wurde folgendes vereinbart:

III. Vertragsbestimmungen

Für diese Übergabe gelten folgende Bestimmungen:

1) Die Übernehmerin Erika M. gewährt den Eheleuten Joseph und Barbara F. als Gesamtberechtigten nach § 428 BGB, vom Tage der Besitzübergabe an auf deren Lebenszeit folgende unentgeltlichen Rechte:

a) Zur Wohnung und zur ausschließlichen Benützung erhalten die Eheleute Joseph und Barbara F. im übergebenen Anwesen die ganze Wohnung im 1. Obergeschoß, bestehend aus 3 Zimmern, Küche und Bad. Ferner erhalten die Eheleute Joseph und Barbara F. zur alleinigen Benützung die Garage im Haus.

Die Eheleute Joseph und Barbara F. dürfen ferner den Keller mitbenützen sowie alle sonstigen zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, wobei ihnen jederzeit freier Zutritt zu gewähren ist.

Die Kosten für ihren Strom- und Wasserverbrauch sowie die Kosten der Beheizung ihrer Austragswohnung tragen die Berechtigten selbst. Alle sonstigen verbrauchsabhängigen Nebenkosten gehen zu Lasten der Übernehmerin Erika M.

Die Übernehmerin Erika M. hat auch das Anwesen bewohnbar und beheizbar zu erhalten sowie die Kosten der Instandhaltung zu tragen.

Hinsichtlich der Schönheitsreparaturen vereinbaren die Vertragsteile mit rein schuldrechtlicher Wirkung folgendes:

Die Übernehmerin Erika M. verpflichtet sich, die Schönheitsreparaturen für die Wohnung der Berechtigten als Gesamtschuldnerin mit ihrem Bruder Erwin F., der diese Verpflichtung in einer gesonderten Urkunde übernehmen wird, zu übernehmen. Untereinander sind die Geschwister F. zu gleichen Anteilen verpflichtet. Das Material für die Schönheitsreparaturen werden die Berechtigten zur Verfügung stellen.

b) Auf Verlangen hat Frau Erika M. auch für die Eheleute Joseph und Barbara F. unentgeltlich deren Haushalt zu führen oder führen zu lassen. Die Haushaltsführung umfaßt namentlich die Zubereitung der Mahlzeiten, die Reinigung der Austragswohnung, die Pflege von Kleidung und Wäsche sowie die Erledigung von Besorgungen und Gängen.

Außerdem übernimmt Frau Erika M. in alten und in kranken Tagen der Eheleute Joseph und Barbara F. die häusliche Pflege, entsprechend den jeweiligen Gesundheitsverhältnissen der Berechtigten. Die häusliche Pflege umfaßt insbesondere alle erforderlichen Dienstleistungen und Handreichungen, auch eine etwa erforderlich werdende Dauerpflege, soweit dies ohne Inanspruchnahme einer bezahlten familienfremden Pflegeperson möglich ist. Hierüber entscheidet im Zweifelsfall der Hausarzt der Eheleute Joseph und Barbara F.

c) Beim Ableben eines der Berechtigten ist der Überlebende auf Lebenszeit allein berechtigt.

d) Zur Sicherung der vorstehenden Wohnungs- und Benützungsrechte wird hiermit für die Eheleute Joseph und Barbara F. als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB am oben bezeichneten Grundstück eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit

bestellt und für die übrigen Ansprüche, mit Ausnahme der schuldrechtlichen Vereinbarungen, eine

R e a l l a s t

an diesem Grundstück.

Beide Rechte sollen zu einem Leibgeding zusammengefaßt werden. Zur Löschung soll der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen.

Durch Zwischenverfügung hat das Amtsgericht — Grundbuchamt — es abgelehnt, die Eintragung in der beantragten Form zu vollziehen

mit der Begründung, für das Vorliegen eines Altenteilsvertrages sei erforderlich, daß der Übernehmer kraft der Nutzung des überlassenen Grundstücks in die Lage versetzt werde, sich eine eigene Lebensgrundlage zu schaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt zu gewinnen. Der vorliegende Vertrag entspreche nicht dieser Anforderung, so daß eine Sammelbuchung als Leibgeding ausscheide.

Der hiergegen mit Schreiben des Notars eingelegten Erinnerung wurde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 71 Abs. 1 Grundbuchordnung, § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 Abs. 1 h) RpfLG als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist begründet. Die Kammer teilt die Ansicht des zur Einlegung der Beschwerde befugten Notars (§ 15 Grundbuchordnung).

Nach Ansicht der Kammer erfüllt der vorliegende Vertrag vom 13.6.1991 die Voraussetzungen für die Bejahung eines Altenteilsvertrages im Sinne des § 49 GBO i.V.m. Art. 7 ff. AGBGB (Art. 96 EGBGB). Zu Recht weist in diesem Zusammenhang das Amtsgericht B. darauf hin, daß zwischen Berechtigten und Verpflichteten verwandtschaftliche Beziehungen bestehen, die örtliche Bindung an das übergebene Grundstück vorliege und auch die teilweise Versorgung der Berechtigten durch die notarielle Vereinbarung sichergestellt werden solle.

Wenn das Amtsgericht vorliegend als weiteres erforderliches Kriterium die Begründung einer zumindest teilweisen Existenzgrundlage für die Übernehmerin durch ihr Nachrücken vermißt, teilt die Kammer diese Ansicht nicht.

Zu Recht weist der beschwerdeführende Notar in seiner Stellungnahme darauf hin, ein städtisches Wohnhaus, in welchem die Übernehmerin eine Wohnung selbst bewohnen oder durch Vermietung nutzen könne, sei geeignet, eine Existenz wenigstens teilweise zu begründen.

Der wirtschaftliche Nutzwert einer Wohnung im städtischen Bereich kann — wie der Beschwerdeführer weiter ausführt — durchaus mit 1.000,— DM monatlich angesetzt werden. Demgegenüber ist der Nutzen landwirtschaftlicher Anwesen, bei denen Leibgedingsrechte unzweifelhaft eintragungsfähig sind, in vielen Fällen erheblich geringer. Dies gilt vermehrt in einer Zeit, in der viele kleinbäuerliche Betriebe nicht mehr existenzfähig sind und, wenn überhaupt noch, nur als Nebenerwerbslandwirtschaft geführt werden.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß nach der Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (vgl. Beschluß 25.3.1975, RpfL 75, 314, 315 [= DNotZ 1975, 622 = MittBayNot 1975, 170]) auch städtische Wohngrundstücke mit einem Leibgeding belastet werden können. Die vom Amtsgericht Aachen geforderte Beschränkung auf eine gewerbliche Nutzung des übernommenen Grundstücks (vgl. Beschluß vom 11.10.1990, RpfL 91, 106) kann nach Ansicht der Kammer nicht das entscheidende Kriterium für die Annahme der Begründung einer Existenzgrundlage sein. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob die Nutzung des übernommenen Grundstücks — auf welche Weise auch immer — einen Teil der Existenz des Übernehmers (der Übernehmerin) sichern kann. Dies ist bei der Überlassung eines Wohnanwesens im städtischen Bereich zu bejahen, weshalb der Beschwerde stattzugeben war. Antragsgemäß ist deshalb die Eintragung vorzunehmen.

17. BGB §§ 242, 1372 ff. (*Voraussetzungen eines Ausgleichs von Ehegattenzuwendungen bei gesetzlichem Güterstand wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage*)

- a) Zuwendungen, die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstandes einander gemacht haben und deren Wert sie, gestützt auf das Scheitern der Ehe, zurückverlangen, werden grundsätzlich allein güterrechtlich ausgeglichen (Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung BGHZ 82, 227; Urteil vom 22.4.1982 — IX ZR 35/81 — FamRZ 1982, 778 [= DNotZ 1983, 177]).
- b) Erstrebt der Zuwender in Abweichung von diesem Grundsatz eine Ausgleichung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, so gehört zur schlüssigen Klagebegründung die Darlegung, daß das Ergebnis, zu dem der Zugewinnausgleich unter Einbeziehung der Zuwendung führt, schlechthin unangemessen und für ihn unzumutbar ist.
- c) Zu den Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise Ausgleichung der Zuwendung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verlangt werden kann.

BGH, Urteil vom 10.7.1991 — XII ZR 114/89 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war vom 22.10.1982 bis 16.8.1988 in zweiter Ehe mit dem Beklagten verheiratet. Bei Eingehung der Ehe, in der die Parteien im gesetzlichen Güterstand lebten, erteilten sie sich gegenseitig Bankvollmacht. Die Klägerin räumte dem Beklagten außerdem die Verfügungsbefugnis über ein Wertpapierdepot bei der D-Bank ein, das sie im Jahre 1980 mit dem Erwerb festverzinslicher Wertpapiere zu einem Kurswert von 59.400 DM eröffnet hatte. Als den Eheleuten am 19.5.1983 ein Kind geboren wurde, beschlossen sie, daß die Klägerin gegen ihre Tochter aus erster Ehe, die beim Vater lebte, Unterhaltsabänderungsklage erheben sollte, um die dieser bis dahin geschuldete Unterhaltsrente von 200 DM monatlich nicht mehr zahlen zu müssen. Dabei kamen die Parteien überein, zuvor die Wertpapiere von der Klägerin auf den Beklagten zu übertragen. Unter dem 1.6.1983 unterzeichneten sie eine Vereinbarung, wonach die Klägerin dem Beklagten wegen ihr in der Zeit vom 28.8.1979 bis 25.5.1983 zum laufenden Lebensunterhalt und für sonstige Ausgaben gewährter Geldbeträge von insgesamt 55.000 DM sowie gegen Zahlung eines zusätzlichen Betrages von 5.000 DM das Wertpapierdepot übertrug. Am 1.7.1983 ließ der Beklagte die Wertpapiere aus dem Depot der Klägerin in sein eigenes übertragen. Die sodann erhobene Abänderungsklage der Klägerin hatte jedoch keinen Erfolg. Am 7.12.1983 veräußerte der Beklagte die Wertpapiere zum Preise von 61.355,90 DM. Mit Einverständnis der Klägerin verwendete er den Erlös dazu, um Hypothekenschulden abzulösen, die auf in seinem Alleineigentum stehenden Immobilien lasteten und höhere Zinsen erforderten, als die Wertpapiere abwarfen.

Auf die Klage, mit der die Klägerin den Veräußerungserlös beansprucht, hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 61.355,90 DM nebst 4 % Zinsen seit 26.7.1987 verurteilt. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Nach der Beurteilung des Berufungsgerichts steht der Klägerin ein Zahlungsanspruch in Höhe des Erlöses zu, den der Beklagte aus dem Verkauf der Wertpapiere erzielt hat, weil die Geschäftsgrundlage für die Zuwendung an den Beklagten, bei der offenbleiben könne, ob es sich um eine Schenkung oder eine sogenannte unbenannte Zuwendung handele, spätestens mit der Scheidung weggefallen sei. (*Wird ausgeführt.*)

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision zu Recht.

1. Die Frage, wie Zuwendungen auszugleichen sind, die Ehegatten während des gesetzlichen Güterstandes einander

gemacht haben und die sie, gestützt auf das Scheitern der Ehe, zurückverlangen, wird nicht einheitlich beurteilt.

Teilweise wird die Meinung vertreten, die Ausgleichung sei nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln im Wege selbständiger Einzelrückabwicklung durchzuführen. Der Anspruch auf Rückgewähr und der Zugewinnausgleich seien zu trennen. Die Rückabwicklung stelle erst den Zustand her, auf dessen Grundlage der Zugewinnausgleich erfolge (vgl. etwa Kühne, zuletzt JR 1982, 237 in Anmerkung zu BGHZ 82, 227; Erman/Heckelmann, BGB 8. Aufl. § 1363 Anm. 4 S. 773; MünchKommB/Gernhuber, 2. Aufl. Rdnr. 21 f. vor § 1363; Soergel/Lange, BGB 12. Aufl. § 1372 Rdnr. 8, je m. w. N.). Danach ist der Rückgewähranspruch vorweg selbständig geltend zu machen oder, wenn das nicht geschieht, beim Zugewinnausgleich incident zu beurteilen. Soweit er besteht, ist er als Vermögenswert des Zuwenders zu berücksichtigen, d. h. in dessen Endvermögen als Aktivum anzusetzen. Entsprechend ist auf Seiten des Zuwendungsempfängers eine entsprechende Verbindlichkeit einzustellen.

Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof die sogenannte güterrechtliche Lösung vertreten, nach der die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich auch für derartige Zuwendungen der Ehegatten ein Ausgleichssystem zur Verfügung stellen. Danach bedarf es in aller Regel keines Rückgriffs auf allgemeine schuldrechtliche Vorschriften, insbesondere die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Vielmehr kommt den Vorschriften des ehelichen Güterrechts über den Ausgleich des Zugewinns der Vorrang zu. Durch sie werden die allgemeinen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in aller Regel verdrängt und daraus abzuleitende Ausgleichsansprüche in weitem Umfang ausgeschlossen. Nur zur Korrektur schlechthin unangemessener und untragbarer Ergebnisse kann der Rückgriff auf § 242 BGB geboten sein (vgl. BGHZ 65, 320, 324 f.; 68, 299, 302 ff.; 82, 227, 232 ff.; Urteil vom 22. 4. 1982 — IX ZR 35/81 — FamRZ 1982, 778, 779 [= DNotZ 1983, 117] sowie zuletzt Urteil vom 4. 4. 1990 — IV ZR 42/89 — FamRZ 1990, 855). An dieser Rechtsprechung, der der erkennende Senat bereits im Urteil vom 5. 10. 1988 (IVb ZR 52/87 — FamRZ 1989, 147, 149) gefolgt ist und die auch im Schrifttum Zustimmung gefunden hat (vgl. etwa Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946; Holzhauser, JuS 1983, 830; Tiedtke, JZ 1984, 1078, 1082 f.; Johansen/Henrich/Jaeger, Ehe recht § 1372 Rdnr. 8; Palandt/Diederichsen, BGB 50. Aufl. § 1372 Rdnr. 4; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts 2. Aufl. Teil VII Rdnr. 159 sowie im Ergebnis Staudinger/Thiele, BGB 12. Aufl. § 1363 Rdnr. 14, je m. w. N.; vgl. auch Bosch in Anm. FamRZ 1982, 249 sowie Göppinger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung 6. Aufl. Rdnr. 517 ff., 519 ff.), ist festzuhalten.

a) Die von der Gegenmeinung vertretene Ausgleichung der Zuwendungen im Wege selbständiger Einzelrückabwicklung bereitet Schwierigkeiten. Sie folgen aus dem Zusammenhang, der zwischen derartigen Zuwendungen und dem Zugewinnausgleich besteht. Ein solcher Zusammenhang wird im Gesetz ausdrücklich hergestellt durch die Anrechnungsbestimmung des § 1380 Abs. 1 BGB. Diese Vorschrift gelangt auch dann zur Anwendung, wenn vorweg entschieden worden ist, ob und inwieweit die Zuwendung nach § 242 BGB auszugleichen ist. Hat diese Beurteilung ergeben, daß die Zuwendung in vollem Umfang dem Zuwendungsempfänger verbleibt, so ist sie in den Fällen des § 1380 Abs. 1 BGB gleichwohl auf eine Zugewinnausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers anzurechnen. Kommt es — wie in der Regel — zu einer Anpassung durch Verpflichtung zur teil-

weisen Erstattung, so ist das, was dem Zuwendungsempfänger von der Zuwendung verbleibt, auf seine Zugewinnausgleichsforderung anzurechnen. Dadurch kommt es zu einer weiteren Ausgleichung, die das Ergebnis der vorausgegangenen Rückabwicklung verändert und es „verfälschen“ kann, wenn die Rechtsfolge aus § 1380 BGB nicht von vornherein — vorausschauend — berücksichtigt wird.

Auch unabhängig von § 1380 BGB kann sich bei der Beurteilung der Rückabwicklung das Bedürfnis ergeben, das Ergebnis des Zugewinnausgleichs vorausschauend zu berücksichtigen, etwa um zu vermeiden, daß nach § 242 BGB etwas zugesprochen wird, was aufgrund des Zugewinnausgleichs (teilweise) wieder zurückgewährt werden muß (vgl. BGHZ 68, a. a. O. S. 303). Ferner kann dieses Bedürfnis bestehen, wenn, wie es teilweise vertreten wird, auf den Rückabwicklungsanspruch dasjenige anzurechnen ist, was der rückfordernde Ehegatte über §§ 1372 ff. BGB als Zugewinn fordern könnte (vgl. Soergel/Lange a. a. O. Rdnr. 8 a).

Die Schwierigkeiten, die sich aus dieser Verknüpfung der Zuwendungen mit dem Zugewinnausgleich ergeben, werden dadurch erhöht, daß der auf § 242 BGB gestützte Anspruch auf Rückabwicklung keine Familiensache darstellt und daher, weil er vom Zugewinnausgleich zu trennen ist, grundsätzlich in einem separaten Verfahren geltend zu machen ist, für das das Gericht für allgemeine Zivilsachen zuständig ist (vgl. Senatsbeschuß vom 15. 10. 1980 — IVb ZR 503/80 — FamRZ 1981, 19, 21), während über den Zugewinnausgleichsanspruch das Familiengericht entscheidet.

Diese Umstände sprechen dafür, den Ausgleich der Zuwendungen in das Güterrecht zu integrieren und mit dem Ausgleich des Zugewinns in einem Akt durchzuführen.

b) Eine solche Einbeziehung ist möglich, da das Ausgleichssystem des Güterrechts auch gegenseitige Zuwendungen der Ehegatten zu erfassen vermag. Derartige Zuwendungen werden, gleichgültig ob es sich um Schenkungen oder ehebedingte Zuwendungen handelt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 17. 1. 1990 — XII ZR 1/89 — FamRZ 1990, 600 [= DNotZ 1991, 492 = MittBayNot 1990, 178]), nicht von § 1374 Abs. 2 BGB erfaßt und daher nicht dem Anfangsvermögen des Zuwendungsempfängers zugerechnet (Senatsurteil BGHZ 101, 65, 69 ff.), sondern fallen in den Zugewinn und erhöhen diesen, soweit ihr Wert beim Ende des Güterstandes noch vorhanden ist. Ergibt sich infolge der Zuwendung für den Zuwendungsempfänger ein höherer Zugewinn als für den Zuwendner, so hat dieser einen Anspruch nach § 1378 Abs. 1 BGB. Einem solchen Anspruch steht § 1380 BGB nicht entgegen; denn diese Vorschrift greift nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur ein, soweit ein Ausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers besteht. Soweit dieser im voraus mehr erhalten hat, als seine Ausgleichsforderung ohne die Zuwendung ausmachen würde, trifft § 1380 BGB keine Regelung (vgl. BGH Urteil vom 22. 4. 1982, a. a. O. S. 779). Damit ermöglichen die Zugewinnausgleichsregeln eine Ausgleichung der genannten Zuwendungen, gleichgültig ob die jeweilige Zuwendung sich im Rahmen dessen hält, was der Zuwendungsempfänger ohne die Zuwendung als Zugewinnausgleich zu beanspruchen hätte (sogenannter vorweggenommener Zugewinnausgleich), oder ob die Zuwendung wertmäßig den ohne sie geschuldeten Zugewinnausgleich übersteigt (sogenannte überschüssige Zuwendung).

c) Hiernach muß es für den Ausgleich von Zuwendungen, die Ehegatten einander während des gesetzlichen Güterstandes

gemacht haben, in aller Regel mit dem güterrechtlichen Ausgleich als der vom Gesetz vorgesehenen Lösung sein Bewenden haben. Da jedes Rechtsverhältnis dem Grundsatz von Treu und Glauben untersteht, kann die Anwendung des § 242 BGB indessen auch bei diesem Ausgleich nicht ausgeschlossen werden. Sie muß allerdings im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben, in denen die güterrechtlichen Vorschriften den im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt nicht zu erfassen vermögen und das Ergebnis der güterrechtlichen Abwicklung schlechthin unangemessen und für den Zuwendenden unzumutbar unbillig ist.

Ein solcher Ausnahmefall ist in der Rechtsprechung bislang in Fällen angenommen worden, in denen zu dem finanziellen Interesse des Zuwendenden an einem wertmäßigen Ausgleich besondere Umstände hinzutreten, die ein schutzwürdiges Interesse an der Rückübertragung des Eigentums an dem zugewendeten Vermögensgegenstand begründeten und es unerträglich erscheinen ließen, daß der andere Ehegatte auf dem Eigentum beharrte, statt es — gegen Zahlung eines angemessenen Ausgleichs — auf den Zuwendenden zurückzuübertragen (vgl. BGHZ 68 a. a. O. S. 304 ff.; 82 a. a. O. S. 236 f. und FamRZ 1982, a. a. O. S. 779).

Darum geht es hier jedoch nicht. Das Interesse der Klägerin ist nicht auf die Rückgewähr bestimmter Gegenstände, sondern allein auf die Rückerstattung von Vermögenswerten gerichtet. Wann § 242 BGB in einem solchen Fall eingreift, hat der Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden.

Bei der Konkretisierung der Voraussetzungen, unter denen ein solcher Ausnahmefall in Betracht kommt, kann der Maßstab der Ausgleichung; den das Gesetz in der speziell für das Scheitern der Ehe getroffenen güterrechtlichen Regelung generell vorsieht, nicht unberücksichtigt bleiben. Danach wird die Grenze der Unangemessenheit und Untragbarkeit kaum je überschritten sein, solange der Zuwendende einen Ausgleich in Höhe des halben Wertes der Zuwendung erhält. Denn mit der hälftigen Beteiligung ist ein Maß an Ausgleich erreicht, das nach dem Grundgedanken der Zugewinnausgleichsregelung grundsätzlich nicht als untragbar bezeichnet werden kann. Aus der Sicht des dort geltenden Prinzips hälftiger Ausgleichung, das auch der Anrechnungsregelung des § 1380 Abs. 1 BGB zugrunde liegt, ist es vielmehr normal, wenn der Zuwendende über den Zugewinnausgleichsanspruch (nur) den halben Wert seiner Zuwendung zurückerhält. Aber auch wenn sein Ausgleichsanspruch dahinter zurückbleibt, ist eine Korrektur nicht ohne weiteres geboten, weil sich in gewissen Abweichungen von der hälftigen Beteiligung ein noch normal zu nennendes Risiko verwirklicht, wie es im Zugewinnausgleich angelegt ist und vor dem auch der Ehegatte, der die Zuwendung gemacht hat, nicht völlig bewahrt bleiben kann (ebenso *Reinicke/Tiedtke* a. a. O. S. 953; *Schwab*, a. a. O. Rdnr. 120; *Tiedtke*, a. a. O. S. 1083). Um die Unerträglichkeit eines derartigen Ergebnisses und die Unabweisbarkeit seiner Korrektur durch die Anwendung von § 242 BGB zu begründen, müssen vielmehr weitere Gründe hinzutreten, die den Rückgriff auf die verdrängten Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unter Berücksichtigung der übrigen konkreten Umstände des Einzelfalles zwingend gebieten. Derartige Gründe mögen etwa in Betracht kommen, wenn einerseits der Zuwendungsempfänger bei Ehezeitende keinen Zugewinn aufzuweisen hat, weil die Zuwendung ihm zur Erhal-

tung des Anfangsvermögens gedient hat und damit keine Zugewinnausgleichsverpflichtung auslöst, obwohl sie wertmäßig im Endvermögen noch vorhanden ist, und wenn andererseits der Zuwendende in seinem Auskommen beeinträchtigt ist, weil er mit den ihm verbliebenen Mitteln seinen angemessenen Unterhalt nicht bestreiten kann. Ein derartiger Notbedarfsfall, der im Schenkungsrecht zur Rückforderung des Geschenkes berechtigen kann (§ 528 BGB), kann auch bei Zuwendungen der vorliegenden Art dazu führen, daß das in Anwendung der Vorschriften über den Zugewinnausgleich gewonnene Ergebnis für den Zuwendenden schlechthin unzumutbar ist.

2. Danach kann die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die Verdrängung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage hier nicht gelten könne, weil die Vorschriften des Güterrechts zu einem untragbaren Ergebnis führten, nicht bestehen bleiben. Denn das Berufungsgericht hält es für möglich, daß die Klägerin einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe des halben Wertes der Zuwendung hat.

Ohne den Zugewinnausgleich der Parteien näher zu beurteilen, hat das Gericht festgestellt, daß die Klägerin bei Berücksichtigung der Vermögensminderung, die durch die Zuwendung eingetreten ist, keinen Zugewinn erzielt hat, weil der Wertzuwachs ihrer Eigentumswohnung jene Vermögensminderung nicht annähernd ausgleicht. Dagegen hält es einen Zugewinn des Beklagten in Höhe des Wertes der Zuwendung für möglich. Da der Beklagte den Erlös aus dem Verkauf der Wertpapiere zur Ablösung von Grundpfandrechten durch Tilgung der zugrundeliegenden Darlehensverbindlichkeiten verwendet hat, liegt in der Tat nahe, daß die durch die Zuwendung eingetretene Vermögensmehrung zu einem entsprechend höheren Endvermögen geführt hat. Ferner kommt in Betracht, daß während der Ehe eingetretene Wertsteigerungen seines Immobilienvermögens, das nach dem Vorbringen der Klägerin aus zwei Reihenhäusern und vier Eigentumswohnungen besteht, den durch die Zuwendung entstandenen Zugewinn weiter erhöht haben. Beliefe sich dieser dadurch insgesamt auf das Doppelte des Wertes der Zuwendung, so erhielte die Klägerin diesen Wert durch den Zugewinnausgleich sogar in vollem Umfang zurück. Danach ist nicht einmal auszuschließen, daß die Klägerin als Zugewinnausgleich einen Betrag verlangen kann, der den Wert der Zuwendung übersteigt. Die Ausgleichsforderung ist nicht verjährt (§ 1378 Abs. 4 BGB).

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. In der neuen Verhandlung hat die Klägerin Gelegenheit, gemäß den vorstehenden Rechtsgrundsätzen zur Höhe ihrer Zugewinnausgleichsforderung Näheres vorzutragen und darzulegen, daß dieses Ergebnis der Ausgleichung schlechthin unangemessen und für sie unzumutbar ist. Dieses Vorbringen gehört zur schlüssigen Begründung ihrer auf § 242 BGB gestützten Klage.

4. Soweit das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß es bei einem Ausgleich der Zuwendung nach den Vorschriften des Güterrechts sein Bewenden haben muß, und wie im Urteil ins Auge gefaßt, der Frage nachgehen sollte, ob der Klägerin ein Rückgewähranspruch wegen Schenkungswiderrufs nach § 530 BGB zusteht, wird es zu berücksichtigen haben, daß die Zuwendung nach den übereinstimmenden Erklärungen beider Parteien bei ihrer Anhörung vom

24.5.1989 „auf der Basis einer gemeinsamen Ehe“ erfolgt ist. Das spricht dafür, daß die Zuwendung keine Schenkung, sondern eine ehebedingte Zuwendung darstellt, weil sie um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht worden ist und darin ihre Geschäftsgrundlage hat (vgl. Senatsurteil vom 17. 1. 1990 a. a. O. FamRZ 1990, 601).

18. BGB §§ 1821, 2205, 2217; GBO § 19, § 52 (*Surrogaterwerb durch Testamentsvollstrecker; keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu Kaufpreisfinanzierungsgrundschuld*)

1. Haben Eltern, die als Testamentsvollstrecker für ihre minderjährigen Kinder ein Grundstück aus dem Nachlaß verkauft haben, den Erlös unter ihren Kindern im Weg der Tellauseinandersetzung aufgeteilt, so sind dadurch die Erlösanteile aus dem Nachlaß ausgeschieden und das Verwaltungsrecht der Testamentsvollstrecker daran ist erloschen.
2. Wird mit dem Erlösanteil ein anderes Grundstück für einen der Miterben erworben, so kann dieses Grundstück nicht Teil des Nachlasses werden; die Eltern können insoweit nur als gesetzliche Vertreter handeln. Ein Testamentsvollstreckervermerk am neu erworbenen Grundstück kann nicht eingetragen werden.
3. Soll beim Erwerb eines Grundstücks für ein minderjähriges Kind eine Grundschuld zur Finanzierung des Kaufpreises eingetragen werden, bedarf die Bestellung der Grundschuld nicht der gesonderten Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

BayObLG, Beschluß vom 14.11.1991 — BReg. 2 Z 135/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 75 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

I. Der minderjährige Beteiligte zu 1 und seine minderjährige Schwester sind vom Großvater durch Testament zu seinen alleinigen Erben eingesetzt worden. Der Großvater ist 1986 verstorben. Er hat in seinem Testament außerdem die Beteiligte zu 2, die Mutter der beiden Erben, zur Testamentsvollstreckerin und für den Fall des Verkaufs von Nachlaßgegenständen den Beteiligten zu 3, seinen Sohn und Vater der Erben, zum weiteren Testamentsvollstrecker ernannt.

Die Beteiligten zu 2 und 3 veräußerten als Testamentsvollstrecker ein zum Nachlaß gehörendes Anwesen. Hinsichtlich des Erlöses führte die Beteiligte zu 2 die Auseinandersetzung unter den Miterben in der Weise herbei, daß der Erlös jedem der beiden Miterben je zur Hälfte als Alleinberechtigtem zustand. Sie gab den Erlös allerdings nicht aus der Testamentsvollstreckung frei.

Die Beteiligten zu 2 und 3 beabsichtigen nun, für den Beteiligten zu 1 eine Eigentumswohnung zu erwerben. Da sein Erlösanteil aus dem zum Nachlaß gehörenden Anwesen den Kaufpreis dafür nur etwa zur Hälfte deckt, soll außerdem an der zu erwerbenden Eigentumswohnung eine Grundschuld zur Finanzierung der zweiten Hälfte des Kaufpreises bestellt werden.

Die entsprechenden Erklärungen zum Abschluß eines notariellen Kaufvertrags, zur Auflassung und deren Grundbucheintragung sowie zur Bewilligung und Eintragung der Grundschuld haben die Beteiligten zu 2 und 3 als Testamentsvollstrecker abgegeben; außerdem haben sie die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks bei der Eigentumswohnung beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 6.2.1991 die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den notariellen Kaufvertrag gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 5, § 1643 Abs. 1 BGB (Nr. 1), die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für die Eintragung der Grundschuld gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1643

Abs. 1 BGB (Nr. 2), die Genehmigung der Grundschuldbestellung durch die Beteiligte zu 2 in notarieller Form (Nr. 3) und die Rücknahme des Antrags auf Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks (Nr. 4) verlangt. Das Grundbuchamt vertritt in der Zwischenverfügung die Ansicht, daß ein Fall der dinglichen Surrogation nicht vorliege, da nur etwa die Hälfte des Kaufpreises für die Eigentumswohnung aus Mitteln des Nachlasses stamme; daher hätten die Beteiligten zu 2 und 3 die entsprechenden Erklärungen nicht allein als Testamentsvollstrecker abgeben können. Deshalb sei die Grundschuldbestellung durch den Beteiligten zu 3 allein nicht möglich, die Beteiligte zu 2 als weitere gesetzliche Vertreterin des Beteiligten zu 1 müsse auch mitwirken. Mangels dinglicher Surrogation werde die Eigentumswohnung nicht mehr Teil des Nachlasses sein, also nicht der Testamentsvollstreckung unterliegen.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten mit Beschluß vom 22.7.1991 zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist überwiegend erfolgreich; es führt zur Aufhebung der Nrn. 1 mit 3 der Zwischenverfügung. Im übrigen ist es unbegründet.

1. Das Landgericht hat, teilweise unter Bezugnahme auf die Begründung der Zwischenverfügung, ausgeführt:

Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers ergäben sich aus § 2206 BGB. Danach komme ein Zuerwerb von Grundbesitz durch den Testamentsvollstrecker im allgemeinen nicht in Frage. Eine Ausnahme bestehe nur bei Surrogationserwerb oder beim Erwerb zur Abrundung des bereits vorhandenen Grundbesitzes mit Mitteln des Nachlasses. Beide Fälle lägen hier nicht vor; insbesondere könne kein Surrogationserwerb angenommen werden, weil die Eigentumswohnung zur Hälfte mit nachlaßfremden Mitteln erworben werde. Im übrigen würden durch die Testamentsvollstreckung die §§ 1643, 1821 BGB nicht außer Kraft gesetzt, wenn der Erwerb nicht nur mit Nachlaßmitteln erfolge.

Nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedürfe folglich auch die Bestellung der Grundschuld der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da die Belastung eines Grundstücks eine Verfügung im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB darstelle. Hier komme noch hinzu, daß der Beteiligte zu 1 sich wegen der Ansprüche aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe.

Da die Vertretung eines Kindes nach § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB beiden Eltern gemeinsam zustehe, müsse auch die Beteiligte zu 2 bei der Bestellung der Grundschuld mitwirken.

Nach § 52 GBO sei der Testamentsvollstreckervermerk von Amts wegen an allen zum Nachlaß gehörenden Rechten im Grundbuch einzutragen. Dazu gehöre auch, was der Testamentsvollstrecker durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses erwerbe. Dieser Fall liege hier aber gerade nicht vor.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält nur insoweit der rechtlichen Nachprüfung stand, als sie Nr. 4 der Zwischenverfügung (Rücknahme des Antrags auf Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks) bestätigt hat.

a) Zutreffend im rechtlichen Ausgangspunkt ist die Meinung des Landgerichts und des Grundbuchamts, daß der schuldrechtliche Kaufvertrag über den Erwerb der Eigentumswohnung durch den Beteiligten zu 1 nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf.

(1) Die Beteiligten zu 2 und 3 sind davon ausgegangen, daß sie bei den Erklärungen für den Erwerb der Eigentumswohnung durch den Beteiligten zu 1 und für die Bestellung einer Grundschuld an der Wohnung als Testamentsvollstrecker handeln könnten. Wäre dies der Fall, bedürfte der Kaufvertrag in der Tat keiner Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht (OLG Hamburg DNotZ 1983, 381/382; *Haegeler/Winkler* Der Testamentsvollstrecker 10. Aufl. Rdnr. 218; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 3432; *Erman/Hense/Schmidt* BGB 8. Aufl. § 2205 Rdnr. 17). Voraussetzung für ein Handeln der Beteiligten zu 2 und 3 als Testamentsvollstrecker wäre aber, daß die Geldmittel, mit denen die Eigentumswohnung erworben werden soll, zum Nachlaß gehören und daß die Bestellung der Grundschuld daran eine Verfügung über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück — eine Eigentumswohnung steht rechtlich einem Grundstück gleich — darstellt.

(2) Hier fehlt es an beiden Voraussetzungen. Denn die Eigentumswohnung soll vom Beteiligten zu 1 zu Alleineigentum erworben werden. Bestandteil des Nachlasses könnte sie aber nur werden, wenn der Beteiligte zu 1 und seine Schwester sie als Miterben zu Eigentum erhielten (OLG Hamburg DNotZ 1983, 381/383; vgl. auch *Haegeler/Winkler* Rdnr. 292 a).

Außerdem gehören die Geldmittel, mit denen die Eigentumswohnung erworben werden soll, nicht zum Nachlaß. Bei dem Darlehen, das durch die Grundschuld abgesichert werden soll, liegt das auf der Hand. Ebenso verhält es sich aber auch mit dem Betrag, der den Kaufpreis etwa zur Hälfte deckt. Dieses Geld stammt zwar aus dem Verkauf eines Anwesens, das zum Nachlaß gehörte. Obwohl die gesetzlichen Vorschriften über den Testamentsvollstrecker keine Regelung enthalten, daß der Erlös aus dem Verkauf eines Nachlaßgegenstandes oder eine mit Mitteln des Nachlasses erworbene Sache wiederum zum Nachlaß gehört (dingliche Surrogation), ist es doch allgemeine Meinung, daß § 2041 BGB entsprechend anzuwenden ist (*Haegeler/Winkler* Rdnr. 291 und 292; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3426; MünchKomm/Dütz BGB 2. Aufl. Rdnr. 3, *Soergel/Wolf* BGB 1. Aufl. Rdnr. 2, *Staudinger/Werner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 12, jeweils zu § 2041). Der Erlös für das zum Nachlaß gehörende Anwesen ist also seinerseits Bestandteil des Nachlasses und damit gemeinschaftliches Vermögen der Erben geworden. Dabei ist es jedoch nicht geblieben. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben vielmehr den Erlös unter den beiden Miterben aufgeteilt „in der Weise, daß der Erlös jedem der beiden Miterben je zur Hälfte als Alleinberechtigtem zusteht.“ Durch diese Teilauseinandersetzung zwischen den Miterben hinsichtlich des Erlöses ist dieser aus dem Nachlaß und damit zwingend aus der Verwaltungszuständigkeit der Testamentsvollstrecker ausgeschieden (BGHZ 56, 275/285; OLG Köln OLGZ 1965, 117/118; *Haegeler/Winkler* Rdnr. 501; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 3456 und 3458; *Erman/Hense/Schmidt* Rdnr. 4, MünchKomm/Brandner Rdnr. 8 und 12; *Soergel/Damrau* Rdnr. 2 und 7, *Staudinger/Reimann* Rdnr. 21, jeweils zu § 2217). Diese Wirkung tritt unabhängig von einem entsprechenden Willen oder einer dahingehenden Willenserklärung des Testamentsvollstreckers ein (KG KGJ 40, 207/211; OLG Hamm OLGZ 1973, 258/261). Auch ist es unerheblich, ob der Testamentsvollstrecker zu einer solchen Teilauseinandersetzung berechtigt war (vgl. *Staudinger/Reimann* Rdnr. 22, *Soergel/Damrau* Rdnr. 8, MünchKomm/Brandner Rdnr. 8, jeweils zu § 2217). Die darin liegende Freigabe kann auch nicht mehr rückgängig gemacht werden (KG DNotZ 1952, 84/85; OLG Köln OLGZ 1965, 117/118). Demnach war auch der Vorbehalt

der Beteiligten zu 2 und 3, die auf die Erben übertragenen Erlösanteile sollten nicht aus der Testamentsvollstreckung freigegeben werden, ohne rechtliche Wirkung.

Da der dem Beteiligten zu 1 zugeteilte Erlösanteil demnach endgültig aus der Verwaltung der Beteiligten zu 2 und 3 als Testamentsvollstrecker ausgeschieden ist, konnten die Beteiligten zu 2 und 3 die Erklärungen für den Erwerb der Eigentumswohnung und für die Bestellung der Grundschuld daran nicht als Testamentsvollstrecker, sondern nur als gesetzliche Vertreter nach § 1626 Abs. Satz 1, § 1629 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB abgeben. Die Erklärungen, die die Beteiligten zu 2 und 3 einschließlich der Eintragungsanträge als Testamentsvollstrecker abgegeben haben, können — wie das Grundbuchamt bereits in seiner Zwischenverfügung zutreffend dargelegt hat — nach § 140 BGB in Erklärungen der gesetzlichen Vertreter umgedeutet werden. Es kann nämlich kein Zweifel daran bestehen, daß sie die Rechtsgeschäfte für ihren Sohn auch als dessen gesetzliche Vertreter wollten (*Horber/Dembarter* GBO 19. Aufl. § 19 Anm. 8 c).

b) Allerdings haben Grundbuchamt und Landgericht übersehen, daß dem Genehmigungsvorbehalt von § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB nur der schuldrechtliche Erwerbsvertrag, nicht die dingliche Einigung, das Vollzugsgeschäft unterliegt (BayObLG NJW-RR 1990, 87 [= DNotZ 1990, 510 = MittBayNot 1990, 39]). Die Gültigkeit des der dinglichen Einigung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen; die Eintragung einer Rechtsänderung, wie hier der Auflassung, darf es grundsätzlich selbst dann nicht ablehnen, wenn es das Kausalgeschäft für nichtig hält (BayObLG NJW-RR 1990, 87 m. w. N.).

c) Zu Unrecht haben Grundbuchamt und Landgericht auch die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB für die Bestellung einer Grundschuld an der Eigentumswohnung verlangt. Seit dem Beschluß des Reichsgerichts vom 1. 7. 1924 (RGZ 108, 356) ist davon auszugehen, daß die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld zur Finanzierung des Restkaufpreises eines für das Mündel zu erwerbenden Grundstücks nicht unter § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB fällt, weil es sich insoweit lediglich um eine Erwerbsmodalität handelt und es rechtlich keinen Unterschied macht, ob das zu erwerbende Grundstück schon mit einer Hypothek belastet ist oder erst im Zusammenhang damit belastet wird (RGZ 108, 356/364). Dieser Entscheidung hat sich die Rechtsprechung (BayObLGZ 1927, 307/309; BGHZ 24, 372/374) und nahezu lückenlos auch die Literatur angeschlossen (*Palandt/Diederichsen* BGB 50. Aufl. Rdnr. 10, *Erman/Holzhauser* BGB 8. Aufl. Rdnr. 9, MünchKomm/Schwab BGB 2. Aufl. Rdnr. 22, *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. Rdnr. 8, *Staudinger/Engler* BGB 10./11. Aufl. Rdnr. 21, jeweils zu § 1821). Von dieser allgemein gebilligten Ansicht abzuweichen, besteht kein Anlaß. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Grundpfandrecht der Sicherung einer gestundeten Restkaufpreisforderung des Verkäufers oder der Sicherung der Kaufpreisfinanzierung durch einen Dritten dient. Im übrigen hat sich gegenüber der Entscheidung des Reichsgerichts die Rechtslage insoweit geändert, als nunmehr auch Erwerbsverträge von Eltern für ihre Kinder nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB genehmigungspflichtig sind. Dabei erstreckt sich die Prüfung durch das Vormundschaftsgericht auch auf die Erwerbsmodalitäten, also auch auf die Bestellung der Grundschuld im Zusammenhang mit der Kaufpreisfinanzierung.

d) Ebenso ist Nr.3 der Zwischenverfügung aufzuheben. Offenbar ist das Grundbuchamt hierbei von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Die notarielle Grundschuldbestellungsurkunde hat eine Notariatsangestellte unterschrieben, die dabei für den Beteiligten zu 1, den Beteiligten zu 3 und den Verkäufer der Eigentumswohnung handelte. Die Vollmacht hierzu hatte sie in der notariellen Urkunde vom 26.4.1989 und dem Nachtrag dazu vom 17.7.1989 von den Beteiligten zu 2 und 3 in deren eigenen Namen, als Testamentsvollstrecker und als gesetzliche Vertreter des Beteiligten zu 1 erhalten. Die Vollmacht des Verkäufers ist in der notariellen Urkunde vom 26.7.1989 enthalten.

Soweit die Notariatsangestellte in der Grundschuldbestellungsurkunde für den Beteiligten zu 3 handelte, bezog sich dies offenkundig nur auf die Übernahme der persönlichen Haftung durch den Beteiligten zu 3 neben dem Beteiligten zu 1.

Die Erklärungen im Namen des Beteiligten zu 1 sind durch Vollmachten beider Eltern gedeckt, so daß eine zusätzliche Genehmigung durch die Beteiligte zu 2 nicht erforderlich ist.

e) Berechtig ist hingegen die in Nr.4 der Zwischenverfügung enthaltene Beanstandung.

An der Eigentumswohnung kann kein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen werden. Wie sich bereits aus dem Wortlaut von § 52 GBO ergibt, ist der Testamentsvollstreckervermerk dann nicht einzutragen, wenn das im Grundbuch eingetragene Recht nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Dies hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen (KG KGJ 40, 190/193). Da die Eigentumswohnung nicht zum Nachlaß gehört, würde eine Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks das Grundbuch unrichtig machen (KG JFG 12, 274/278; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 52 Anm. 12b). Demnach hat das Grundbuchamt zutreffend die Rücknahme des entsprechenden Eintragungsantrags angeregt. Den Anträgen auf Eintragung der Auflassung und der Grundschuld kann wegen § 16 Abs. 2 GBO nur stattgegeben werden, wenn der Antrag auf Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks zurückgenommen wird.

B.

Erbrecht

19. BGB § 2287 (*Unentgeltlichkeit i. S. d. § 2287 BGB bei ehebedingter Zuwendung*)

Die sogenannte unbenannte Zuwendung unter Ehegatten ist im Erbrecht grundsätzlich wie eine Schenkung zu behandeln.

BGH, Urteil vom 27.11.1991 — IV ZR 164/90 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn des am 16.2.1988 im Alter von 76 Jahren verstorbenen Kaufmanns A. (Erblasser) aus dessen erster Ehe und hat diesen aufgrund Erbvertrages seiner Eltern vom 27.12.1965 allein beerbt. Die am 14.3.1923 geborene Beklagte ist die Witwe des Erblassers; sie war mit diesem seit dem 29.12.1966 verheiratet und lebte mit ihm in Zugewinnsgemeinschaft.

Der Erblasser und die Beklagte waren Inhaber eines Kontos bei der C.bank, auf dem 80.000 US-Dollar angelegt waren. Im Jahre 1986 lösten sie das Konto auf; von dem Gegenwert erhielten die Ehegatten

je 72.000 DM. Außerdem unterhielten sie bei einer österreichischen Bank ein gemeinschaftliches Sparkonto, das im April/Mai 1987 aufgelöst wurde und von dem die Beklagte jedenfalls 50.000 DM erhielt.

Der Erblasser war Eigentümer zweier Grundstücke in U, von denen er das Hausgrundstück K.17 aufgrund notariellen Vertrages vom 14.2.1975 mit einem lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch zugunsten der Beklagten belastete. Gleichzeitig schenkte er der Beklagten das gesamte Mobiliar dieses Hauses.

Mit der Klage verlangt der Kläger von der Beklagten noch Zahlung von 152.000 DM nebst Zinsen und die Aufgabe des Nießbrauchs sowie Räumung und Herausgabe des damit belasteten Grundstücks. Er behauptet, sein Vater habe der Beklagten die angeführten Beträge von 72.000 DM und 50.000 DM, sowie weitere 30.000 DM aus einem Wertpapierdepot bei der C.bank und den Nießbrauch in der Absicht geschenkt, den Kläger zu benachteiligen. In dem Depot hätten sich festverzinsliche Wertpapiere befunden, zu deren Anschaffung die Beklagte nichts beigetragen habe, die beim Erbfall für die Beklagte verwahrt worden seien und deren Wert ausschließlich ihr zugute gekommen sei.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die angeführten Klageanträge für unbegründet erklärt. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Zahlungsantrag des Klägers könne schon deshalb nicht aus dem Gesichtspunkt des § 2287 BGB bejaht werden, weil es an einer Schenkung fehle. § 2287 BGB setze eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB voraus, nämlich eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers aus eigenem Vermögen an den dadurch Bereicherten und die Einigung beider Teile über die Unentgeltlichkeit. Diese Voraussetzungen seien aber nicht erfüllt. Zuwendungen unter Ehegatten seien regelmäßig keine Schenkungen, sondern sogenannte ehebedingte Zuwendungen und deshalb nicht als unentgeltlich anzusehen. Abgesehen davon sei der Klägervortrag zu dem Wertpapierdepot unsubstantiiert.

Demgegenüber hält das Berufungsgericht die Nießbrauchsbestellung vom 14.2.1975 für eine Schenkung im Sinne von § 2287 BGB. Diese Auffassung hat es damit begründet, daß es nicht um die „gegenwärtige Ausgestaltung und Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft“, sondern mehr „um das zukünftige Wohl der Beklagten“ gegangen sei. Der Gesichtspunkt der Alterssicherung sei nicht nur vorgeschoben und begründe ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an der Schenkung, was einen Anspruch aus § 2287 BGB insoweit ausschließe. Im übrigen fehle es hier an einer Bereicherungsabsicht im Sinne von § 2287 BGB, weil die Beklagte von der ervertraglichen Bindung des Erblassers erstmalig im Jahre 1986 erfahren habe.

Mit dieser Begründung kann das angefochtene Urteil, soweit es mit der Revision noch bekämpft wird, nicht bestehen bleiben.

II. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bieten die erbrechtlichen Schutzvorschriften der §§ 2113, 2205, 2325 und 2287, 2288 BGB Schutz auch vor sogenannten unbenannten (auch „ehebedingten“ oder „ehebezogenen“) Zuwendungen unter Ehegatten.

1. Idee und Begriff der unbenannten Zuwendung gehen zurück auf *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand 1970 (S. 121 ff.). Der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (damals für das Güterrecht zuständig) hat sie der Sache nach sehr bald aufgegriffen (Urteil vom 7.1.1972 — IV ZR 231/69 — NJW 1972, 580 — „gemeinsame Alterssicherung“). Der danach für das Güter

recht zuständige IX. Zivilsenat hat die Rechtsprechung hierzu weiter ausgebaut (BGHZ 82, 227 mit Anm. von Lang, LM BGB § 1380 Nr. 5), und die unbenannte Zuwendung von der — weiterhin möglichen (BGHZ 87, 145 mit Anm. von Lang, LM BGB § 530 Nr. 8 [= DNotZ 1983, 690]) — Schenkung unter Ehegatten abgegrenzt. Der IV b-, jetzt XII. Zivilsenat als nunmehr für das Güterrecht zuständiger Senat ist dem gefolgt (Urteil vom 27. 1. 1988 — IV b ZR 82/86 BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 9 = FamRZ 1988, 482, 485 [= MittBayNot 1988, 181 = DNotZ 1989, 697]; Urteil vom 5. 10. 1988 — IV b ZR 52/87 — FamRZ 1989, 147, 149 = BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 11).

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsentwicklung versteht der Bundesgerichtshof Zuwendungen unter Ehegatten in der Regel nicht als Schenkungen, sondern als unbenannte Zuwendungen. Für eine Schenkung fehle es regelmäßig an der Einigkeit der Ehepartner darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolge. Sie diene (vielmehr) zumeist der ehelichen Lebensgemeinschaft. Eine derartige Zuwendung, (der die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liege, daß die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde oder) die (sonst) „um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werde und darin Ihre Geschäftsgrundlage habe“, sei eine ehebedingte Zuwendung (BGH Urteil vom 17. 1. 1990 — XII ZR 1/89 — FamRZ 1990, 600 = LM BGB § 242 (Bb) Nr. 129; BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 9 [= DNotZ 1991, 402 = MittBayNot 1990, 178]). Diese wird als ein „ehebezogenes Rechtsgeschäft eigener Art“ (BGHZ 84, 361, 364 [= DNotZ 1983, 180]) gedacht, das als ein (nicht normiertes) familienrechtliches qualifiziert wird (vgl. z. B. Jaeger, DNotZ 1991, 431, 444 f.; Henrich, FamRZ 1975, 533, 537) und einen entsprechenden Rechtsgrund (Behaltensgrund) für die Zuwendung liefere.

Diese sogenannte unbenannte Zuwendung hat sich inzwischen zu einer eigenen Rechtsfigur verselbständigt, mit deren Hilfe Streitigkeiten entschieden werden, in denen es um die Rückabwicklung von Vermögensverschiebungen unter Ehegatten geht, nachdem ihre Ehe gescheitert ist.

2. Die unbenannte Zuwendung ist in der Regel objektiv unentgeltlich und im Erbrecht (§§ 2287, 2288, 2325 BGB) grundsätzlich wie eine Schenkung zu behandeln.

a) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und Lehre ist der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (RGZ 163, 348, 356). Das ist in dem Bereich des § 516 BGB nicht anders. Mit dem Festhalten an dieser Definition tritt der Senat zugleich einer möglichen Aufweichung des (vorwiegend ökonomischen) Begriffs der Unentgeltlichkeit entgegen. Dieser Begriff erscheint, wie Hepting (Ehevereinbarungen, insbesondere S. 417, 420) gezeigt hat, nicht geeignet, subtilere Formen von Reziprozität, etwa innerhalb der Ehe, aufzunehmen und dadurch zu sachgerechten Lösungen beizutragen.

Entsprechende Gegenleistungen des Empfängers einer unbenannten Zuwendung liegen indessen bei einer unbenannten Zuwendung in der Ehe in der Regel nicht vor.

Die Ehe als solche gibt im allgemeinen keinen Anspruch auf derartige Vermögensverschiebungen. Das gilt sowohl für den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, bei dem ein Ausgleich nur für den Fall der Beendigung des Güterstandes vorgeschrieben ist (§ 1471 BGB), als auch für die Fälle der Gütertrennung und der Gütergemeinschaft; bei der letzteren hat jeder Ehegatte sein Vorbehaltsgut für sich alleine und verwaltet es selbständig.

Auch die Haushaltstätigkeit eines Ehegatten ist keine Gegenleistung für unbenannte Zuwendungen des anderen Teiles. Dem steht bereits entgegen, daß es sich bei der Haushaltsführung durch den Ehegatten, der keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, um den dem anderen Gatten geschuldeten Beitrag zum Familienunterhalt handelt (§ 1360 Satz 1 BGB; vgl. auch § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Hinzu kommt, daß selbst Leistungen in diesem Bereich, die über das gebotene Maß hinausgehen, nach § 1360 b BGB im Zweifel nicht zu vergüten sind und dementsprechend ohne einen in diese Richtung weisenden Anhalt im Verhalten der Beteiligten auch nicht als vergütet angesehen werden können. Das gilt in gleicher Weise für die über den Unterhalt hinausgehenden vielfältigen Dienste und Hilfen, die Ehegatten einander innerhalb und außerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft leisten. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird nirgends zum Ausdruck gebracht, daß eine unbenannte Zuwendung an den Ehegatten dessen Leistungen und Dienste vergüte. Vielmehr heißt es in BGHZ 82, 231 mit Recht nur, daß in einer unbenannten Zuwendung „regelmäßig die Anerkennung eines gleichwertigen Beitrages beider Ehepartner“ liege. Diese Sicht stimmt mit derjenigen des Senats überein. Hier geht es nicht um die Bezahlung von Leistungen, nämlich um die für den Geschäftsverkehr bestimmte Ebene, auf der Leistung und Gegenleistung rechtlich miteinander verknüpft werden. Angesprochen ist mit dem Ausdruck „Anerkennung“ vielmehr die Haltung, die den Schenker einer belohnenden (remuneratorischen) Schenkung kennzeichnet. Abgesehen davon wäre es auch keineswegs unbedenklich, die vielfältigen Dienste persönlicher Art, die Ehegatten einander leisten, allgemein für vergütet (bezahlt) zu erklären und einen Ehegatten damit rechtlich in eine Rolle zu versetzen, die derjenigen von Hausangestellten vergleichbar wäre.

Mit dieser Einordnung der unbenannten Zuwendung als einer in der Regel unentgeltlichen Leistung befindet sich der Senat in Übereinstimmung mit einem großen Teil des Schrifttums (vgl. z. B. schon Lieb, a. a. O. S. 124 sowie vor allem Jaeger, DNotZ 1991, 431, 436 ff., Sandweg, NJW 1989, 1965 und Schotten, NJW 1990, 2841 je m. w. N.; a. M. Morhard, NJW 1987, 1734). Sie steht auch nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung anderer Senate des Bundesgerichtshofes. Allerdings haben der IX. und der XII. (früher IV b-) Zivilsenat als für das Ehegüterrecht zuständige Senate ausgesprochen, daß es sich bei unbenannten Zuwendungen nicht um unentgeltliche handele (BGHZ 87, 145, 146 und Urteil vom 5. 10. 1988 — IV b ZR 52/87 — FamRZ 1989, 147, 149). Beide Senate haben den Unterschied zwischen der unbenannten Zuwendung einerseits und der Schenkung unter Ehegatten andererseits jedoch nicht im Objektiven gesucht, sondern bei der Frage nach der für § 516 BGB vorausgesetzten Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, an der es bei der unbenannten Zuwendung fehle. Dementsprechend hat der XII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 17. 1. 1990 (FamRZ 1990, 600) entschieden, daß auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen einer unbenannten Zuwendung eine

Schenkung im Sinne von § 516 BGB anzunehmen sei, wenn nur die dafür erforderliche (subjektive) Einigung über die Unentgeltlichkeit vorliege. Da eine Schenkung nach allgemeiner Auffassung, die der erkennende und für das Schenkungsrecht zuständige Senat in ständiger Rechtsprechung zugrunde legt und die der XII. Zivilsenat nicht in Frage stellt, (auch) objektiv eine unentgeltliche Zuwendung voraussetzt, ist damit zugleich zum Ausdruck gebracht, daß die unbenannte Zuwendung, wenn keine besonderen Umstände hinzutreten, als solche objektiv unentgeltlich ist. In Übereinstimmung damit hat der XII. Zivilsenat auf Anfrage des Senats mitgeteilt, daß auch er unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten in seiner Rechtsprechung als in der Regel objektiv unentgeltlich ansieht. Überdies hatte auch schon der IX. Zivilsenat in BGHZ 82, 227 § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die unbenannte Zuwendung durchgreifen lassen, obwohl diese Vorschrift ausschließlich auf unentgeltliche Zuwendungen zugeschnitten ist (vgl. *Jaeger*, a. a. O. S. 439, 436 Fn. 27). Der VIII. und der IX. Zivilsenat haben entschieden, daß eine Zuwendung unter Ehegatten auch dann der Schenkungsanfechtung nach der Konkursordnung oder dem Anfechtungsgesetz unterliegen kann, wenn diese im Verhältnis der Gatten zueinander nicht als Schenkung anzusehen ist (BGHZ 71, 61, 69; Urteil vom 28. 2. 1991 — IX ZR 74/90 — WM 1991, 1053 [= MittBayNot 1991, 114 = DNotZ 1992, 38]).

Der IV. Zivilsenat hatte (Urteil vom 7. 1. 1972 — IV ZR 231/69 — NJW 1972, 580 = LM BGB § 1356 Nr. 18) zu entscheiden, ob es sich um eine Schenkung handelt, wenn bei Gütertrennung ein Ehemann seine Ehefrau an einer Wertpapieranlage beteiligt, die er aus seinem Verdienst zum Zwecke der gemeinsamen Alterssicherung erwirbt. Er hat das für den entschiedenen Fall verneint und dazu ausgeführt, die Zuwendung sei entgeltlich, wenn sie sich im Rahmen einer nach konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung halte. Mit dieser Auffassung stimmt der erkennende Senat überein. Da Ehegatten einander nicht nur gem. § 1361 Abs. 1 Satz 2 und 1578 Abs. 3 bei Trennung und nach der Scheidung, sondern gem. § 1360 BGB auch in intakter Ehe Vorsorgeunterhalt für den Fall des Alters schulden (vgl. BGHZ 32, 246, 248 f.; 74, 38, 46; Senatsurteil vom 1. 4. 1987 — IV a ZR 26/86 — NJW 1987, 3131 f.), kann es sein, daß eine unbenannte oder sogar ausdrücklich zur Alterssicherung bestimmte Zuwendung einem entsprechenden Anspruch objektiv entspricht. Daß es sich in einem solchen Fall im Umfang des begründeten Unterhaltsanspruchs nicht um eine unentgeltliche Leistung und daher auch nicht um eine Schenkung handeln kann, liegt auf der Hand. Dementsprechend kann auch eine ehebedingte Zuwendung, durch die langjährige Dienste nachträglich vergütet werden, die ein Ehegatte dem anderen vor und nach der Eheschließung geleistet hat, im Rahmen des objektiv Angemessenen als entgeltlich anzusehen sein (vgl. dazu Senatsurteil vom 15. 3. 1989 — IV a ZR 338/87 — FamRZ 1989, 732 = LM BGB § 2325 Nr. 23 [= DNotZ 1991, 498]; auch BGH Urteil vom 19. 12. 1989 — IV b ZR 91/80 — NJW 1990, 703 zu § 138 BGB [= DNotZ 1991, 489 = MittBayNot 1990, 117]). Das ist jedoch nicht die Regel.

b) Erweist sich die sogenannte unbenannte Zuwendung unter Ehegatten danach im Regelfall als objektiv unentgeltlich, dann stellt sich die Frage, ob die erbrechtlichen Schutzvorschriften vor ihr (nicht nur im Rahmen der §§ 2113, 2205 BGB, sondern) auch in den Fällen der §§ 2325, 2287, 2288 BGB Schutz bieten, in einem anderen Lichte.

Vor der Einführung dieser neuen Rechtsfigur in die Rechtsordnung war eine Zuwendung unter Ehegatten im allgemei-

nen als Schenkung im Sinne von § 516 BGB anzusehen und fiel daher in den Anwendungsbereich der §§ 2287, 2288 Abs. 2 Satz 2, 2325 BGB. Das entsprach dem Willen des historischen Gesetzgebers; ihm war die Vorstellung einer die Schenkung verdrängenden unbenannten Zuwendung nicht geläufig. Dementsprechend würde es den Regelungsplan des Gesetzgebers verfehlen, unbenannte Zuwendungen nur deshalb aus dem Anwendungsbereich der genannten Vorschriften auszunehmen, weil sie aus Gründen, die lediglich im Bereich der Ehegatten liegen, in deren (Innen-) Verhältnis zueinander nicht mehr als Schenkung behandelt werden. Vielmehr muß eine objektiv unentgeltliche „unbenannte Zuwendung“ unter Ehegatten im Erbrecht regelmäßig wie eine Schenkung behandelt werden (vgl. hierzu z. B. *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen 3. Aufl. Rdnr. 413), auch dann, wenn die Ehegatten subjektiv nicht von einer Schenkung ausgegangen sind.

c) Wie der Senat bereits wiederholt hervorgehoben hat, sind in der Praxis seit langem Versuche zu beobachten, die Grenzen zu verschieben, die das Pflichtteilsrecht zum Schutz von Ehe und Familie einerseits oder ein Erbvertrag andererseits der Testierfreiheit des Erblassers setzt. Nicht selten nutzen Erblasser Möglichkeiten, die es wirklich oder vermeintlich zulassen, erhebliche Teile ihres Vermögens zum Nachteil von Pflichtteilsberechtigten oder Vertragserben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden am Nachlaß vorbei an ihnen genehmere Personen weiterzuleiten. Auf diese Weise wurde und wird das Recht der Pflichtteilsberechtigten oder Vertragserben nach wie vor ernsthaft gefährdet. Der Senat ist derartigen Tendenzen daher immer wieder entgegengetreten.

Das Anliegen, das dieser Rechtsprechung zugrunde liegt, muß auch gegenüber der unbenannten Zuwendung beachtet werden. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur wird inzwischen vielfach als ein gangbarer Weg angesehen und genutzt, um Vermögen zum Nachteil von Vertragserben oder von Pflichtteilsberechtigten „am Nachlaß vorbei“ an solche Personen weiterzuleiten, die dem Erblasser genehmer sind. Diese Rechtsfolge ist von den berechtigten Interessen, zu deren Wahrung die unbenannte Zuwendung genutzt wird, nicht gedeckt. Das nötigt dazu, die Fälle der unbenannten Zuwendung im Erbrecht wie eine Schenkung zu behandeln. Das bedeutet, daß die §§ 2287, 2325 BGB nicht nur auf (echte) Schenkungen, sondern im Grundsatz auch auf unbenannte Zuwendungen anzuwenden sind.

3. Daher muß die angefochtene Entscheidung über die Zahlungsklage, soweit das Berufungsgericht eine Schenkung im Sinne des § 2287 BGB verneint hat, aufgehoben werden; insoweit bedarf es einer erneuten Prüfung durch den Tatrichter.

Hierzu gibt der Senat folgende Hinweise:

Bei der Prüfung der Frage, ob eine unbenannte Zuwendung unter § 2287 BGB fällt, kommt es zunächst darauf an, ob es sich um einen unentgeltlichen Vorgang handelt. Dies läuft auf die Frage hinaus, ob die Leistung etwa unterhaltsrechtlich geschuldet war oder ob ihr eine durch sie ganz oder teilweise vergütete, konkrete Gegenleistung gegenübersteht oder nicht. Sollten die der Zahlungsklage zugrunde liegenden unbenannten Zuwendungen danach wie Schenkungen zu behandeln sein, dann werden die weiteren Voraussetzungen des § 2287 BGB unter Beachtung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu diesem Problem-

kreis zu prüfen sein. Dazu gehört auch die Frage, ob und in welchem Umfang der Kläger durch die möglichen Zuwendungen des Erblassers trotz der Ansprüche der Beklagten auf Zugewinnausgleich und auf ihren Pflichtteil überhaupt benachteiligt ist und gegebenenfalls in welchem Umfang. Erst wenn das zu bejahen ist, kann es darauf ankommen, ob der erbvertraglich gebundene Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen dadurch mißbraucht hat, daß er Vermögen ohne aner kennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse weggeschenkt hat (BGHZ 108, 73, 77).

4. Soweit die Abweisung der Zahlungsklage wegen 30.000 DM auch darauf gestützt ist, daß der Klagevortrag in diesem Zusammenhang unsubstantiiert sei, ist das Berufungsurteil ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei. (*Wird ausgeführt.*)

III. Auch soweit das Berufungsurteil die Klage auf Aufgabe des Nießbrauchs und Räumung abgewiesen hat, kann es nicht bestehen bleiben.

1. Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht eine Beeinträchtigungsabsicht im Sinne von § 2287 BGB nicht hätte verneinen dürfen, ohne die vom Kläger hierzu angetretenen Beweise zu erheben. (*Wird ausgeführt.*)

Hinzu kommt eine Verletzung des materiellen Rechts, wenn das Berufungsgericht Benachteiligungsabsicht auch deshalb ausschließen will, weil der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der Verfügung gehabt habe.

Lebzeitiges Eigeninteresse kann eine tatsächlich vorhandene „Benachteiligungsabsicht“, an deren Vorliegen übrigens nur sehr geringe Anforderungen gestellt werden („praktisch immer“), nicht beseitigen, sondern es hat seine Funktion nur im Zusammenhang mit der für § 2287 BGB zusätzlich erforderlichen Mißbrauchsprüfung. Das hat der Senat spätestens seit BGHZ 82, 274, 282 ausdrücklich klargestellt. Außerdem wäre es rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht annehmen sollte, § 2287 BGB setze (auch) eine Benachteiligungsabsicht des vom Erblasser Beschenkten voraus. In diese Richtung weist es, daß das Berufungsgericht sich auch darauf stützt, die Beklagte habe von dem Erbvertrag des Erblassers erstmalig im Januar 1986 Kenntnis erlangt.

2. Für die neue Verhandlung wird es hier zunächst darauf ankommen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es sich bei dem Nießbrauch objektiv um eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers an die Beklagte handelt. Zu dieser Prüfung gibt auch der Umstand Anlaß, daß der Nießbrauch nach dem Inhalt des Vertrages über seine Bestellung ausdrücklich dazu bestimmt war, die Beklagte „für die Zukunft abzusichern“. Sofern die Einräumung des Nießbrauchs nach den Einkommens- und Vermögensverhältnissen beider Ehegatten unterhaltsrechtlich (ganz oder teilweise) geboten gewesen sein sollte, wird es sich dabei nicht um eine Schenkung oder um eine unentgeltliche Leistung handeln. Das macht eine umfassende Prüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten erforderlich, und zwar auch in der Richtung, ob und in welchem Umfang für die Zukunft der Beklagten und insbesondere für ihr Alter bereits vorgesorgt war. Nur wenn sich ergeben sollte, daß die Beklagte keine (weitere) Vorsorge oder solche jedenfalls nicht in Form des ihr überlassenen Nießbrauchs zu beanspruchen hatte, und wenn dem Nießbrauch auch keine Gegenleistung gegenüber stand, bleibt Raum, dessen Zuwendung (ganz) als Schenkung einzuordnen oder zu behandeln.

Sollte sich ergeben, daß es sich (ganz oder teilweise) um eine Schenkung handelt, dann kommt es auch hier auf die weiteren Voraussetzungen des § 2287 BGB an, und zwar vor allem darauf, ob und inwieweit der Kläger durch die Schenkung benachteiligt ist. Da hier mehrere Vermögensverschiebungen in Betracht kommen, fragt es sich, ob der Kläger in seinen berechtigten Erberwartungen erst infolge des Zusammenwirkens aller Zuwendungen (oder einiger von ihnen) objektiv beeinträchtigt ist. Ist das der Fall, dann wird weiter zu berücksichtigen sein, daß auch im Rahmen von § 2287 BGB der Rechtsgedanke der §§ 2329 Abs. 3, 528 Abs. 2 BGB zum Zuge kommen muß. Das beruht darauf, daß die früheren Zuwendungen des Erblassers den Vertragserben im allgemeinen weniger einschneidend beeinträchtigen, als die späteren (vgl. BGHZ 85, 274, 283, 284; Senatsurteil vom 13.2.1991 — IV ZR 108/90 — WM 1991, 1311, 1313).

C.

Kostenrecht

20. KostO §§ 19, 156 (*Geschäftswert einer Teilungserklärung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung*)

Beurkundet der Notar lediglich eine Erbauseinandersetzung und eine Teilungserklärung (Begründung von Wohnungseigentum), so leitet sich der Geschäftswert aus dem Verkehrswert des bebauten Grundstücks, nicht etwa aus der Summe der Werte der Eigentumswohnungen, ab.

Im Notarkostenbeschwerdeverfahren ist das Rechtsbeschwerdegericht an die Anträge im Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden.

BayObLG, Beschluß vom 29.8.1991 — BReg. 3 Z 90/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 55 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 29.5.1987 unter UR-Nr. 01508/1987 eine Tellerbaueinandersetzung zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 betreffend ein Wohnhausgrundstück in M. sowie eine Teilungserklärung.

Seine Tätigkeit stellte er zunächst am 16.6.1987, ausgehend von einem Geschäftswert von 1.562.500,— DM, mit insgesamt 6.145,97 DM in Rechnung, wovon der Beteiligte zu 1 mit der Hälfte belastet wurde. Mit Kostenberechnung vom 13.11.1989 nahm der Notar eine Kostenberichtigung vor, weil versehentlich nur die Teilungserklärung bewertet worden sei. Tatsächlich betreffe aber die mitbeurkundete Auseinandersetzung das ganze Anwesen, für das ein Wert von 3.125.000,— DM anzusetzen sei, für die Teilungserklärung hingegen der hälftige Wert, zusammen somit 4.687.500,— DM. Zur Klarstellung erstellte der Notar insoweit unter dem 22.12.1989 eine erneute Kostenberechnung in Höhe einer auf den Beteiligten zu 1 entfallenden Restschuld von 5.335,20 DM.

2. Mit seiner Beschwerde gegen die Kostenrechnungen vom 13.11. und 22.12.1989 rügte der Beteiligte zu 1 eine überhöhte Bewertung des Anwesens, das im Jahr 1955/1956 erbaut worden und reparatur- und sanierungsbedürftig sei. Im Beurkundungstermin sei man bezüglich des gesamten Anwesens von einem Verkehrswert von 1.562.500,— DM ausgegangen.

Der Notar wies darauf hin, daß er seine Bewertung auf der Grundlage der vom Gutachterausschuß bei der Stadt M. für die Ermittlung von Grundstückswerten veröffentlichten Jahresberichte über den Grundstücksverkehr und die Grundstückspreisentwicklung im Stadtgebiet vorgenommen habe. Danach seien für Wohnungen in Anwesen mit Baujahr nach 1950 nach Umwandlung in Wohnungseigentum in den Jahren 1984 bis 1986 Quadratmeterdurchschnittskaufpreise zwischen 3.313,— und 3.033,— DM erzielt worden. Im Hinblick auf die notwendigen Renovierungen habe er 2.500,— DM/m angesetzt. Danach betrage der Verkaufswert bei einer Wohn-Nutzfläche von

1.250 m² 3.125.000,— DM. Auf der Grundlage des Brandversicherungswerts und der in der L. M. ermittelten Bodenrichtwerte wäre der Geschäftswert mit 2.562.000,— DM festzusetzen gewesen. Maßgebend sei jedoch letztlich der Wert, der sich durch die Aufteilung in Wohnungseigentum für den Verkauf dieser Wohnungen anschließend ergebe. Die Sachlage sei vergleichbar derjenigen bei Aufteilung unbebauter Grundstücke, deren Bebauung erst danach vorgesehen sei. In diesen Fällen gehe die Rechtsprechung von dem Wert in bebautem Zustand aus.

Der Beteiligte zu 1 hält dem entgegen, daß die Möglichkeit des Verkaufs der Eigentumswohnungen erst aufgrund der Erstellung der notariellen Urkunde eröffnet worden sei und bei der Beurkundung weder die Absicht noch der Zeitpunkt eines etwaigen Verkaufs erklärt worden seien. Der Verkehrswert könne im Hinblick auf die Notwendigkeit von Renovierungsmaßnahmen mit einem Kostenvolumen von 427.000,— DM nur 2.108.322,44 DM betragen.

Das Landgericht änderte mit Beschluß vom 11.3.1991 die Kostenberechnungen des Notars auf den Betrag von 2.907,— DM (Anteil des Beschwerdeführers an der Restschuld) ab und wies die Beschwerde im übrigen zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die vom Notar herangezogenen Quadratmeterdurchschnittskaufpreise für Eigentumswohnungen Werte darstellten, die erst nach Begründung von Wohnungseigentum bei dem dann vorgenommenen Verkauf der einzelnen Wohnungen erzielt worden seien. Die vorliegenden Notargebühren seien jedoch gemäß § 18 Abs. 1 KostO nach dem Wert zu berechnen, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit, also im Zeitpunkt der Beurkundung (§ 7 KostO), besitze. Der mit Hilfe der in der Stadt M. ermittelten Bodenrichtwerte errechnete Grundstückswert betrage somit unter Berücksichtigung der erforderlichen Sicherheitsabschläge 1.082.491,83 DM, der aus dem Brandversicherungswert errechnete Gebäudewert 1.092.000,— DM. Der Gesamtwert für die Beurkundung der Auseinandersetzung und der Teilungserklärung, der sich aus der Addition des Grundstückswerts (für die Auseinandersetzung) und des halben Grundstückswerts (für die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum) zusammensetze (§ 44 Abs. 2 Buchst. a KostO), betrage somit 3.261.737,74 DM. Hieraus errechne sich eine Restgebührenschild von insgesamt 5.814,— DM, deren Hälfte von 2.907,— DM auf den Beschwerdeführer entfalle.

3. Gegen die dem Notar formlos mitgeteilte Entscheidung des Landgerichts richtet sich dessen weitere Beschwerde, die am 2.5.1991 beim Landgericht eingegangen ist. Darin hält der Notar an seiner Kostenberechnung fest. Er erhebe gegen die Berechnung des Landgerichts als solche keine Einwendungen, halte jedoch die von ihm angewandte Berechnungsmethode im vorliegenden Fall für zutreffender.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde des Notars ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO); sie ist insbesondere auch fristgemäß eingelegt, weil die Monatsfrist des § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO mangels Zustellung der landgerichtlichen Entscheidung nicht zu laufen begonnen hat.

Sachlich ist das Rechtsmittel jedoch nicht begründet.

a) Das Landgericht hat zur Ermittlung des der Kostenberechnung des Notars zugrundezulegenden Geschäftswerts, der sich aus dem Verkehrswert des bebauten Grundstücks ableitet (§§ 141, 19 Abs. 1 und 2 Satz 1 KostO), in zutreffender Weise nicht die vom Gutachterausschuß bei der Stadt M. ermittelten Quadratmeterdurchschnittskaufpreise für Eigentumswohnungen (also nach Umwandlung in Wohnungseigentum) herangezogen.

Nach § 18 Abs. 1 KostO werden die Gebühren nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat. Fällig wurden die Notargebühren mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts, hier der notariellen Beurkundung vom 29.5.1987 (§ 7 KostO). Zu diesem Zeitpunkt aber waren weder Wohnungsgrundbücher angelegt noch ist eine Verkaufsabsicht der Grundstückseigen-

tümer hinsichtlich der Eigentumswohnungen zutage getreten. Die Heranziehung von Durchschnittskaufpreisen, die nach der Begründung von Wohnungseigentum anlässlich des Verkaufs der einzelnen Eigentumswohnungen erzielt wurden, würde deshalb dem vorliegenden Sachverhalt nicht gerecht. Mit dem Landgericht ist festzustellen, daß der Gegenstand solcher Einzelkaufverträge ein anderer ist als die hier gegebene (Teil-)Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft mit gleichzeitiger Wohnungseigentumsbegründung.

Die vom beschwerdeführenden Notar angeführte Rechtsprechung zum Wert der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum an einem zunächst unbebauten Grundstück, dessen Bebauung jedoch beabsichtigt ist (vgl. BayObLGZ 1982, 96 [= DNotZ 1982, 765 = MittBayNot 1982, 85] und 116 [= DNotZ 1982, 770 = MittBayNot 1982, 88] OLG Hamm DNot) 1972, 115; OLG Düsseldorf Rpfleger 1970, 444/445), trifft den vorliegenden Sachverhalt nicht.

Die Festsetzung des Geschäftswerts nach dem Wert des bebauten Grundstücks folgt in jenem Fall aus dem Bewertungsgrundsatz, daß der Wert des Gegenstandes in demjenigen Zustand maßgebend ist, in dem er zum Gegenstand des Geschäfts gemacht wird (*Korintenberg/Lappe/Bengell/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. § 18 Rdnr. 4), und das ist bei Wohnungseigentumsgeschäften stets das Grundstück in bebautem Zustand. Vorliegend aber ist das Grundstück bereits bebaut und als solches zu bewerten. Der Verkauf der Eigentumswohnungen ist (anders als die Aufteilung des Grundstücks) dagegen nicht zum Gegenstand der Beurkundung gemacht worden; aus dem beurkundeten Vertrag ist noch nicht einmal eine Verkaufsabsicht ersichtlich geworden. Schon in seinen Entscheidungen vom 1.3.1982 ist der Senat davon ausgegangen, daß sich der Wert der Begründung von Wohnungseigentum nach dem halben Wert des Grundstücks zuzüglich der Hälfte der voraussichtlichen Baukosten bemisst (BayObLGZ 1982, 96/103 und 116/121), also nicht etwa nach der Hälfte der Summe der Werte der Eigentumswohnungen. Es liegt auf der Hand, daß diese Summe nicht notwendig gleich dem Wert des gesamten bebauten Grundstücks sein muß. Gesammelte Kaufpreise für Eigentumswohnungen können deshalb der Wertbestimmung auch nicht zugrunde gelegt werden.

b) Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist nur die Frage, ob zur Ermittlung des der Kostenberechnung des Notars als Geschäftswert zugrundezulegenden Verkehrswerts des bebauten Grundstücks die vom Gutachterausschuß bei der Stadt M. ermittelten Quadratmeterdurchschnittskaufpreise für Eigentumswohnungen heranzuziehen sind. Von dieser Frage abgesehen ist die vom Landgericht vorgenommene Wertfestsetzung und Gebührenberechnung mit der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen. Das Rechtsbeschwerdegericht ist insoweit an die Anträge des beschwerdeführenden Notars im Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden (vgl. BayObLGZ 1987, 186/190 [= MittBayNot 1987, 270]; *Korintenberg* § 156 Rdnr. 58 ff. und 88; *Schneider*, Die Notarkosten-Beschwerde S. 38, 40 und 122).

2. Ohne Einfluß auf die Entscheidung ist der Umstand, daß das Landgericht seine Entscheidung den Beteiligten entgegen § 16 Abs. 2 Satz 1 FGG i. V. m. § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO nicht zugestellt hat. Der Mangel wird durch die Zustellung der endgültigen Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts geheilt (BayObLGZ 1986, 501/511).

3. Die weitere Beschwerde des Notars erwies sich deshalb als unbegründet und war zurückzuweisen.

Nach der zwingenden Vorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG sind dem Beteiligten, der Kosten durch ein unbegründetes Rechtsmittel verursacht hat, die Kosten aufzuerlegen.

D.

Steuerrecht

21. EStG §§ 7 b, 10 e (*§ 10 e EStG bei teilentgeltlichem Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge*)

1. Erwirbt ein Steuerpflichtiger im Wege vorweggenommener Erbfolge ein Einfamilienhaus teilentgeltlich, indem er die auf dem Grundstück lastenden Verbindlichkeiten übernimmt, steht ihm unter den weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG zu. Zur Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag gehören die Verbindlichkeiten nur, soweit sie auf die dem Rechtsvorgänger entstandenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes und die Hälfte der Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen.
2. Die vom Rechtsvorgänger in Anspruch genommenen erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG kann der Erwerber weder hinsichtlich des entgeltlich noch hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils fortführen.

BFH, Urteil v. 7. 8. 1991 — X R 116/89 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute und bezogen im Streitjahr Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

Die Eltern der Klägerin errichteten 1982 auf einem ihnen gehörenden Grundstück ein Einfamilienhaus und nahmen hierfür erhöhte Absetzungen nach § 7 b des Einkommensteuergesetzes 1987 (EStG) in Höhe von 10.000 DM jährlich in Anspruch (Herstellungskosten des Gebäudes: 209.354 DM).

Durch notariellen Vertrag vom 23. 4. 1987 übertrugen die Eltern diesen Grundbesitz zum 1. 6. 1987 im Wege vorweggenommener Erbfolge auf die Klägerin. Die Klägerin übernahm die im Grundbuch eingetragenen Rechte in den Abteilungen II und III nebst Zinsen und Nebenleistungen und stellte die Eltern von der Inanspruchnahme aus diesen Rechten frei (§ 3 des Vertrages). Die eingetragenen Grundpfandrechte valutierten nach § 8 des Vertrages mit 106.700 DM.

Die Kläger nutzten das Grundstück zu eigenen Wohnzwecken.

Im Antrag auf Lohnsteuerermäßigung 1987 beehrten die Kläger, einen Freibetrag für erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG für den Zeitraum Juni bis Dezember 1987 in Höhe von 5.833 DM ($\frac{7}{12}$ von 10.000 DM) als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte einzutragen. Bis einschließlich Mai 1987 beanspruchten die Eltern der Klägerin die erhöhten Absetzungen.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) lehnte die Eintragung dieses Freibetrages ab. Der Einspruch war erfolglos.

Vor dem Finanzgericht (FG) beantragten die Kläger, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung festzustellen. Das FG gab der Klage statt. Es war der Auffassung, die Klägerin sei als Einzelrechtsnachfolgerin ihrer Eltern gem. § 11 d der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) zur Fortführung der erhöhten Absetzungen befugt. Das FA sei daher zur Eintragung des Freibetrages verpflichtet gewesen.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts.

Der Bundesminister der Finanzen (BMF) ist dem Verfahren gem. § 122 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) beigetreten. Er führt aus: Nach Auffassung der Finanzverwaltung dürfe nur der Gesamtrechtsnachfolger den Sonderausgabenabzug nach § 52 Abs. 21 Satz 4 EStG vornehmen, nicht aber der Einzelrechtsnachfolger. Eine analoge Anwendung des § 11 d EStDV komme nicht in Betracht.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. Obwohl der begehrte Eintrag auf der Lohnsteuerkarte beim Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber nicht mehr berücksichtigt werden kann (vgl. § 42 b Abs. 3 Satz 1 EStG), hat der Senat noch über die Revision des FA zu entscheiden, denn die Kläger haben gem. § 100 Abs. 1 Satz 4 FGO beantragt festzustellen, daß die Ablehnung der begehrten Eintragung rechtswidrig war. Der Fortsetzungsfeststellungsantrag ist zulässig, auch wenn nicht von den Klägern, sondern vom FA Revision eingelegt worden ist (Urteil des Bundesfinanzhofs — BFH — vom 24. 2. 1988 X R 67/82, BFHE 152, 564, BStBl II 1988, 622 m. w. N.) (*Wird ausgeführt.*)

2. Zu Unrecht hat das FG angenommen, die Ablehnung des FA, den begehrten Freibetrag in Höhe von 5.833 DM auf der Lohnsteuerkarte einzutragen, sei in vollem Umfang rechtswidrig gewesen.

Nach § 39 a Abs. 1 Nr. 6 EStG können u. a. die nach § 10 e EStG und § 52 Abs. 21 Satz 4 EStG abziehbaren Beträge sowie der bei Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen nach § 7 b EStG sich ergebende Betrag der negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte eingetragen werden.

a) Das FG hat die Voraussetzungen für einen Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG verneint, weil die Klägerin das Einfamilienhaus unentgeltlich erworben habe. Entgegen der Auffassung des FG liegt jedoch kein in vollem Umfang unentgeltlicher, sondern ein teilentgeltlicher Erwerb vor, der zur Inanspruchnahme der Vergünstigung nach § 10 e Abs. 1 EStG berechtigt.

Wie der Große Senat des BFH mit Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 4-6/89 (BFHE 161, 317, BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]) unter Änderung der bisherigen Rechtsprechung entschieden hat, ist die Übertragung eines Grundstücks im Wege vorweggenommener Erbfolge unter Übernahme von Verbindlichkeiten steuerrechtlich ein teilentgeltliches Rechtsgeschäft. In Höhe der übernommenen Verbindlichkeiten entstehen dem Übernehmer Anschaffungskosten. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auf die Ausführungen des Großen Senats unter C II.

Im Streitfall übernahm die Klägerin lt. Übergabevertrag mit dem Grundstück auch die darauf lastenden Verbindlichkeiten in Höhe von 106.700 DM. Soweit die übernommenen Verbindlichkeiten auf die Herstellungskosten des Gebäudes und die hälftigen Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen, steht der Klägerin ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG zu.

b) Im Streitfall wird die Höchstbemessungsgrundlage des § 10 e Abs. 1 EStG nicht ausgeschöpft. Nach der Rechtslage vor 1987 konnte der Steuerpflichtige bei teilentgeltlichem Erwerb nicht nur eigene erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG aus seinen Anschaffungskosten geltend machen, sondern auch hinsichtlich des unentgeltlichen Teils des Erwerbs im Rahmen des für ihn gültigen Höchstbetrages nach § 7 b Abs. 1 Satz 3 EStG — anteilig — die nach den Verhältnissen des Rechtsvorgängers bemessenen erhöhten Absetzungen fortführen — § 11 d EStDV — (vgl. BFH-Urteil vom 20. 12. 1990 XI R 4/83, BFH/NV 1991, 449, sowie Thürmer, DB 1989, 1838, 1896). Diese Möglichkeit besteht bei nach dem 31. 12. 1986 abgeschlossenen teilentgeltlichen Rechts-

geschäften nicht. Eine (Teil-)Fortführung der erhöhten Absetzungen des Rechtsvorgängers läßt sich weder auf § 7 b EStG i. V. m. § 11 d EStDV noch auf § 52 Abs. 21 Satz 4 EStG noch auf eine analoge Anwendung des § 11 d EStDV stützen. (...)

aa) Das gilt auch für den Einzelrechtsnachfolger, der nach 1986 ein zu eigenen Wohnzwecken genutztes Einfamilienhaus unentgeltlich erworben hat. Denn § 11 d EStDV enthält keine selbständige Anspruchsgrundlage für den Abzug von AfA oder erhöhten Absetzungen, sondern regelt entsprechend der Ermächtigung in § 51 Abs. 1 Nr. 2 p EStG lediglich die Bemessungsgrundlage und den Abzugszeitraum für die Absetzungen des Rechtsnachfolgers. Ebenso wie der Bauherr oder Erwerber kann der Rechtsnachfolger erhöhte Absetzungen nur in Anspruch nehmen, wenn er das unentgeltlich erworbene Wirtschaftsgut zur Einkünfteerzielung einsetzt (vgl. auch BFH-Urteil vom 20.12.1990 XI R 15/89, BFH/NV 1991, 450).

Da die Klägerin das Einfamilienhaus im Streitjahr 1987 zu eigenen Wohnzwecken genutzt und somit nach der für diesen Veranlagungszeitraum geltenden Rechtslage keine Einkunftsart verwirklicht hat, kann sie keine erhöhten Absetzungen in Anspruch nehmen.

bb) Ebensowenig kann sie die den erhöhten Absetzungen entsprechenden Beträge wie Sonderausgaben abziehen. Diese Möglichkeit steht nach § 52 Abs. 21 Satz 4 EStG nur Steuerpflichtigen zu, bei denen im Veranlagungszeitraum 1986 die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen vorgelegen haben. Einen solchen Abzug hätten nur die Eltern der Klägerin geltend machen können, sofern sie nach 1986 das Einfamilienhaus zu eigenen Wohnzwecken genutzt hätten, nicht aber die Klägerin, die nie zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen berechtigt war.

cc) Der Sonderausgabenabzug steht der Klägerin auch nicht — wie zum Teil in der Literatur vertreten wird (z. B. *Schmidt/Drenseck*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 10. Aufl., § 10 e Anm. 6 d m. w. N.) — aufgrund analoger Anwendung des § 11 d EStDV zu. Eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes,

die zu einer Analogie zugunsten der Klägerin berechtigen würde, liegt nicht vor. Es gibt keinen übergeordneten einkommensteuerrechtlichen Grundsatz, nach dem der Einzelrechtsnachfolger mit dem Einrücken in die zivilrechtliche Rechtsstellung des Rechtsvorgängers auch dessen steuerliche Vergünstigungen weiterführen kann. Der Grund für die Berechtigung des Einzelrechtsnachfolgers bei unentgeltlichem Erwerb die AfA des Rechtsvorgängers fortzuführen, folgt aus dem Einsatz des Wirtschaftsguts zur Einkünfteerzielung. Wird das unentgeltlich erworbene Wirtschaftsgut privat verwendet, ist dieses Tatbestandsmerkmal nicht verwirklicht.

Die Regelung in § 52 Abs. 21 Satz 4 EStG, nach der es dem Erwerber oder Bauherrn eines zu eigenen Wohnzwecken genutzten Einfamilienhauses gestattet ist, die den erhöhten Absetzungen entsprechenden Beträge wie Sonderausgaben abzuziehen, ist aus Gründen des Vertrauensschutzes in das Gesetz aufgenommen worden. Eigentümer eines Einfamilienhauses, die 1986 erhöhte Absetzungen in Anspruch nehmen konnten, sollten durch den Wegfall der Nutzungswertbesteuerung nicht die ihnen bis zum Ablauf des Begünstigungszeitraums zustehenden erhöhten Absetzungen verlieren. Dieser Vertrauensschutz ist aber nicht notwendig für Steuerpflichtige, die nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung ein Grundstück unentgeltlich erwerben. Da sie weder Einkünfte damit erzielen noch hierfür Aufwendungen hatten, ist es nicht geboten, den Einzelrechtsnachfolger die erhöhten Absetzungen des Rechtsvorgängers fortführen zu lassen.

3. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Bei erneuter Verhandlung und Entscheidung wird das FG die genaue Höhe der Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG feststellen und ermitteln, inwieweit die übernommenen Verbindlichkeiten auf die Herstellungskosten des Gebäudes und die hälftigen Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen. Ferner wird es prüfen, ob noch weitere Anschaffungskosten, wie z. B. Anschaffungsnebenkosten, angefallen sind.

V. Hinweise für die Praxis

1. Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH

(BMF-Schreiben vom 4. 2. 1992 — IV B 7 — S 2742 — 6/92)

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zur steuerrechtlichen Behandlung der konkurrierenden Tätigkeit des beherrschenden Gesellschafters und des Geschäftsführers — insbesondere des Gesellschafter-Geschäftsführers — gegenüber seiner GmbH wie folgt Stellung genommen:

Nach der Rechtsprechung des BFH liegt eine Verletzung des Wettbewerbsverbots vor, wenn der beherrschende Gesellschafter oder der Gesellschafter-Geschäftsführer im Geschäftszweig der Gesellschaft ohne Erlaubnis Geschäfte für eigene Rechnung macht. Bei einer Verletzung des Wettbewerbsverbots steht der Gesellschaft ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Herausgabe des erlangten Vorteils zu. Verzichtet die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter-Geschäftsführer (BFH-Urteil vom 11. 2. 1981, BStBl. II 1981 S. 448) oder dem nicht geschäftsführenden beherrschenden Gesellschafter (BFH-Urteil vom 26. 4. 1989, BStBl. II 1989 S. 673 [= MittBayNot 1991, 181 — nur Leitsatz —]) auf diesen Anspruch, so liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Dasselbe gilt für die Konkurrenzfähigkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft, der im Verhältnis zum beherrschenden Gesellschafter nahestehende Person ist (BFH-Urteil vom 11. 2. 1987, BStBl. II 1987 S. 461).

Die Gesellschaft kann dem beherrschenden Gesellschafter und dem Geschäftsführer eine Konkurrenzfähigkeit in ihrem Geschäftszweig durch Vereinbarung gestatten (= Befreiung vom Wettbewerbsverbot). Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird bei einer Konkurrenzfähigkeit aufgrund einer solchen Vereinbarung jedoch nur dann vermieden, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a) Die Befreiung vom Wettbewerbsverbot muß eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer auf der anderen Seite enthalten, die eine spätere willkürliche Zuordnung der Geschäfte unmöglich macht.

Die Vereinbarung muß zivilrechtlich wirksam im voraus getroffen sein. Das ist der Fall, wenn die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters vom Wettbewerbsverbot entweder in der ursprünglichen Satzung enthalten ist oder durch späteren satzungsändernden Beschluß in sie aufgenommen worden ist. Mit dem Geschäftsführer kann das Wettbewerbsverbot im Anstellungsvertrag, dem die Mehrheit der Gesellschafter (nach Stimmrechten) zugestimmt

haben muß, wirksam abbedungen werden. Bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern muß die Befreiung vom Wettbewerbsverbot in der Satzung vereinbart werden; die Aufnahme in den Anstellungsvertrag ist nicht erforderlich.

b) Es muß eine angemessene Gegenleistung vereinbart werden, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer die Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Interesse der Gesellschaft nicht unentgeltlich erteilen würde. Ein angemessenes Entgelt muß insbesondere vereinbart werden, wenn die konkurrierende Tätigkeit des beherrschenden Gesellschafters oder des Geschäftsführers auf einem Teilbereich des Unternehmensgegenstands erlaubt wird, auf dem die Gesellschaft bereits ihre Tätigkeit entfaltet hat, die sich der beherrschende Gesellschafter oder der Geschäftsführer zunutze machen kann. Bei der Neugründung einer Gesellschaft kann eine unentgeltliche Befreiung vom Wettbewerbsverbot erfolgen.

Vereinbarungen, die die genannten zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen, werden wegen dieses Formmangels (vgl. unter Buchstabe a) für die Zeiträume bis zum 31. 12. 1992 nicht beanstandet. Fehlen Vereinbarungen oder enthalten Vereinbarungen keine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung, sind für jeden Veranlagungszeitraum der Vergangenheit, für den die zivilrechtlichen Ansprüche auf Schadensersatz oder auf Herausgabe, des erlangten Vorteils nicht geltend gemacht worden sind, verdeckte Gewinnausschüttungen anzunehmen. Werden die fehlenden Formerfordernisse behoben, sind die Beteiligten — wenn die Voraussetzungen im übrigen dafür vorliegen — gehalten, für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot ein angemessenes Entgelt (vgl. oben unter b) zu vereinbaren. Geschieht dies nicht, ist in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Vereinbarung wirksam wird, eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen.

Im Verhältnis zwischen Gesellschaft und nicht beherrschendem Gesellschafter-Geschäftsführer werden auch fehlende Vereinbarungen über die Befreiung vom Wettbewerbsverbot für Zeiträume bis zum 31. 12. 1992 nicht beanstandet. Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird jedoch auch hier angenommen, wenn die Befreiung in 1992 nachgeholt, ein angemessenes Entgelt hierfür jedoch nicht vereinbart wird. Wegen der Entstehung der verdeckten Gewinnausschüttung wird auf den vorstehenden Absatz Bezug genommen.

Im Verhältnis zwischen Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften besteht das Wettbewerbsverbot ebenfalls, so daß grundsätzlich auch für diesen Bereich die vorstehenden Regelungen gelten. Eine Vereinbarung, die dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer eine

Konkurrenzfähigkeit erlaubt und dabei hinsichtlich der Aufgabenabgrenzung (vgl. oben unter a) allein auf die Wahl des Mandanten abstellt, reicht zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung jedoch nicht aus. Mit Rücksicht auf die über das Verhältnis von Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaft bisher bestehende Rechtsunsicherheit, inwieweit das Berufsrecht das Zivilrecht überlagert, wird den Steuerberatungsgesellschaften und ihren beherrschenden Gesellschaftern oder den Geschäftsführern Gelegenheit gegeben, ihre Rechtsbeziehungen bis zum 31. 12. 1992 neu zu ordnen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden wegen fehlender Vereinbarungen oder wegen mangelhafter Vereinbarungen verdeckte Gewinnausschüttungen nicht angenommen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters oder des Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot im Rahmen der Neuordnung der Rechtsbeziehungen unentgeltlich geschieht. Für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie für Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften gelten die vorstehenden Regelungen für Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften entsprechend.

2. Zur Anzeigepflicht bei Schenkungsangeboten

(Schreiben der OFD Nürnberg S 3844 — 259/St 33 vom 4. 3. 1992)

Ein bayerischer Notar ersuchte die OFD Nürnberg — Abteilung Erbschafts- und Schenkungssteuer — um verbindliche Mitteilung, ob die gem. § 13 Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 ErbStDV statuierte Mitteilungspflicht der Notare hinsichtlich Urkunden über Schenkungen auch bereits das bloße, allerdings jederzeit annehmbare Angebot einer Schenkung umfaßt.

Er bat dabei folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

- 1.) Nur das Angebot ist beurkundungspflichtig, die Annahme ist formfrei;
- 2.) Angebot und Annahme sind beurkundungspflichtig;
- 3.) Das Angebot ist beurkundungspflichtig und statuiert, daß die an sich formfreie Annahme ebenfalls nur zu notarieller Urkunde erklärt werden kann.

Die Oberfinanzdirektion Nürnberg antwortete mit Schreiben vom 4. 3. 1992 (Az. S 3844 — 259/St 33) wie folgt:

Gem. § 34 Abs. 1 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) haben die Notare dem für die Verwaltung der Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt Anzeige über alle Beurkundungen usw. zu erstatten, die für die Festsetzung einer Erbschaftsteuer/Schenkungssteuer von Bedeutung sein können.

Da die von Ihnen angeführten Schenkungsversprechen für die Festsetzung einer Schenkungssteuer von Bedeutung sein können, ist auch in diesen Fällen eine Anzeigepflicht der Notare gegeben. Die von Ihnen genannten Fallgruppen sind dabei nicht unterschiedlich zu behandeln; es sind in allen genannten Fällen dem Erbschaftsteuer-Finanzamt Abschriften der Urkunden über das Schenkungsversprechen zu übersenden.

VI. Standesnachrichten

A. Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a.-D. Dr. Willy Cullmann, Marktheidenfeld. gest. 21. 1. 1992

Notar a. D. Hans Hastreiter, Regensburg, gest. 20. 2. 1992

Notar a. D. Johann Arneht, Garmisch-Partenkirchen, gest. 27. 3. 1992

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung ab 1. 9. 1992:

Notar Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

3. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung ab 1. 3. 1992:

Traunstein (in Sozietät mit Notar Gierl)	dem Notar Hans Joachim Blail bisher in Neustadt a. d. Wald- naab
--	---

Mit Wirkung ab 16. 3. 1992:

Donauwörth	dem Notar Dr Erich Waibel bisher in Augsburg
------------	--

Mit Wirkung ab 1. 4. 1991:

Frankenthal	dem Notar Dirk Scheerer bisher in Rockenhausen
-------------	--

4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Thomas Schönberger, Ludwigshafen (Notarstellen Heeger/Draxel-Fischer/Kluge) ab 1. 4. 1992 in Frankenthal (Notarstelle Barth)

Amtmann i. N. Wolfgang Klungenberger, Aschaffenburg (Notarstelle Harms/Makowka), ab 1. 1. 1992 in Klungenberg (Notarstelle Harms)

5. Neueinstellungen von Inspektoren zum 1. 4. 1992:

Inspektor Siegfried Baldauf, Landsberg (Notarstelle Dr. Walter)

Inspektor Harry Bayer, Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Dr. Wolf)

Inspektor Markus Beer, Burglengenfeld (Notarstelle Kolb)

Inspektorin Jeanette Biernoth, Hammelburg (Notarstelle Zechiel)

Inspektorin Petra Bischof, Obergünzburg (Notarstelle Hofmann)

Inspektor Hermann Bloß, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Wacker/Dr. Wahl)

Inspektor Albert Eichenseer, Neumarkt/Opf. (Notarstellen Hörndler/Dr. Ulbrich)

Inspektorin Hannelore Elflein, Würzburg (Notarstelle Dr. Staab)

Inspektor Klaus Hangl, Wasserburg am Inn (Notarstelle Dr. Wimmer)

Inspektorin Susanne Höllering, Naila (Notarstelle Weissenberger)

Inspektorin Heidrun Hörmann, Krumbach (Notarstelle Dr. Heinz)

Inspektor Engelbert Keller, Günzburg (Notarstelle Dr. Röhl/Stache)

Inspektor Robert Köttner, Rosenheim (Notarstellen Krause/Schiebel)

Inspektor Uwe Lenz, Hof (Notarstelle Wasserthal)

Inspektor Udo Mayer, Kandel (Notarstellen Pfeiffer/Herb)

Inspektorin Ulrike Müller, München (Notarstelle Dietrich)

Inspektorin Claudia Pfau, Würzburg (Notarstelle Dr. Löffler)

Inspektor Thomas Rudeck, Schongau (Notarstellen Ohr/Dr. Senft)

Inspektorin Iris Schenk, München (Notarstellen Dr. Beck/Scholz)

Inspektor Gerhard Schmidt, Dachau (Notarstellen Dr. Rossak/Wurm)

Inspektor Jürgen Stadler, Deggendorf (Notarstellen Dr. Gößl/Dr. Höchtl)

Inspektorin Andrea Tonhauser, Miesbach (Notarstelle Dr. Fischer/Ulsenheimer)

Inspektor Michael Weiß, Rosenheim (Notarstellen Dr. Weber/Dr. Spiegelberger)

Inspektorin Edith Zahner, Weiden (Notarstellen Dr. Stecher/Knies)

Inspektor Jürgen Zeller, Kaufbeuren (Notarstelle Dr. Pohl)

Inspektor Andreas Zimmermann, Grünstadt (Notarstelle Dr. Pongratz)